Estudios y Documentos

MINISTERIO
DE ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS

ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y PROTECCIÓN DE LA INFANCIA

En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados

Ángeles de Palma del Teso

INAP

ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y PROTECCIÓN DE LA INFANCIA. EN ESPECIAL, ESTUDIO DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA DE LOS MENORES DESAMPARADOS

Esta obra ha sido galardonada, en el año 2005, con el V Premio para trabajos de estudio e investigación sobre las Administraciones Públicas.

El Jurado presidido por D. FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *Presidente del Consejo de Estado,* ha estado integrado por los siguientes miembros:

D.ª ELISENDA MALARET GARCÍA, *Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona.*

D.ª BLANCA OLÍAS DE LINA GETE, *Catedrática de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad Complutense de Madrid.*

D. FRANCISCO PEÑA DÍEZ, *Asesor del Presidente del Senado.*

D. JOSÉ MARÍA VIDAL BELTRÁN, *Director General de Cooperación Autonómica del Ministerio de Administraciones Públicas.*

D. ANTONIO SÁNCHEZ DÍAZ, *Subdirector General Adjunto de la Escuela de Selección y Formación del Instituto Nacional de Administración Pública.*

ÁNGELES DE PALMA DEL TESO

ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y PROTECCIÓN DE LA INFANCIA. EN ESPECIAL, ESTUDIO DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA DE LOS MENORES DESAMPARADOS

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
MADRID
2006

Colección: ESTUDIOS Y DOCUMENTOS

FICHA CATALOGRÁFICA DEL CENTRO
DE PUBLICACIONES DEL INAP

Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados / Ángeles de Palma del Teso – 1.ª ed. – Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2006. – 488 p. – (Estudios y Documentos)
ISBN 10: 84-7351-258-8
ISBN 13: 978-84-7351-258-9
NIPO: 329-06-019-1

Primera edición: Septiembre 2006

Catálogo General de Publicaciones Oficiales
http://publicaciones.administracion.es

Edita:
MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
Instituto Nacional de Administración Pública
www.inap.map.es

ISBN 10: 84-7351-258-8
ISBN 13: 978-84-7351-258-9
NIPO: 329-06-019-1
Depósito Legal: M. 37.055 - 2006
Fotocomposición e impresión: TARAVILLA • Mesón de Paños, 6 - 28013 Madrid

«El derecho que es por un lado prosa, se truca en la lucha por la idea en poesía, porque la lucha por el derecho es, en verdad, la poesía del carácter».

R. Von IHERING (1818-1892)
La lucha por el Derecho

A Jerónimo, Eloy, Cecilia, Betina, Federico....

ÍNDICE

Págs.

INTRODUCCIÓN 17

CAPÍTULO I.—LA PROTECCIÓN PÚBLICA DE LOS MENORES: APROXIMACIÓN HISTÓRICA 21

I. LA PROTECCIÓN PÚBLICA DE LOS MENORES EN EL SIGLO XIX: DE LA CARIDAD PRIVADA A LA BENEFICIENCIA PÚBLICA 21

II. LA LEGISLACIÓN SOBRE PROTECCIÓN A LA INFANCIA EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX 24

1. *La Ley de protección a la infancia de 1904* 25
2. *La Ley de 25 de noviembre de 1918 sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños* 26
3. *La Ley de 3 de febrero de 1929 de Tribunales tutelares para niños* 28

III. LA LEGISLACIÓN DE 1948 Y LOS PRECEDENTES NORMATIVOS DE LA TUTELA *EX LEGE* DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 30

1. *El Texto Refundido sobre Tribunales Tutelares de Menores aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948* 30
2. *El Texto Refundido sobre Protección de Menores de 2 de julio de 1948* . 33
3. *Precedentes normativos de la tutela* ex lege *de la Administración pública* 34

CAPÍTULO II.—LA PROTECCIÓN PÚBLICA DE LOS MENORES TRAS LA CONSTITUCIÓN DE 1978 37

I. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN A LOS MENORES. LA RESPONSABILIDAD DE LA FAMILIA Y LOS PODERES PÚBLICOS: EL SISTEMA MIXTO DEL ART. 39 DE LA CONSTITUCIÓN 37

II. LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES. EXAMEN DE LOS DIVERSOS TÍTULOS COMPETENCIALES 43

1. *Legislación civil. La controvertida regulación de la tutela y la guarda administrativa al amparo de este título competencial* 44
2. *Asistencia social y servicios sociales* 49
3. *Instituciones públicas de protección y tutela de menores* 55
4. *Otros títulos competenciales* 57

III. LA LEGISLACIÓN SOBRE PROTECCIÓN DE MENORES APLICABLE EN CATALUÑA 59

1. *La legislación catalana en materia de menores: la regulación de las funciones tradicionales protectora y reformadora* 60

Págs.

2. *La normativa estatal e internacional sobre protección de menores aplicable en Cataluña* 74

CAPITULO III.—LA CONDICIÓN DE MENOR Y SU POSICIÓN JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO. PRINCIPIOS RECTORES DE LA PROTECCIÓN PÚBLICA DE LOS MENORES 77

I. LA CONDICIÓN DE MENOR 77

1. *La condición de menor. Los niños y los adolescentes* 77

2. *La determinación de la condición de "menor" en el caso de los inmigrantes indocumentados* 80

3. *Los menores emancipados y habilitados de edad: la cuestión de su protección pública* 86

II. EL ESTATUS O POSICIÓN JURÍDICA DE LOS MENORES 94

1. *El menor como sujeto de derechos* 94

2. *La distinción entre titularidad y ejercicio de los derechos de los menores* 96

3. *La defensa y garantía de los derechos de los menores* 99

A) El derecho de los menores a recibir asistencia y protección de las Administraciones públicas 99

B) La intervención del Defensor del Pueblo 102

C) La intervención del Ministerio Fiscal para la salvaguarda de los derechos e intereses de los menores 105

III. PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTUACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE MENORES 109

1. *El alcance general de la protección pública a los menores. El principio de igualdad* 109

2. *El interés superior del menor* 113

A) El interés superior del menor en nuestro Ordenamiento jurídico 113

B) La determinación del interés superior del menor 115

3. *La obligación de escuchar al menor en todas las decisiones que le afecten. La audiencia del menor* 118

4. *El principio de integración y reintegración familiar del menor corolario del derecho a vivir y relacionarse con la familia. El principio de subsidiariedad progresiva y el carácter gradual y flexible de la actuación administrativa* 122

A) El principio de subsidiariedad progresiva 122

B) El carácter flexible y gradual de la actuación administrativa 124

C) Los principios de reintegración e integración familiar 126

5. *La prioridad presupuestaria* 130

CAPITULO IV.—EL DERECHO DE LOS MENORES A LA PROTECCIÓN PÚBLICA. LOS MENORES EN SITUACIÓN DE RIESGO Y LOS MENORES EN DIFICULTAD SOCIAL: LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA PROTECTORA ... 135

I. EL DERECHO DE LOS MENORES A LA PROTECCIÓN PÚBLICA. EL CARÁCTER GRADUAL DE LA ACCIÓN PROTECTORA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 135

II. LA PROTECCIÓN PÚBLICA DE LOS MENORES EN SITUACIÓN DE RIESGO 141

1. *Caracterización legal de la situación de riesgo* 146

2. *La actuación administrativa protectora: detección, prevención, intervención* 149

A) La detección de las situaciones de riesgo 149

B) La prevención y la intervención en situaciones de riesgo. Las medidas de apoyo y protección 150

Págs.

3. *La Administración competente para intervenir ante situaciones de riesgo. La colaboración interadministrativa* 157
A) Competencias locales y autonómicas para actuar en situaciones de riesgo 157
B) El procedimiento dirigido a verificar la situación de riesgo y determinar las medidas de protección. La colaboración y coordinación administrativa 160
4. *La protección de los menores en situación de riesgo en Cataluña en la actualidad* 163
III. La atención a los menores en situación de dificultad social 168
1. *Caracterización legal de la situación de dificultad social* 172
2. *La acción administrativa educadora-protectora. Las Administraciones competentes* 177
IV. La relevancia de las Administraciones locales en la protección de los menores en situación de riesgo y dificultad social 183

CAPÍTULO V.—LA PROTECCIÓN PÚBLICA DE LOS MENORES DESAMPARADOS. LA TUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN 187
I. La situación de desamparo 187
1. *El concepto legal de desamparo* 188
A) El concepto de desamparo en el Código Civil 188
B) El concepto de desamparo en el Ordenamiento catalán 191
2. *Análisis de las circunstancias que caracterizan la situación de desamparo* 196
A) La falta o inadecuado cumplimiento de los deberes legales de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores ... 196
B) La falta de los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad del menor 201
C) Los malos tratos 204
3. *La interpretación restrictiva del concepto de desamparo. La delimitación de la situación de riesgo* 207
A) La interpretación restrictiva del desamparo 207
B) La delimitación de las situaciones de desamparo y riesgo 209
4. *Elementos y características de la situación de desamparo* 211
A) Los requisitos del desamparo. La cuestión del desamparo de los menores emancipados y los habilitados de edad 211
a) Los requisitos del desamparo 211
b) La cuestión del desamparo de los menores emancipados y los habilitados de edad 213
B) El carácter objetivo de la situación de desamparo. La cuestión del guardador de hecho 215
a) El carácter objetivo del desamparo 215
b) La guarda de hecho de los menores desamparados 216
C) La situación de desamparo potencial 220
D) El carácter no transitorio, aunque tampoco necesariamente indefinido, de la situación de desamparo. Elemento distintivo de la guarda institucional y la tutela administrativa 222
II. La autoridad competente para apreciar y declarar la situación de desamparo: las Administraciones autonómicas. La constitución judicial de la guarda administrativa 225

Págs.

1. *La competencia de las Administraciones autonómicas para declarar el desamparo y asumir la tutela* 225
2. *La constitución judicial de la guarda administrativa* 229

III. EL CONOCIMIENTO POR LA ADMINISTRACIÓN DE LAS SITUACIONES DE DESAMPARO. LA OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR LAS POSIBLES SITUACIONES DE DESAMPARO 233

1. *La detección directa por la Administración de las situaciones de posible desprotección. Los servicios sociales de atención primaria* 234
2. *La denuncia o solicitud realizada por el propio menor que padece el desamparo* 235
3. *La obligación de todos los ciudadanos y, en especial, de los profesionales, de denunciar las situaciones de desamparo de los menores y prestarles el auxilio inmediato que precisen* 237
4. *La denuncia de las instituciones públicas o privadas de las posibles situaciones de desamparo. La comunicación policial* 240
5. *El contenido de la comunicación o denuncia. La obligación de la Administración de garantizar la reserva y confidencialidad* 242

IV. LA OBLIGACIÓN LEGAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE INCOAR EL PROCEDIMIENTO DE DESAMPARO Y ADOPTAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL DENUNCIANTE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO 243

1. *La obligación legal de la Administración de incoar el procedimiento de desamparo y adoptar medidas de protección. El periodo de información previa* 243
2. *La posición jurídica del denunciante en el procedimiento administrativo de desamparo: el denunciante simple y el denunciante cualificado* 244

V. MEDIDAS CAUTELARES URGENTES Y PROCEDIMIENTO SUMARIO. LA DECLARACIÓN PROVISIONAL DE DESAMPARO O LA ASUNCIÓN PROVISIONAL DE FUNCIONES TUTELARES 250

VI. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE DESAMPARO 254

1. *El objeto y los fines del procedimiento en materia de desamparo y tutela administrativa* 254
2. *La naturaleza del procedimiento de desamparo y asunción de la tutela por la Administración* 256
3. *El inicio del procedimiento administrativo* 259
   - A) El inicio del procedimiento: consideraciones generales sobre las clases de iniciación y las consecuencias en orden al régimen de la inactividad formal de la Administración 259
   - B) La naturaleza de los efectos del procedimiento de desamparo y asunción de la tutela por la Administración: ¿efectos favorables o desfavorables? 262
   - C) La iniciación de oficio o a solicitud de persona interesada 264
4. *Las comprobaciones iniciales o investigación previa* 268
5. *La asistencia jurídica en el procedimiento administrativo de desamparo* 270
6. *La instrucción del procedimiento: alegaciones, prueba, informes y audiencia* 273
   - A) Alegaciones. La apertura del procedimiento a la participación de todos los interesados 274
   - B) Pruebas 276

Págs.

C) Informes 278
D) Audiencia 280
a) La audiencia de los interesados. El emplazamiento 280
b) La audiencia del menor 282
c) La audiencia del Ministerio Fiscal 284
5. *La propuesta de resolución* 284
6. *La terminación del procedimiento. El plazo para dictar y notificar la resolución administrativa de desamparo* 286
A) La finalización del procedimiento. Las formas de terminación 286
B) El plazo para dictar y notificar la resolución 288
C) La falta de resolución expresa. Silencio administrativo y caducidad del procedimiento 289
VII. LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DE DESAMPARO 291
1. *La resolución administrativa de desamparo: contenido y efectos; en especial, la motivación* 291
2. *La notificación de la resolución administrativa: destinatarios, plazo, medio o forma, contenido y acreditación* 296
A) Destinatarios 297
B) Plazo 297
C) Medio o forma 298
D) Contenido 301
E) Acreditación 302
3. *La comunicación de la resolución de desamparo y de adopción de medidas de protección al Ministerio Fiscal. La comunicación, en su caso, a otras personas u organismos* 302
A) La comunicación-notificación al Ministerio Fiscal 302
B) La comunicación de la resolución a otras personas u organismos .. 304
4. *Eficacia de la resolución administrativa de desamparo. El privilegio de autotutela de la Administración* 305
A) La *ejecutividad* de la resolución administrativa de desamparo 306
B) La *ejecutoriedad* de la resolución administrativa de desamparo. La ejecución forzosa 309
C) La necesidad de entrar en un domicilio para proceder a la ejecución forzosa de la resolución administrativa de desamparo y aplicación de la medida de protección 311
5. *La naturaleza de la resolución administrativa de desamparo y de establecimiento de las medidas de protección* 314
VIII. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO. LA TUTELA ADMINISTRATIVA DE LOS MENORES DESAMPARADOS 315
1. *Efectos de la resolución administrativa de desamparo* 315
2. *La naturaleza* iuspublicista *de la tutela administrativa* 318
3. *Caracteres de la tutela administrativa* 322
A) El carácter automático de la tutela administrativa 322
B) La relativa provisionalidad de la tutela administrativa 325
C) El carácter delegable del ejercicio de la guarda inherente a la tutela administrativa 328
4. *El contenido de la tutela administrativa* 330
A) El contenido personal de las funciones tutelares de la Administración. La cuestión de la administración de los bienes del menor tutelado 330

Págs.

B) El deber de vigilancia y la potestad de corrección. La responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios causados por el menor tutelado 336
C) La representación legal de los menores tutelados por la Administración 340
5. *La distinción entre las figuras de la tutela administrativa y la guarda voluntaria administrativa* 347

CAPITULO VI.—LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN PÚBLICA DE LOS MENORES TUTELADOS POR LA ADMINISTRACIÓN 353
I. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN 353
II. EL DERECHO DEL MENOR A MANTENER RELACIONES PRESONALES CON SU FAMILIA 358
III. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN: EL PLAN DE MEJORA Y ACTUACIÓN 367
IV. LA PROMOCIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN DE LA TUTELA CIVIL U ORDINARIA. LA EXTINCIÓN DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA 370
V. LA MEDIDA DE ACOGIMIENTO FAMILIAR DEL MENOR 374
1. *Las modalidades de acogimiento familiar* 377
A) El acogimiento familiar simple y permanente 377
B) El acogimiento preadoptivo 379
C) El acogimiento en familia extensa y ajena 381
D) El acogimiento familiar profesionalizado. El acogimiento en hogar funcional 382
2. *La constitución y cese del acogimiento familiar* 386
A) La constitución y cese del acogimiento familiar simple y permanente en el Ordenamiento estatal. El acogimiento familiar adminis trativo y el acogimiento judicial 386
B) La constitución y cese del acogimiento familiar simple en el Ordenamiento catalán 390
C) La constitución del acogimiento preadoptivo en la legislación estatal 395
D) La constitución y cese del acogimiento preadoptivo en el Ordenamiento catalán 396
VI. EL ACOGIMIENTO INSTITUCIONAL O RESIDENCIAL. CLASES DE CENTROS DE PROTECCIÓN 401
1. *La medida de acogida institucional o residencial* 401
2. *El acogimiento institucional en el Ordenamiento catalán* 404
3. *Clases de centros de protección en Cataluña* 407
A) Los centros de acogimiento y los centros residenciales de acción educativa. Clasificación 408
B) Los centros socioeducativos diurnos, los centros de alojamiento nocturno de corta duración y los centros o unidades dotados de medidas estructurales de protección 411
C) Los centros propios y los centros colaboradores 413

CAPITULO VII.—EL CONTROL DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES 417
I. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN PÚBLICA DE LOS MENORES. LAS ACTUACIONES PROCESALES Y EXTRAPROCESALES 418

Págs.

1. *Las actuaciones extraprocesales. La función del Fiscal de control o vigilancia de la actuación administrativa protectora* 419
   A) El control de las decisiones administrativas en materia de protección de menores. La notificación al Fiscal de las resoluciones administrativas 420
   B) El control de la actividad administrativa protectora. En especial, el control de las funciones tutelares 423
2. *Las actuaciones procesales. La impugnación judicial de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y las actuaciones frente a la inactividad de la Administración* 425
   A) La promoción de la modificación, suspensión o cese de las medidas administrativas de protección 426
   B) La actuación del Ministerio Fiscal frente a la inactividad de la Administración 427
   C) La actuación del Ministerio Fiscal en defensa del derecho del menor a la intimidad familiar 429

II. LA CUESTIÓN DEL ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER LOS RECURSOS FRENTE A LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES 430
1. *La atribución al orden jurisdiccional civil del control de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores* 430
2. *La delimitación del orden jurisdiccional competente en base a la distinción entre resoluciones administrativas con efecto protector y resoluciones administrativas en materia de protección de menores* 433
3. *La competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo para controlar actuaciones de la Administración en el ámbito de la protección de menores* 435
   A) El control judicial de las resoluciones administrativas con efectos protectores 435
   B) El control de los instrumentos de colaboración entre la Administración competente en materia de protección de menores y otras Administraciones o entidades privadas 435
   C) El control de los vicios formales de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores 436
   D) Las autorizaciones de entrada a domicilio con el fin de ejecutar las resoluciones administrativas de protección de menores 437

III. EL CONTROL DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES POR EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL 442
1. *La vía del proceso de jurisdicción voluntaria. Problemas planteados* ... 442
2. *El procedimiento previsto en los arts. 779 y 780 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* 445
   A) Actividad administrativa impugnable 446
   B) Órganos y competencias 447
   C) Legitimación. Representación y defensa 448
   D) Procedimiento. Especialidades 451
   E) Efectos del proceso de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores respecto a los procesos de crisis familiar 454
   F) Ausencia de plazo para oponerse a las resoluciones administrativas. Sobre el efecto de cosa juzgada 455

BIBLIOGRAFÍA 459

ANEXO DE JURISPRUDENCIA 467

En nuestro Ordenamiento todos los menores tienen reconocido el derecho a recibir la asistencia y protección que les garantice el pleno desarrollo de su personalidad. La familia es la primeramente responsable de hacer efectivo este derecho. Sin embargo, los poderes públicos no son ajenos a esta tarea. Por un lado, han de colaborar con las familias y, además, velar porque éstas cumplan debidamente sus funciones legales de protección. Por otra parte, las Administraciones públicas deberán intervenir frente a cualquier tipo de situación de desprotección que pueda sufrir los menores, al efecto de garantizarles el disfrute de sus derechos y una formación integral como personas. Así, nuestro sistema jurídico prevé un conjunto de instituciones jurídicas de protección de los menores, tanto de carácter público como privado. El presente trabajo se centrará en el examen de las instituciones jurídico-públicas de protección y, de modo especial, en el instrumento legal de la tutela administrativa de los menores desamparados.

El estudio de esta materia hace conveniente comenzar por volver nuestra mirada al pasado. Y no por un afán de erudición. El conocimiento de la evolución histórica de la actuación pública en materia de protección de la infancia —según se irá poniendo de relieve— constituye un elemento esencial para determinar la naturaleza y, por tanto, también el régimen jurídico de las actuales instituciones jurídico-públicas de protección, en especial la tutela administrativa. En la actualidad, existe cierta confusión al respecto, que se genera como consecuencia del título competencial al amparo del cual ha sido regulada la figura de la tutela administrativa de los menores desamparados. El legislador estatal incorporó esta figura al Código Civil al cobijo del título competencial legislación civil. Por esta razón, una parte de la doctrina ha atribuido a este instrumento legal naturaleza civil y, asimismo, ha calificado la actuación protectora desarrollada por las Administraciones públicas como de Derecho privado. La consecuencia es una merma de las garantías reconocidas a los particulares afectados frente a la actuación de las Administraciones y la existencia de ciertas lagunas, en especial en lo referido al control de la inactividad administrativa a la hora de garantizar el derecho de los menores en situación de desamparo a recibir asistencia y protección.

Sin embargo, el examen de la actividad de las Administraciones públicas en materia de protección de menores pone de relieve que actúan como poder público. Esto es, investidas de las tradicionales prerrogativas que el Ordenamiento les atribuye para servir el interés general, en este caso la protección de la infancia y del interés superior de los menores. Por ello, frente a estos privilegios, los particulares que se ven afectados por la actuación de la Administración han de tener reconocidas una serie de garantías. El Derecho administrativo se caracteriza, precisamente, por este equilibrio entre privilegios de la Administración y garantías de los particulares. Por ello, como veremos, la actuación de las Administraciones públicas en materia de protección de menores y, de modo particular, la desarrollada en el marco de la tutela administrativa debe ser calificada como "administrativa", con lo que ello comporta respeto al régimen jurídico aplicable.

Así, el estudio histórico de la protección pública de los menores es uno de los elementos que nos permitirá determinar el sustrato publicista y no privatista de las instituciones que son objeto de este trabajo. Según se verá, en contra de lo que algunos autores mantienen, con la incorporación al Código Civil de la figura de la tutela administrativa de los menores desamparados se procedió a "civilizar" una actuación que tradicionalmente había tenido carácter jurídico-público. En las páginas que siguen se pondrán de relieve las razones que llevaron al legislador estatal postconstitucional a incorporar los instrumentos de la tutela y la guarda administrativa al Código Civil. Camino emprendido por el legislador estatal y cuyos pasos fueron seguidos por el legislador catalán que, cambiando el rumbo inicial, pasó de regular esta materia en normas administrativas a normas dictadas en ejercicio de su competencia en materia de legislación civil.

Por tanto, este breve recorrido histórico nos permitirá conocer el sustrato en el que hunde sus raíces la actuación de protección de los menores desarrolladas por las Administraciones públicas y contar con los elementos que nos permiten analizar adecuadamente su devenir posterior.

No obstante, antes de comenzar es conveniente advertir al lector que, tanto entonces como hoy, se produce una enorme distancia entre la realidad de la infancia en nuestra sociedad y el marco legal previsto para su protección. A la vista de la legislación sobre la materia pudiera parecer que aquí los menores viven en el mejor de los mundos. Sin embargo, la realidad es bien distinta; es mucho lo que queda por hacer. No se hace todo lo que legalmente se debería y, además, no todo se hace bien. Vivimos en una sociedad compleja que evoluciona y se transforma con gran rapidez y nuestras instituciones no siempre brindan respuestas adecuadas para hacer frente a las nuevas realidades. La actuación de las Administraciones públicas dirigida a la protección de los menores es compleja y costosa. Pero es esencial que los poderes públicos garanticen a todos los menores los derechos que nuestro Ordenamien-

to les reconoce y el pleno de desarrollo de su personalidad. Las Administraciones públicas han de poner un celo especial para que las acciones desarrolladas en este ámbito no se aparten de ningún modo de los principios de legalidad, eficacia y eficiencia y, por supuesto, los principios que rigen la actuación administrativa en esta materia, comenzando por el principio del interés superior del menor. El conjunto de la sociedad y, en especial, las instituciones encargadas del control de la actuación de las Administraciones en este ámbito tienen el deber de velar porque así sea.

CAPÍTULO I
LA PROTECCIÓN PÚBLICA DE LOS MENORES: APROXIMACIÓN HISTÓRICA

I. LA PROTECCIÓN PÚBLICA DE LOS MENORES EN EL SIGLO XIX: DE LA CARIDAD PRIVADA A LA BENEFICENCIA PÚBLICA

En España, la protección de la infancia estuvo en manos de la caridad privada y eclesiástica hasta que en el siglo XIX los poderes públicos comenzaron a dedicar cierta atención a esta materia[1]. En la primera mitad del siglo XIX, como consecuencia de la secularización de la sociedad y el proceso desamortizador, se inició el camino que conduciría de la caridad privada a la beneficencia pública[2]. La necesidad de reformar el sistema asistencial, que hasta entonces dependía de la Iglesia y los particulares, fue planteada por los liberales. Sin embargo, la inquietud de los liberales por la problemática social no era del todo desinteresada; su principal interés era el patrimonio de las instituciones eclesiásticas, con el que deseaban hacer frente a la grave deuda pública[3]. Así, con la desamortización y consiguiente secularización de

[1] No obstante, con anterioridad habían existido instituciones de protección de menores. Una de las primeras fue el "Padre de Huérfanos", creada en Valencia en 1337 por Pedro IV de Aragón y II de Valencia. Esta institución se extendió a diversas ciudades de Aragón, Navarra y Castilla y subsistió hasta el siglo XVIII. El Padre de Huérfanos ejercía dos tipos de funciones: de *carácter asistencial* —recoger a los huérfanos y abandonados y procurarles oficio— y de *carácter represivo* —conocer y juzgar las situaciones de vagabundeo e incluso delictivas. Desde la doctrina se ha apuntado que esta figura pudiera ser el origen del posterior modelo de los Tribunales Tutelares de Menores. Vid. CANTARERO, Rocio, *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y Derecho procesal de menores*, Montecorvo, Madrid, 1988, págs. 42-48; MARTÍN OSTOS, José, *Jurisdicción de menores*, Bosch Editor, 1994, Barcelona, pág. 15.

[2] Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, "La Beneficencia general y particular. Situación y perspectivas", en *Problemas fundamentales de Beneficencia y Asistencia Social*, Ministerio de la Gobernación, Madrid, 1967, págs. 15-31.

[3] Según pone de relieve MAZA ZORRILLA, "A partir de estos momentos, el problema de la deuda pública y de las disposiciones desamortizadoras evolucionan correlativamente... Desde la óptica de la beneficencia en que nos movemos, el máximo interés lo entraña la R. Cédula promulgada el 25 de septiembre de 1798 por la que se ordena enajenar en pública subasta "todos los bienes raíces pertenecientes a Hospitales, Hospicios, Casas de Misericordia, de Reclusión y de Expósitos". Cfr. Elena MAZA ZORRILLA, *Valladolid: sus pobre y la respuesta institucional (1750-1900)*, Valladolid, Juan de Castilla y León, 1985, págs. 150 y 178.

los bienes de la Iglesia, la actividad asistencial que había sido financiada por ésta debió ser asumida por el Estado.

Por otra parte, a raíz de la crisis generalizada —que comenzó en España en la segunda mitad del siglo XVIII y que alcanzó su máxima intensidad a principios del siglo XIX— se produjo un importante crecimiento de la demanda asistencial que puso de manifiesto las graves deficiencias de la caridad privada y eclesiástica[4]. Las instituciones de caridad privada dedicadas a los menores (casas de misericordia, inclusas, casas de expósitos, casas de maternidad) se vieron desbordadas. La falta de medios y la gran mortandad infantil hizo que aumentaran las críticas a estas instituciones, que ya venían siendo cuestionadas desde mediados del siglo XVIII.

Sin embargo, las reformas sociales previstas por los liberales no pudieron salir adelante como consecuencia de la restauración del absolutismo (1814-1820). No obstante, la cuestión del modelo asistencial volvió a ser planteada pocos años después con el retorno de los liberales (trienio liberal 1820-1823). La reforma asistencial propugnada, fue finalmente plasmada en la Ley de establecimiento general de beneficencia de 23 de enero-6 de febrero de 1822. Esta Ley pretendía uniformizar la gran variedad de instituciones asistenciales y oficializarlas, absorbiendo las de carácter privado. Pero la vuelta de nuevo al absolutismo en 1823 impidió la aplicación de la Ley. Fue necesario esperar a que los liberales recuperaran el poder, tras la muerte de Fernando VII, para restablecer la Ley de Beneficencia de 1822 mediante el R.D. de 8 de septiembre de 1836.

No obstante, debe advertirse que la secularización de las actividades asistenciales no llegó a producirse totalmente, ni en la legislación ni en la práctica. La crisis económica y el incremento de la demanda asistencial comportó que los poderes públicos propiciaran la colaboración de los particulares, en su mayoría instituciones eclesiásticas. De forma que los particulares y la Iglesia continuaron desarrollando actividades de beneficencia de forma paralela al Estado.

Las transformaciones políticas y la aprobación en 1845 de una Constitución moderada desembocaron en la aprobación de una nueva Ley de Beneficencia el 20 de junio de 1849. Unos años después, esta Ley fue desarrollada por el Reglamento de 14 de mayo de 1852. En esta legislación se contemplaba la beneficencia pública y la particular. Los establecimientos públicos de beneficencia se configuraban legalmente como la regla general y los privados

[4] Vid. PICONTÓ NOVALES, Teresa, La Protección de la Infancia (Aspectos sociales y jurídicos), Egido editorial, 1996, págs. 20-22

tan solo como una excepción[5]; pero lo cierto es que, en la realidad, la mayoría de establecimientos eran privados[6].

Ahora bien, la referida legislación no brindaba una respuesta adecuada a los problemas que planteaba entonces la asistencia social. Por ello, fue objeto de duras críticas; en especial por un nuevo movimiento político-social denominado "filantropía". El movimiento filantrópico proponía reorganizar la asistencia a la infancia mediante un programa basado en el refuerzo del espíritu familiar y, en especial, en el protagonismo de la mujer[7]. La escritora Concepción ARENAL, seguidora de este movimiento, afirmaba que "la legislación vigente sobre Beneficencia ni ordena lo conveniente, ni garantiza el cumplimiento de lo que se ordena" y añade que "no señala recursos para proveer a los gastos que han de originarse en el caso de que se cumpla lo que se manda". La autora consideraba necesario enlazar la caridad privada con la beneficencia pública y para ello proponía la elaboración de una ley[8].

---

[5] Los establecimientos públicos se clasificaban en generales, provinciales y municipales. La educación de huérfanos y desamparados correspondía a la provincia de donde fueran naturales, a no ser que ellos o sus padres hubieran adquirido la vecindad de la provincia en donde reclaman socorro de la beneficencia (art. 12 del Reglamento de 14 de Mayo de 1852). La distinción legal entre establecimientos públicos y privados venía determinada por la procedencia de los fondos. Las instituciones benéficas particulares eran todas aquellas creadas y dotadas con bienes particulares; por otra parte, no perdían este carácter por el hecho de recibir alguna subvención pública, siempre que aquella no fuese indispensable para su subsistencia; así lo disponía la instrucción de 30 de diciembre de 1873 para el ejercicio del protectorado en la beneficencia particular. Vid. voz "Beneficencia" en *Escriche Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1874, pág. 56.

[6] Así, en la discusión habida en las Cortes sobre la Ley de 1849, el Sr. GÓMEZ DE LA SERNA afirmaba lo que sigue: "dice el artículo que todos los establecimientos de beneficencia del Reino son públicos, y acabando de establecer este principio, cuando acaba de usar la palabra de todo, exceptúa una porción, casi exceptúa la mitad de los establecimientos de España. Es decir que el artículo se destruye a si mismo..." (Diario de las Sesiones de Cortes, 36, Presidencia del Sr. Luis Mayans, sesión del jueves 15 de febrero de 1849, pág. 750). Vid. AGUADO CUDOLÀ, Vicenç, "La beneficencia: de la policía administrativa al servicio público. El caso de la mancomunidad de Cataluña" en la obra coordinada por J. TORNOS MAS, *Los servicios sociales de asistencia a la tercera edad. El caso de Cataluña*, Tirant lo Blanch, pág. 59, nota 24.

[7] Este movimiento asociativo quedaba enmarcado en la ideología liberal, que propugnaba el abstencionismo del Estado. Así, Concepción ARENAL *(Artículos sobre Beneficencia y Prisiones*, T. XVIII, vol. I, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1900, pág. 69) afirmaba que "el Estado no debe hacer nada de lo que los individuos o las corporaciones pueden hacer tan bien o mejor que él"; citada por PICONTÓ NOVALES, Teresa, *op. cit.* pág. pág. 28.

[8] La referida ley, según la autora, debía prever los siguientes aspectos: "1° organización de asociaciones filantrópicas. Comunicación, comunión de los compasivos, unidad y mutuo apoyo en sus esfuerzos. 2° Obligación impuesta a toda asociación religiosa de ejercitarse en alguna obra de caridad. 3° Publicidad en todo lo concerniente al ramo de Beneficencia. 4° Evitar hasta donde sea posible la aglomeración de desvalidos. 5° Llamamiento al sacerdote y a la mujer como indispensable auxiliares. 6° Dar a la Beneficencia el auxilio de las ciencias". Vid. ARENAL, Concepción, *La Beneficencia, la Filantropía y la Caridad. Memoria Premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el concurso de 1860*, Ed. Imprenta del Colegio de Sordomudos y de Ciegos, Madrid, 1861, págs. 36, 43 y 90-91. Ver, asimismo, sobre las críticas de esta autora a la Legislación de Beneficencia, AGUADO CUDOLÀ, Vicenç, "La beneficencia: de la policía administrativa al servicio público... *cit.*, pág. 62.

El movimiento filantrópico tuvo una gran influencia en el ámbito de la infancia. Sus propuestas se plasmaron en buena medida en las leyes de protección de menores e influyeron en la creación de unos Tribunales especiales. La familia fue la institución a partir de la cual se configuró la política pública de control de la infancia. La finalidad era garantizar que los niños fueran seres útiles al Estado. Para ello se previó el seguimiento constante de los menores y sus familias, a través de medidas de policía administrativa y educativas. La protección de la infancia se realizará a través de un complejo entramado de control social.

II. LA LEGISLACIÓN SOBRE PROTECCIÓN A LA INFANCIA EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX

A finales del siglo XIX principios del XX se dictan en España las primeras Leyes dirigidas a brindar protección a la infancia. La primera norma aprobada con la finalidad de velar por los menores fue la Ley de 26 de julio de 1878, de prohibición de ejercicios peligros ejecutados por menores. Esta Ley preveía la imposición de pena de prisión o multa a las personas que utilizaran a los niños en los espectáculos públicos para la realización de trabajos difíciles y peligrosos. La condena a los padres o tutores comportaba, además, la privación de la patria potestad o la tutela, de forma temporal o permanente[9].

Unos años después se dicta la Ley de 13 de mayo de 1900, reguladora del trabajo de mujeres y niños. Y el 23 de julio de 1903 se aprobó la Ley sobre mendicidad de menores. Esta última norma encomienda por primera vez al Estado el ejercicio a través de las Administraciones de la acción protectora o tutelar de los niños abandonados y los privados de la asistencia de sus padres[10].

---

[9] En el art. 4 se encomendaba al Tribunal sentenciador decidir si los padres debían ser privados temporal o perpetuamente de los derechos de patria potestad.

[10] Además, la Ley de 23 de julio de 1903 establecía un conjunto de sanciones para los padres y tutores de los menores que practicaran la mendicidad. Asimismo, la Ley preveía, en el caso de que padres o tutores fueran sancionados de forma reiterada, la *suspensión* del derecho a la guarda y educación de los menores y el ingreso de éstos en un establecimiento de beneficencia. Por otra parte, el art. 5 disponía que "los agentes de la Autoridad deberán detener a los menores de dieciséis años que mendiguen, vaguen o pernocten en paraje público, solos o acompañados por personas mayores... Los agentes conducirán los detenidos al local destinado al efecto, donde estarán con la separación conveniente hasta que sean devueltos a sus guardadores o trasladados a un Establecimiento benéfico..." Y en el art. 6 se establecía que "los niños abandonados y los privados de la asistencia de sus padres por fallecimiento de éstos o por imposibilidad absoluta de mantenerlos... *serán sustentados y educados en los Establecimientos de Beneficencia que existan en el municipio o en la provincia* de donde sean naturales, según las disposiciones de la legislación general del ramo y la práctica seguida en cada provincia respecto al asilo y educación de huérfanos y *desamparados. Podrán también los Ayuntamientos y las Diputaciones provinciales concertarse con las Sociedades o Instituciones particulares protectoras de la infancia constituidas legalmente, para la prestación de este servicio mediante una subvención o el abono de pensiones*".

Sin embargo, con esta legislación no quedaba debidamente resuelto el problema de infancia, del abandono y la explotación infantil. Por ello, se acomete la elaboración de un proyecto de ley de protección a la infancia que desembocará en la aprobación de la Ley de protección a la infancia de 12 de agosto de 1904, posteriormente completada por el Reglamento de 24 de enero de 1908.

1. La Ley de protección a la infancia de 1904

El proyecto de Ley fue presentado en las Cortes el 26 de enero de 1904. En el acto de presentación el Ministro afirmó, en referencia a la legislación entonces vigente sobre protección de menores (las leyes citadas de 1878, 1900 y 1903) que "por lo concreto y limitado de los fines a que atienden, no realizan el verdadero ideal de una ley de protección a la infancia". El denominado "problema infantil" reclamaba la atención urgente del Gobierno. Según se afirmaba en el propio discurso de presentación del proyecto, las estadísticas ponían de relieve la elevada mortalidad infantil y, por tanto, "la merma que la Nación sufre en su riqueza y en sus energías con esa multitud de vidas que corta en flor la muerte". Además, se añadía: "crece de día en día la muchedumbre de niños abandonados, y sus míseras existencias ofrecen triste ocasión a padres y guardadores indignos para explotaciones impías, que sustituyen las solicitudes de cariño con las exigencias de un trabajo industrial prematuro... La patria potestad se alza en ocasiones como barrera infranqueable para amparar la sevicia, la explotación, el abandono de los hijos por padres desnaturalizados, que, empujándolos a la mendicidad industrial, dejan en sus almas candorosas los gérmenes de la vagancia, de la corrupción y el delito".

El 12 de agosto de 1904 fue finalmente aprobada la Ley de protección a la infancia[11]. Esta Ley tenía por objeto brindar *protección pública* a los menores de diez años, protección que comprendía la salud física y moral del niño (art. 1). Para ello se contemplaban un conjunto de entidades públicas a las que se encomendaba la acción protectora: un Consejo Superior de Protección a la Infancia, enmarcado en el Ministerio de Gobernación y presidido por el Ministro; las Juntas provinciales presididas por el gobernador de la provincia y las Juntas locales presididas por el alcalde (arts. 3 a 7). Por tanto, correspondía a las Administraciones públicas la actividad de protección de la infancia a través de técnicas de policía administrativa[12].

[11] En la elaboración de esta Ley se utilizaron como referentes las leyes de protección de menores entonces vigentes en Austria, Inglaterra, Alemania y Francia. Con estas Leyes se pretendía acabar con la gran mortandad infantil, pero se utilizaban para ello técnicas de vigilancia y control y, en concreto, la imposición de sanciones.

[12] La Ley preveía la exigencia de una serie de requisitos para permitir a las mujeres dedicarse a la lactancia mercenaria (art. 8). También contemplaba la necesidad de una autoriza-

La Ley de protección a la infancia de 12 de agosto de 1904 no trataba la cuestión de los menores delincuentes. Esta materia quedaba enmarcaba entonces en el Derecho penal común. Sin embargo, a comienzos del siglo XX ya se advertía el estrecho límite que separaba la situación de abandono de los menores y la delincuencia infantil. Esta última generalmente provenía de una previa situación de abandono. Desde las sociedades filantrópicas se propugnaba dejar a los menores fuera del marco del Código Penal y la creación de unos Tribunales especiales para su tratamiento[13]. Los Gobiernos de entonces se hacen eco de esta necesidad y de forma sucesiva fueron presentados en las Cortes diversos proyectos de ley por los Ministros de Gracia y Justicia, Sres. Arias de Miranda, Burgos y Mazo y Alvarado, el 28 de octubre de 1912, 1 de noviembre de 1915 y 5 de noviembre de 1917, respectivamente[14]. Este último proyecto cristalizó en la Ley de bases de 2 de agosto de 1918, desarrollada por el Real Decreto de 25 de noviembre de 1918 sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños[15].

2. La Ley de 25 de noviembre de 1918 sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños

La ley de 25 de noviembre de 1918 instituyó en España los primeros Tribunales para niños. Esta norma crea por primera vez en nuestro Estado una jurisdicción especial para los menores delincuentes. Los menores quedaban finalmente excluidos del marco penal previsto para los adultos. Ahora bien, a los Tribunales para niños no se les encomienda únicamente la facultad re-

---

ción para las agencias de nodrizas (art. 9). Por otra parte, imponía a los directores de establecimientos benéficos el deber de dar un parte mensual sobre los ingresos, retiradas, traslados o defunciones (art. 11). Por último, establecía una serie de sanciones por el incumplimiento de lo preceptuado en la ley (arts. 12 y 13). En definitiva, la Ley encomendaba a la Administración la protección de los menores a través de técnicas de policía gubernativa. Esta ley no contemplaba la prestación de servicios asistenciales concretos, se limitaba a establecer los órganos administrativos competentes y las medidas administrativas de vigilancia y control que éstos debían adoptar.

[13] Vid. PICONTÓ NOVALES, Teresa, *op. cit.*, págs. 33-34.

[14] Estos proyectos estaban inspirados en la necesidad de cambiar radicalmente "el tratamiento terapéutico a que se hallaba sometida la infancia rebelde, viciosa y delincuente". Al efecto de lograr este objetivo se proponía la creación de Tribunales especiales para niños "cuyo fundamento no es otro —decía el Sr. Arias Miranda— que la diferente condición que a los ojos de la sociedad y de la ley debe merecer el hombre que en el pleno dominio de su razón y en el completo ejercicio de todas sus facultades se coloca fuera de la ley, y el que en la inexperiencia de los primeros años, y debido más que a malos instintos a deficiencias de educación, comete algún hecho punible, del cual puede ser fácilmente redimido más que con los rigores de la ley, con aquellos medios y estímulos que la sociedad tiene en su mano, y que, discretamente aplicados, pueden apartar desde los comienzos de la vida a los jóvenes delincuentes del camino de perdición".

[15] Para un estudio histórico de la obra de estos Tribunales, ROCA TOMAS, R.C. *Historia de la Obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, Ed. Consejo Superior de Protección de Menores, Valencia, 1968.

formadora, también se les atribuirá la facultad protectora. Así, se configuran con un doble carácter: por un lado, realizaban funciones de tipo jurisdiccional y, por otro, actuaban como órgano protector de la infancia.

El Tribunal estaba formado por un Presidente —que generalmente provenía de la carrera judicial pero que, por decisión del Ministro de Gracia y Justicia, en ciertas poblaciones podía ser una persona extraña a la carrera— y por dos vocales designados por la Administración (art. 1), en concreto por la Junta Provincial de Protección a la Infancia, órgano previsto en la Ley de Protección a la Infancia de 1904 a la que se ha hecho referencia pocas líneas antes. Por otra parte, las resoluciones dictadas por el Tribunal podían ser recurridas en apelación ante el Consejo Superior de Protección a la Infancia; órgano administrativo enmarcado en el Ministerio de Gobernación —según se establece en la Ley de Protección de Menores de 1904—. En consecuencia, tanto de su composición como del régimen de recursos frente a sus decisiones, se pone de relieve que no tenía naturaleza judicial sino que, en realidad, se trataba de un Tribunal de carácter administrativo[16].

La competencia del Tribunal se extendía: por un lado, al conocimiento de los delitos y faltas cometidos por los menores de quince años (facultad reformadora); y, por otro, a la *suspensión* del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación, cuando cometieran delitos o infracciones o tuvieran conductas que implicaran el ejercicio indebido de la patria potestad y la consiguiente desprotección del menor (facultad protectora) (art. 3)[17].

Por otra parte, las medidas previstas en la citada ley de 1918 también constituían una novedad. En el art. 6 se habilitaba al Tribunal para "acordar dejar al menor al cuidado de su familia o entregárselo a otra persona o a una Sociedad tutelar o ingresarlo por tiempo determinado en un Establecimiento benéfico de carácter particular o del Estado". Asimismo, este precepto contempla una nueva figura: la del delegado de protección a la infancia, encargado "de la constante vigilancia del menor y de la persona o sociedad a cuya custodia haya sido confiado". Por último, el referido art. 6 restringía el ingreso del menor en un Establecimiento del Estado "cuando aquel haya ejecutado un acto punible con discernimiento; pero para hacer esta declaración, será preciso que el Tribunal adquiera convencimiento pleno de la evidente perversi-

[16] Acerca de la naturaleza de la jurisdicción de menores y su carácter administrativo, MARTÍN OSTOS, José, *op. cit.*, págs. 15-29.

[17] La patria potestad tan solo quedaba en *suspenso*, los Tribunales para niños no podían privar a los padres de la patria potestad ya que esta competencia correspondía a los Tribunales ordinarios. En la actualidad, la declaración de desamparo por la Administración implica, asimismo, la *suspensión* de la patria potestad o la tutela ordinaria (art. 172 del Código Civil y, en Cataluña, art. 3.2 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre). La privación de la patria potestad corresponde a los Tribunales de Justicia (art. 170 del Código Civil y, en Cataluña, art. 136 del Código de Familia, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio).

dad del menor". Por último, la ley encomendaba promover la creación de Sociedades tutelares, a través del Consejo Superior y las Juntas provinciales y municipales previstas en la Ley de protección a la infancia.

Por tanto, la aplicación de la ley requería la creación de las referidas Sociedades tutelares y la existencia de centros de educación, reforma y observación. La carencia de estos centros, como consecuencia de la falta de recursos económicos, fue una de las razones que explica la lenta consolidación de estos Tribunales.

3. La Ley de 3 de febrero de 1929 de Tribunales tutelares para niños

La ley de 1918 de Tribunales tutelares para niños fue reformada por la Ley de 15 de julio de 1925 y, posteriormente, por la Ley de 3 de febrero de 1929[18]. La Ley de 1929 mantiene la naturaleza administrativa del Tribunal. Por otra parte, esta Ley trata de delimitar con mayor claridad las facultades reformadora y protectora encomendadas al Tribunal. Así, en el art. 9 se atribuye a los Tribunales tutelares competencia para conocer:

1º.—a) Las acciones u omisiones cometidas *por* los menores de dieciséis años tipificadas en el Código penal o en leyes penales especiales; b) las infracciones administrativas cometidas *por* menores de la misma edad; c) los supuestos de menores de dieciséis años dedicados a la prostitución o a vagabundear. En estos casos se atribuye al Tribunal una *facultad reformadora* que, según establece la Ley, no tiene carácter represivo sino educativo y tutelar.

2º.—Las faltas tipificadas en leyes penales cometidas por mayores de dieciséis años *contra* los menores de edad. En este caso la jurisdicción del Tribunal tenía carácter represivo.

3º.—De la *suspensión* del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación del menor: a) en los casos previstos en el Código Civil por malos tratos u órdenes, consejos o ejemplos corruptores de los menores de dieciséis años; b) en los casos previstos en normas penales como consecuencia de delitos o faltas cometidos por dichos padres o tutores en perjuicio de los menores. En este ámbito se atribuye al Tribunal una *facultad protectora* cuyo carácter es esencialmente preventivo.

La Ley también contemplaba la adopción de nuevas clases de medidas, evolucionándose desde la pura represión a la moralización y reeducación. Así, en el ejercicio de su *facultad reformadora* el Tribunal podía prever medidas

[18] Esta reforma fue necesaria para adaptar la legislación sobre Tribunales tutelares para niños al nuevo Código Penal de 1928, que había entrado en vigor el 1 de enero de 1929.

como la amonestación; la libertad vigilada; la custodia por otra persona, familia o sociedad tutelar; el ingreso en un centro de educación, observación o reforma de carácter público o privado; o el ingreso en establecimientos especiales para menores enfermos, deficientes o simplemente difíciles[19]. Por otra parte, en el ejercicio de la *facultad protectora* el Tribunal podía acordar la vigilancia o *suspensión* de la patria potestad o la tutela a los padres o tutores y confiar al menor a una persona, familia o institución. En el supuesto de suspensión de la patria potestad o la tutela, los propios Tribunales asumían la tutela del menor (arts. 17 y 18)[20].

La ley regulaba las "instituciones auxiliares". En el art. 24 se encomendaba a las Juntas provinciales y municipales de protección a la infancia la creación de sociedades y establecimientos tutelares. Los menores que el Tribunal, en ejercicio de la *facultad reformadora*, confiaba a otras personas, familias, sociedades tutelares o establecimientos, debían ser sustentados y educados mediante el abono de estancias sufragadas por sus padres, satisfechas a cargo de los bienes del menor, o con las pensiones del Estado y Corporaciones y con los demás recursos propios del Tribunal. En cambio, los menores confiados por el Tribunal a dichas personas o instituciones en el ejercicio de la *facultad protectora* debían ser sustentados y educados a cuenta del municipio en que hubieran nacido y, a falta de medios de dicho municipio, por la provincia a la que el mismo perteneciera (art. 25); sin embargo, en el caso de que los padres del menor o el propio menor tuvieran recursos suficientes, los gastos de sustento y educación debían ser abonados a la correspondiente Corporación.

Los Ayuntamientos o Diputaciones que se hacían cargo de un menor podían prestar el servicio mediante establecimientos propios o concertándolo con entidades protectoras autorizadas o familias honradas elegidas por la Junta de Protección a la Infancia. Los menores quedaban bajo la vigilancia de la Junta de Protección y no podían ser devueltos a sus padres u otra persona sin la autorización del Tribunal tutelar (art. 26).

Por otra parte, la Ley de 1929 facultaba a los padres o representantes legales de los menores que desearan corregir a estos, en virtud de su "derecho" de patria potestad o tutela, a solicitar el auxilio de la Autoridad correspondiente para internar el menor en un Establecimiento de corrección paterna. En

[19] En todos estos casos se preveía la designación de un delegado encargado de vigilar al menor y la persona, familia o centro responsable del cumplimiento de la medida; figura semejante a la ya prevista en la ley de 1918.

[20] El art. 18 disponía que "cuando *suspendan* el derecho a la guarda y educación de los padres y tutores, *los mismos tribunales ejercerán la tutela de la persona del menor*, pudiendo confiarlo a otras personas o entidades y asumiendo el Tribunal las facultades que a los padres o tutores competen para autorizar los contratos de aprendizaje o de trabajo; la emigración o la inscripción del menor en el Ejército o en la Marina de guerra o mercante".

estos casos, el Tribunal debía limitarse a examinar los motivos en que se fundaba la corrección acordada por padres o tutores; eso sí, la Ley advertía que debía oírse al menor. Por tanto, cuando el padre o tutor demandaba una medida de corrección se investigaba a la propia familia. De forma que el derecho de corrección podía volverse contra quien lo ejercía y conducir a la suspensión de la patria potestad o tutela.

Del examen de la referida legislación resulta que la intervención y control administrativo no sólo recaía sobre los menores indisciplinados, sino también, y de modo muy especial, sobre las familias que los abandonaban o maltrataban.

La creación de los Tribunales tutelares de menores, según resulta de las propias normas reguladoras, supone el primer paso en la distinción entre la denominada "infancia peligrosa" —facultad reformadora— y la "infancia en peligro" —facultad protectora—. Sin embargo, lo cierto es que en este primer momento no se delimitan con claridad las dos clases de actuaciones.

III. LA LEGISLACIÓN DE 1948 Y LOS PRECEDENTES NORMATIVOS DE LA TUTELA EX LEGE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. El Texto Refundido sobre Tribunales Tutelares de Menores aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948

La ley de Tribunales tutelares de menores fue objeto de sucesivas reformas[21] hasta que fue dictado el Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el texto refundido y su Reglamento en la misma fecha, normas que siguen los pasos de la legislación de 1929. Esta legislación ha estado vigente hasta la aprobación de la Ley Orgánica 4/1992, reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores, posteriormente derogada por la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

La Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948 continuaba sin incardinar el referido órgano en el Poder Judicial, el Tribunal seguía manteniendo naturaleza administrativa[22]. La ley atribuía a la Adminis-

[21] Así, además de la reforma llevada a cabo en 1929 examinada en el epígrafe anterior, fue modificada en el periodo de la República mediante el Decreto de 16 de junio de 1931. Más adelante, con el triunfo del franquismo, se restauró el articulado de la ley de 1929 mediante la Ley de 13 de diciembre de 1940. Vid. DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Revista General del Derecho, Valencia, 2000, pág. 33; CANTARERO, Rocio, *op. cit.*, pág. 52.

[23] La integración de los Tribunales Tutelares de Menores en el poder judicial fue prevista por la Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974, que contempló la

tración pública amplias facultades para establecer la composición y organización de los Tribunales, a través del Consejo Superior de Protección de Menores[23].

La ley de 1948, en la misma línea que la de 1929, atribuía a los Tribunales Tutelares competencias que incidían en diversos ámbitos jurídicos. La ley, siguiendo los pasos de la legislación precedente, regulaba conjuntamente la facultad reformadora y la facultad protectora, aunque tratando de dar un paso adelante en la delimitación de una y otra.

La *facultad reformadora* comprendía el conocimiento de los delitos e infracciones gubernativas cometidas por los menores. Asimismo, el Tribunal debía actuar su facultad reformadora frente a los menores "licenciosos", "vagos" o los que practicaban la mendicidad o la prostitución. En ejercicio de esta facultad los Tribunales podían acordar un conjunto de medidas similares a las previstas en la Ley de 1929: amonestación, breve internamiento en un centro, libertad vigilada; custodia por otra persona, familia o sociedad tutelar; ingreso en un centro de observación, educación o reforma, fuera publico o privado, o ingreso en un centro especial para los que calificaba como "anormales".

La *facultad protectora* permitía acordar la vigilancia o *suspensión* de los derechos de guarda y educación de padres o tutores en el supuesto de inadecuado ejercicio de la patria potestad o la tutela. *En el caso de suspensión del derecho de guarda y educación, el propio Tribunal debía asumir la acción tutelar y encomendar la custodia del menor a otras personas o entidades: el acogimiento del menor por la Junta de Protección de Menores, sociedad tutelar, establecimiento, persona o familia* (arts. 9, 13, 17 y 18)[24].

---

creación de las Magistraturas Tutelares de menores. La judicialización no tuvo lugar hasta la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la creación de los Juzgados de menores (art. 96). Acerca de la naturaleza de estos Tribunales, MARTÍN OSTOS, José, *op. cit.*, págs. 15-29; GIRÓN LÓPEZ, Cesar, "Estudio comparado de la normativa autonómica en materia de protección de menores", en *Protección jurídica del menor*, Edit. Comares, Granada, 1997, págs. 29-45.

[23] El Consejo Superior de Protección de Menores había sido previsto por vez primera en la Ley de Protección a la Infancia de 1904, que lo enmarcaba en el Ministerio de Gobernación. Ahora, la Ley de 2 de julio de 1948 sobre Protección de Menores crea la Obra de Protección de menores, entidad estatal autónoma dependiente del Ministerio de Justicia, cuyo órgano superior será el referido Consejo Superior de Protección de Menores (arts. 4 y 7).

[24] Esta regulación constituye un claro precedente de las funciones tutelares de los menores desamparados que el Ordenamiento atribuye actualmente a las Administraciones autonómicas. Una vez constatada por la Administración la situación de desamparo del menor, la Administración tiene encomendada por la Ley la tutela —ahora es la ley, y no como antes, unos Tribunales especiales, la que atribuye la tutela a la Administración y, de modo correlativo, suspende la patria potestad o la tutela civil u ordinaria—. Asimismo, la tutela de la Administración implica —también por obra de la ley— la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria (art. 172 del Código Civil y en Cataluña arts. 2 y 3 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre). Por otra parte, esta previsión de la ley de 1948 provenía de la ley de 3 de febrero de 1929, examinada anteriormente (arts. 17 y 18).

Por tanto, desde la perspectiva protectora, los Tribunales Tutelares de Menores tenían atribuida una *facultad protectora inmediata y* otra *mediata.* La facultad protectora *inmediata* era ejercida sobre el propio niño, con la finalidad de protegerlo. La *facultad protectora mediata* se ejercía sobre los responsables del menor que actuaban en su perjuicio, ya fueran padres, guardadores o tutores. Así, cuando los responsables del menor ejercían sus "derechos" de guarda y educación de forma indigna o inadecuada creando una situación de vulnerabilidad al menor (que hoy la Ley califica de "riesgo" o "desamparo"), el ejercicio por los Tribunales de la faculta protectora suponía la limitación de los derechos de los responsables del niño: la *vigilancia* o *suspensión* del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación del menor. La *suspensión* del derecho de guarda y educación a los padres o tutores comportaba que la acción tutelar sobre los menores pasaba a recaer exclusivamente sobre los Tribunales tutelares (art. 13) —en la actualidad sobre la Administración—. Por otra parte, la medida de suspensión de los derechos de guarda y educación de los responsables del menor comportaba que los Tribunales, en ejercicio de la acción tutelar, acordaran su acogimiento por una persona, familia, sociedad tutelar o establecimiento (art. 17 B).

> El Fuero de los Españoles de 1945 en su art. 22 había configurado la familia como la célula básica de la sociedad al disponer que "el Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley humana y positiva". A continuación, en el art. 23 había establecido las obligaciones paternas respecto a los hijos y las consecuencias del incumplimiento: "los padres están obligados a alimentar, educar e instruir a sus hijos. *El Estado suspenderá el ejercicio de la patria potestad o privará de ella a los que no la ejerzan dignamente, y transferirá la guarda y custodia de los menores a quien por Ley corresponda*".

En cuanto a la *facultad reformadora*, se advierte que la legislación identificaba el menor que había cometido un delito o infracción con el menor que hoy se calificaría en situación de dificultad o exclusión social[25]. En efecto, el art. 9 atribuía al Tribunal facultad reformadora frente a los menores que había cometido ilícitos penales o administrativos y frente a los menores "prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos". Por tanto, en un caso nos encontramos ante menores que efectivamente han cometido actos ilícitos y, en cambio, en el otro caso nos encontramos simplemente ante menores en situación de dificultad social. Sin embargo, el Tribunal podía imponer el mismo tipo de medidas a los dos grupos de menores mencionados. En ejercicio de la facultad reformadora, la ley habilitaba a los Tribunales para acordar la medida de internamiento, sin contemplar una duración determinada del mismo[26].

[25] En el capítulo IV, apartado III de esta obra, se analiza la actual regulación del ámbito de los menores en situación de dificultad social.

[26] En cambio, con mejor criterio, la vieja ley de 1918 había precisado que el ingreso de un menor en un establecimiento debía realizarse por un "tiempo determinado". Esta limita-

Este tratamiento se justificaba atribuyendo a las medidas carácter educativo y tutelar. Por otra parte, la acción del juez tutelar se presentaba como paternalista y protectora. Sin embargo, esta ideología paternalista conducía, en realidad, a menoscabar los derechos de los menores y a privarles de ciertas garantías procesales.

La legislación de Tribunales Tutelares de Menores no definía con precisión los límites entre la función reformadora y la protectora. Por ello, tras la aprobación de la Constitución de 1978 se criticó la atribución a un mismo órgano de la facultad reformadora y protectora. La doctrina censuró el tratamiento unitario de la problemática planteada por la infancia denominada "peligrosa" y la infancia en peligro, ya que podía conducir a criminalizar situaciones en las que el menor era, en realidad, una víctima[27].

2. El Texto Refundido sobre Protección de Menores de 2 de julio de 1948

El 2 de julio de 1948 fue aprobado el texto refundido sobre Protección de Menores[28]. Esta norma definía la protección de menores como una institución de inspección, vigilancia, promoción, fomento y coordinación de Organismos y servicios protectores. Así, la actividad administrativa protectora se desarrollaba a través del ejercicio de funciones enmarcadas en la actividad clásica de policía administrativa: entre otras, inspección de los centros; investigación de los daños, abusos o explotación a menores; denuncia y persecución de los delitos cometidos por menores; vigilancia del cumplimiento de las disposiciones protectoras. No obstante, también se preveían algunas medidas con cierto contenido educativo y asistencial como "el amparo a los menores moralmente abandonados, recogiéndolos de la vía pública y brindándoles educación protectora y enseñanza profesional; o el cuidado de la educación e instrucción de los llamados anormales" (art. 5). La actividad protectora tenía como destinatarios los menores hasta los dieciséis años y los mayores de esa edad y menores de veintiuno sometidos a la tutela de los Tribunales de Menores (art. 2).

La Obra de Protección de menores se configuró como una entidad estatal autónoma dependiente del Ministerio de Justicia (arts. 1 y 4)[29]; por tanto,

---

ción desapareció en la ley de 3 de febrero de 1929 dictada durante la dictadura de Primo de Rivera y ahora tampoco se contemplaba en la legislación franquista de 1948.

[27] Vid. PICONTÓ NOVALES, Teresa, *op. cit.*, pág. 110.

[28] El mismo año en que había sido aprobado el Texto Refundido sobre Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio.

[29] Así lo estableció el Decreto de 26 de febrero de 1976, núm. 414/76. Esta norma vino a aclarar la confusa naturaleza del Consejo Superior de Protección de Menores, las Juntas de Protección y los Tribunales Tutelares, englobándolos en la "Obra de Protección de Menores". Por otra parte, en 1976, la citada norma también trató de subrayar la independencia de los

de naturaleza administrativa. El órgano superior de la Obra de Protección de Menores era el Consejo Superior. El Consejo Superior era un órgano administrativo que, como se ha dicho, tenía atribuidas por la ley de Tribunales Tutelares de Menores amplias facultades en orden a la determinación de la composición y organización de los referidos Tribunales[30]. Además, la ley contemplaba la existencia en cada capital de provincia de una Junta de Protección de Menores bajo la dependencia del Consejo Superior (art. 40)[31]. Por otra parte, según preveía la ley, las Juntas provinciales podían recurrir, para el cumplimiento de sus funciones, a instituciones ajenas oficiales o particulares, cuando carecieran de propias o éstas fueran insuficientes, a través de la celebración de convenios de colaboración (art. 62).

Los Tribunales Tutelares de Menores quedaban orgánicamente enmarcados en la Obra de Protección de Menores. La ley de Protección de Menores de 1948 les atribuía la función de *corrección* de los menores infractores y también los prostituidos y los calificados como vagos o vagabundos y la *protección* de los menores en caso de indigno ejercicio por parte de los padres o tutores del "derecho" de guarda y educación. Funciones reformadora y protectora que, como se ha visto, ya habían sido previamente atribuidas por la ley reguladora de estos Tribunales.

3. Precedentes normativos de la tutela *ex lege* de la Administración pública

En esta mirada al pasado también debe hacerse mención de la Orden de 1 de abril de 1937, sobre colocación familiar. Esta norma establece la tutela legal de la Administración y, por tanto, constituye un precedente de la actual tutela *ex lege* atribuida a las Administraciones Públicas. La Orden regulaba el servicio de "colocación familiar" de los menores huérfanos y abandonados.

Tribunales Tutelares al dar nueva redacción al art. 59 que pasó a decir que "los Tribunales Tutelares de Menores, colegiados o unipersonales, en el ejercicio de su función jurisdiccional, solamente estarán sometidos al Ordenamiento jurídico, respetando en todo caso la jerarquía de las normas".

[30] El Consejo se dividía en cinco secciones: 1) la sección primera "puericultura y primera infancia" tenía encomendadas, entre otras, funciones como la vigilancia de la lactancia mercenaria o el amparo y asistencia material a los menores de tres años. 2) la sección segunda "asistencia social", tenía carácter asistencial y sanitario y entre sus funciones puede destacarse el fomento de instituciones dedicadas a la protección o procurar que no se produzcan casos de abandono o indigencia de menores. 3) la sección tercera, relativa a la "mendicidad y tutela moral" tenía carácter tutelar por motivos de orden moral. 4) la sección cuarta relativa a los *"tribunales tutelares de menores"*, sus funciones eran las que se establecían en la legislación que regulaba estos tribunales. 5) Por último, la sección quinta, denominada "jurídica y legislativa" actuaba como asesoría jurídica del Consejo Superior.

[31] A su vez, cada una estas Juntas debía constar de tres secciones: la de puericultura y primera infancia, la de asistencia social y la de mendicidad y tutela. Cada una de estas secciones tenía encomendadas funciones propias de su ámbito (arts. 54 a 57).

Las familias acogedoras tenían atribuidas las funciones inherentes a la guarda: el deber de alimentar, vestir y educar a los menores. Ahora bien, la tutela de estos menores correspondía a la Administración. En efecto, el art. 9 de la Orden disponía que la colocación familiar es una forma de ejercer el Estado la tutela de los niños abandonados y atribuye (quizá por analogía con el entonces art. 121 del Código Civil para los niños recogidos en establecimientos benéficos) la tutela a las Juntas Locales, tutela que ejercerán bajo la inspección de la Junta Provincial y el Gobierno[32]. En ejercicio de esta función tutelar, las Juntas Locales quedaban obligadas a vigilar que las familias acogedoras cumplieran debidamente sus obligaciones. Sin embargo, la tutela de la Administración no alcanzaba a la administración de los bienes del menor, función que correspondía al Consejo de Familia en aplicación de lo dispuesto en el Código Civil[33].

Asimismo, en el Decreto de 23 de noviembre de 1940, de protección a los huérfanos de la Revolución y la Guerra[34], encontramos también un precedente de la atribución de la tutela "*ope legis*". En el art. 2 del Decreto se establece que la protección del Estado a los huérfanos de la revolución y la guerra consistirá en hacer frente, con cargo al "Fondo de Protección Benéfico social", a su subsistencia y educación y en "prestar el más vigilante cuidado a su proceso formativo, al objeto de que éste se verifique en condiciones de adhesión a los ideales y principios profesados por el Estado"[35]. La guarda y cuidado

[32] Las Juntas locales y las Juntas provinciales eran órganos de la Administración previstos por primera vez por primera vez en nuestro Ordenamiento en la ley de Protección a la Infancia de 1904.

[33] Este es un dato que debe tenerse en cuenta a la hora de precisar el actual contenido de la tutela administrativa de los menores desamparos. En algunos casos, la indebida asimilación de la tutela administrativa con la tutela civil u ordinaria (en parte como consecuencia del título competencial al amparo del cual fue regulada la figura y de su incorporación al Código civil) ha llevado a algunos legisladores autonómicos a atribuir a la Administración la función de administrar el patrimonio del menor, cuando lo cierto es que el contenido de la tutela administrativa debe quedar circunscrito a la asistencia personal, a la atención y protección de la persona del menor con el fin de garantizarle el pleno desarrollo de su personalidad y el disfrute de los derechos que el Ordenamiento les reconoce. Sobre esta cuestión me remito a lo señalado en el Capítulo V, epígrafe VIII, apartado 4 A) sobre el "contenido de la tutela administrativa".

[34] En la Exposición de Motivos del Decreto se manifiesta el espíritu y finalidad de la norma, la cual "sustrae a los huérfanos de todos los riesgos del abandono y, cuidando con esmero de su formación educativa, les capacita para ser, en su día, activos servidores de una España justa a la que harán, de seguro, ofrenda de sus sacrificios". Estas palabras deben enmarcarse en el contexto histórico en que fueron pronunciadas.

[35] Mediante Ley de 6 de diciembre de 1940 fue creado el Frente de Juventudes, el art. 1 de la Ley establecía que la finalidad era "la formación y encuadramiento de las fuerzas juveniles de España". El Frente de Juventudes se dividía en una Organización Masculina (dividida en grados correspondientes a los períodos de siete a once años, de once a quince, de quince a dieciocho y de dieciocho hasta la edad de ingreso en las filas del ejército) y una Sección Femenina (en la que se permanecía desde los siete hasta los diecisiete años). Vid. ALVAREZ VELEZ, Mª. Isabel, *La protección de los Derechos del Niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho constitucional español*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994, pág. 123, nota 62.

de estos menores se atribuía, por el siguiente orden, a la propia familia, a personas de reconocida moralidad, al "auxilio social" del movimiento o a los establecimientos benéficos fundados por las Corporaciones públicas o las entidades de beneficencia privada (art. 3). Según establecía el art. 4, las referidas personas o instituciones públicas o privadas, a quienes se encomendaba la guarda y dirección de los huérfanos, ostentaban a todos los efectos jurídicos el carácter de tutor legal[36].

[36] Asimismo, la Ley de 20 de diciembre de 1952, de reorganización del patronato de protección a la mujer, establecía en su art. 28 que las Juntas provinciales ejercían sobre las huérfanas mayores de 16 años y menores de 21 las facultes que las leyes civiles atribuyen a los organismos tutelares mientras se encuentren en *situación de desamparo*.

CAPÍTULO II
LA PROTECCIÓN PÚBLICA DE LOS MENORES TRAS LA CONSTITUCIÓN DE 1978

I. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN A LOS MENORES. LA RESPONSABILIDAD DE LA FAMILIA Y LOS PODERES PÚBLICOS: EL SISTEMA MIXTO DEL ART. 39 DE LA CONSTITUCIÓN

La cláusula social de Estado acogida por nuestra Constitución supone un mandato genérico a los poderes públicos para que actúen positivamente en favor de la sociedad, con el fin de mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos. Este mandato de actuación positiva se concreta, en determinados sectores materiales y con relación a ciertos grupos de población, en el reconocimiento de un conjunto de derechos sociales (arts. 39 a 52).

Así, por lo que se refiere a los menores, el art. 39 de la Constitución impone a los poderes públicos el deber de asegurarles una protección integral y la obligación de garantizarles la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Este mandato está íntimamente vinculado a lo proclamado en el art. 19 del propio texto constitucional, "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, *el desarrollo de la personalidad*, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social". Pues bien, en cumplimiento de este mandato constitucional nuestro legislador emprendió un proceso de renovación del Ordenamiento jurídico en materia de infancia[37].

[37] Así, en el ámbito de la legislación estatal, fueron promulgadas, entre otras, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio, que suprimió la distinción entre filiación legítima e ilegítima, equiparó al padre y a la madre a efectos de ejercicio de la patria potestad e introdujo la investigación de la paternidad; la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre la tutela; la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción; la Ley orgánica 5/1988, de 9 de junio, sobre exhibicionismo y provocación sexual en relación con los menores; la Ley orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, con posterioridad derogada por la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección de menores. Asimismo, los diversos legisladores autonómicos han procedido a dictar normas sobre protección y derechos de los menores.

En efecto, la aprobación de la Constitución determinó un nuevo marco jurídico-político de protección de la infancia. Este marco jurídico quedaría esencialmente delimitado por el reconocimiento del derecho fundamental a la igualdad (art. 14), el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos (art. 39.3), la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección de la familia y, en particular, la protección integral a los hijos (art. 39.1 y 2) y el reconocimiento a los niños de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (arts. 39.4).

El art. 39 de la Constitución dispone lo que sigue[38]:

> "1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
> 2. Los *poderes públicos aseguran*, asimismo, *la protección integral de los hijos*, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
> 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
> 4. *Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*" [39].

El texto constitucional acoge un sistema de protección de menores calificado por la doctrina como *sistema mixto,* ya que se basa en la colaboración entre el ámbito de lo público y lo privado. Las responsabilidades se comparten entre la familia y los poderes públicos[40]. El citado art. 39 de la Constitución atribuye tanto a los padres como a los poderes públicos la responsabilidad de prestar asistencia y protección a los menores y, en definitiva, asegurarles el disfrute de sus derechos y el pleno desarrollo de su personalidad.

---

[38] Acerca de las enmiendas y debates que condujeron a la redacción final de este precepto, ALVAREZ VELEZ, Mª. Isabel, *op. cit.*, págs. 139-156.

[39] La Constitución republicana de 1931 fue la primera en contemplar en España la protección pública de la infancia. El art. 43 que, en buena parte constituye el precedente del actual art. 39, establecía lo que sigue: "*la familia está bajo la salvaguardia especial del Estado*. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa. *Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución*. Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él. Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad. No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna. *El Estado prestará asistencia* a los enfermos y ancianos y protección a la maternidad y *a la infancia haciendo suya la "Declaración de Ginebra" o tabla de los derechos del niño*".

[40] Vid. ROCA, Encarna, *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 33, 67, 222, 223; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Mª Teresa, *La tutela "ex lege". La guarda y el acogimiento de menores en la Comunidad Valenciana*, Generalitat valenciana, colección Serveis Socials nº 18, 1991, págs. 21-23.

Por un lado, los poderes públicos tienen la responsabilidad de elaborar y aplicar una política para la infancia que asegure la protección integral de los menores. A tal efecto, las Administraciones públicas deberán garantizar a los menores el disfrute de los derechos que nuestro Ordenamiento les reconoce y arbitrar la asistencia y protección necesaria, tanto en los aspectos personales como sociales, en el ámbito de la familia, la salud, la educación, la justicia, la cultura, el consumo o el ocio. Para ello deberán actuar a través del sistema sanitario, educativo o de servicios sociales de responsabilidad pública.

Por otra parte, nuestro Ordenamiento encomienda a los padres la obligación de prestar en el seno de la familia determinadas funciones asistenciales en interés de los menores. El citado art. 39 de la Constitución establece que los padres deben prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Este mandato se concreta en los deberes y facultades que derivan de la patria potestad, en especial las obligaciones de carácter personal inherente a la guarda: "velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral" y "representarlos y administrar sus bienes"[41].

Por tanto, como vemos, la responsabilidad de brindar asistencia y protección a los menores se comparte entre la familia y los poderes públicos[42]. Por esta razón se habla de sistema mixto, de corresponsabilidad de la familia y los poderes públicos en la asistencia y protección de los menores. Cada uno tiene tribuida un área de actuación.

La familia es la primera y directamente responsable de la guarda del menor, de su crianza y formación[43]. Tanto los padres como los hijos tienen re-

[41] Art. 154 del Código Civil y, en Cataluña, art. 143.1 y art. 145 del Código de Familia. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de febrero de 1996 (AC 1996\375), el Tribunal declara lo que se sigue: "En primer lugar, el artículo 39.2 —de la Constitución— establece como principio rector de la política social y económica, el que "los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos". Esta configuración constitucional general de la protección de los menores (hijos) como un principio rector de la política social y económica, tiene como corolario, artículo 53.3, que su reconocimiento, respeto y protección, informará la "legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos". A continuación, el artículo 39.3 manifiesta que "los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad" y en los demás casos en que legalmente proceda. Lo que significa que uno de los contenidos de la patria potestad (la guarda) se eleva a deber de rango constitucional". Ver, asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de noviembre de 1999 (AC 1999\8672)

[42] El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (ratificado por España el 13 de abril de 1977) dispone en su art. 24.1 que "*todo niño tiene derecho*, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento *a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado*".

[43] Arts. 5, 9.1 y 3 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Declaración sobre los Prin-

conocido con el más alto rango el derecho a la vida familiar[44]. Así, los menores deberán crecer siempre que sea posible al amparo y bajo la responsabilidad de los padres.

> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que "el mutuo goce entre padres e hijos de la compañía del otro constituye un elemento fundamental de la vida familiar y las medidas internas que ponen trabas a dicho goce suponen una injerencia en el derecho protegido por el art. 8 del Convenio. Tal injerencia constituye una violación de dicho artículo a menos que esté prevista por la ley, persiga uno o varios fines legítimos en virtud del apartado 2 del art. 8 y pueda ser considerada necesaria en una sociedad democrática"[45]

En primer lugar, corresponde a los padres o tutores velar por los menores, cumplir las obligaciones legales inherentes a la guarda. Sin embargo, las Administraciones públicas no son ajenas a esta tarea privada. En consideración a la importancia de las funciones legales atribuidas a la familia respecto a los menores, la propia Constitución encomienda a los poderes públicos asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1)[46]. Por tanto, las Administraciones públicas deben colaborar con la familia con el fin de favorecer y hacer posible en todo caso el cumplimiento de sus responsabilidades respecto a los menores[47]. La familia es uno de los factores

cipios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1986 (Resolución 41/86 XL), en su apartado 3º.

[44] El art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, reconoce a toda persona el derecho al respeto de su vida familiar y dispone que "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".

[45] De la jurisprudencia del propio Tribunal resultan las condiciones exigidas para entender cumplidos estos requisitos (STEDH de 17 de diciembre 2002, asunto Venema y Venema-Huiting contra Países Bajos, Ap. 71 (TEDH 2002\75). En cambio, de forma a mi juicio cuestionable, en la Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla de 23 noviembre 1999 (AC 1999\2211) se afirma que "la familia no es un bien constitucional en el sentido de derecho fundamental"; el Tribunal considera que no puede calificarse como desamparo la situación de un menor que había sido ingreso por su padre en un internado, a modo de una guarda de hecho, para ser educado bajo el principio de que "todos somos hermanos e hijos de Dios", de forma que el menor no reconocería a su padre como tal.

[46] Asimismo, la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, establece en su precepto 8.11 que "corresponde a los padres en prioridad el dar al niño una vida digna y, en la medida de sus recursos financieros, los medios para satisfacer sus necesidades". A continuación dispone que "los Estados deberán asegurar a los padres la oportuna asistencia en las responsabilidades que les competen, a través de los correspondientes organismos, servicios y facilidades sociales".

[47] La Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, dispone en su art. 12.2 que "los poderes públicos velarán para que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades, y facilitarán los servicios accesibles en todas las áreas que afectan al desarrollo del menor". En Cataluña, la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes, en su art. 17, establece que "la responsabilidad primordial en la crianza y formación del menor corresponde al padre y a la madre o a las personas cuya guarda tienen atribuida... Los padres, tutores o guardadores deben asegurar, dentro de sus posibilidades, las condiciones de vida necesarias para el desarrollo inte-

esenciales de integración social. Ahora bien, lo cierto es que la familia sólo podrá ser una entorno de integración social cuando sus miembros no sean víctimas de la exclusión social. Por ello, las Administración públicas tienen la obligación de prevenir y neutralizar las situaciones de vulnerabilidad. La actividad administrativa de atención y protección a la infancia debe desarrollarse de modo preferente en el entorno socio-familiar. Es, pues, esencial que las Administraciones presten especial atención a las situaciones familiares especiales que puedan agravar la situación de vulnerabilidad de los menores.

Por otra parte, las Administraciones públicas, además de colaborar con la familia en el ejercicio de sus funciones de asistencia y protección de los menores, están obligadas a *velar* porque los padres u otros responsables del menor cumplan debidamente sus deberes legales de guarda. De manera que cuando las Administraciones constatan que el menor padece una situación de riesgo, dificultad social o posible desamparo deberán intervenir y brindar al menor y, en su caso, a la familia el apoyo, asistencia y protección necesaria[48].

> En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de febrero 1996 (AC 1996\375), el Tribunal invoca el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño en el que se afirma que "la familia es grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, y en particular de los niños, y para lograr el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, el niño: A) Debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. B) Debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad. C) Necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". Más adelante, el Tribunal invoca el art. 19 de la Convención en el que se reconoce expresamente el derecho del menor a ser protegido por los po-

gral de los niños y los adolescentes". Sin embargo, el propio precepto impone a las Administraciones públicas la obligación de colaborar en esta tarea. Así, el citado art. 17 dispone que "las Administraciones públicas deben velar...para que los padres, tutores o guardadores dispongan de los medios de información y formación adecuados para ayudarlos a cumplir sus responsabilidades hacia los niños y los adolescentes" y, asimismo, se prevé que el sistema de prestaciones sociales debe alcanzar no sólo a los padres, sino también a los tutores o guardadores con el fin de favorecer el cumplimiento de sus responsabilidades y asesorarlos en situaciones de crisis familiar. La Ley catalana 18/2003, de 4 de julio, establece las bases y medidas para una política de apoyo y protección a las familias.

[48] En Cataluña, la vigente Ley 8/1995, de 27 de julio, atención y protección de los niños y los adolescentes, dispone en su art. 20, bajo el título *Intervención de las Administraciones públicas*, que "para asegurar el pleno goce del derecho a la crianza y formación del niño y el adolescente, en defecto de los padres, tutores o guardadores, corresponde a las Administraciones públicas el ejercicio de las funciones de protección y asistencia". Con posterioridad, la Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias, en su art. 28.3 establece que "La Administración de la Generalitat debe fomentar, complementar y sustituir, cuando sea preciso, en situaciones de desamparo, el papel de la familia como factor fundamental y medio natural para el desarrollo de los niños y adolescentes, tanto asegurando su subsistencia como poniendo a su disposición los aprendizajes básicos para su futuro desarrollo autónomo en la sociedad. En consecuencia, deben ser objeto de atención especial las situaciones familiares especiales que pueden agravar la vulnerabilidad general de los niños y adolescentes".

deres públicos "contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo"[49].

Por tanto, las Administraciones públicas competentes deberán actuar de forma subsidiaria, a través de los servicios sociales de protección de menores, siempre que los padres o tutores incumplan o no cumplan adecuadamente sus obligaciones legales y los menores no tengan debidamente garantizado el disfrute de sus derechos[50]. La acción administrativa protectora se guía por el principio de subsidiariedad progresiva, esto es, el alcance e intensidad de la intervención de las Administraciones públicas vendrá condicionado por el grado de desatención o desprotección que sufra el menor en el seno de su familia[51].

Por otra parte, además de la familia y los poderes públicos, el conjunto de la sociedad debe comprometerse en la protección de la infancia. Así, entre los principios y directrices que rigen la actuación de los poderes públicos en este ámbito, el propio legislador contempla el de "promover la participación y la solidaridad social" y "sensibilizar a la población ante situaciones de

[49] En el mismo sentido Auto Audiencia Provincial de Castellón de 12 diciembre 2002 (JUR 2003\74050). De forma similar, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio 2002 (JUR 2002\233517), se afirma que "no puede olvidarse que cuando se trata de conseguir el desarrollo pleno y armonioso de la personalidad del niño, que debe crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para que de ese modo pueda estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y educado en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad, tal y como se proclama en el preámbulo de la citada Convención Internacional sobre sus derecho (se refiere a la Convención de Naciones Unidas), dichas aspiraciones pueden tropezar en la práctica con serios obstáculos derivados de las circunstancias personales y ambientales en las que el niño le ha tocado vivir, y que son los que las autoridades llamadas a velar por su protección deben remover y remediar, una vez que tengan conocimiento de estas dificultades y comprueben el riesgo que, de seguir manteniéndose, pueda derivar para el propio menor".

[50] La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), establece en su art. 19 que los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas "para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo".

[51] Así se establece expresamente en la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (art. 4 f). Además, contemplan la aplicación del principio de subsidiariedad de la protección pública respecto a la familiar: la Ley de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores (art. 6.1 d); la Ley de las Islas Baleares 7/1995, de 21 de marzo, de protección de menores (art. 4 b); la Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (art. 4.2 g); la Ley de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia (art. 8); la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (art. 8); la Ley gallega 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la infancia, la infancia y la adolescencia (art. 7.3); la Ley de Murcia 4/1998, de 18 de marzo, del menor (art. 10); la Ley de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (art. 4.2)); la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de los menores (art. 5 a); o la Ley del País Vasco 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y adolescencia (art. 48).

indefensión del menor". Es más, la propia Ley compromete a la sociedad en la protección de los menores al imponer a todos los ciudadanos la obligación de comunicar a las autoridades la falta de escolarización de un menor o cualquier situación de riesgo o desamparo que pudieran detectar[52].

II. LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES. EXAMEN DE LOS DIVERSOS TÍTULOS COMPENCIALES

La Constitución de 1978 estableció el marco de un nuevo modelo de organización territorial del Estado. En efecto, el ejercicio del derecho a la autonomía que el art. 2 reconoce a las nacionalidades y regiones condujo a la creación de Comunidades Autónomas con capacidad de autogobierno en el ámbito de las competencias que tuvieren atribuidas. Lo que nos lleva a examinar la cuestión de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas en materia de protección de menores.

En primer lugar, debe advertirse que la Constitución, cuando establece en los arts. 148 y 149 las competencias del Estado y las que pueden asumir las Comunidades Autónomas, no contempla como título competencial específico la materia protección de menores. Por otra parte, la atención y protección de menores puede y debe realizarse desde distintos ámbitos jurídicos, ya sea el administrativo, el civil, incluso el penal u otros. En consecuencia, al efecto de determinar la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección de menores es necesario considerar diversos títulos competenciales.

Una vez aprobada la Constitución, el Estado comenzó a traspasar a las Comunidades Autónomas los servicios que hasta entonces venía prestando a través de la Obra de Protección de Menores y, por tanto, las funciones atribuidas al Consejo Superior y a las Juntas provinciales[53]. Asimismo, se atribuyó a las Comunidades Autónomas la ejecución de las medidas de protección y reforma que entonces adoptaban los Tribunales Tutelares de Menores[54]. El título al amparo del cual fueron realizados estos traspasos fue en unos casos la competencia sobre "asistencia social", "bienestar social" o "política infantil y juvenil" y, en otros, la competencia en materia de "protección y

[52] Arts. 11.2 y 13 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

[53] Según se ha visto, la Obra de Protección de Menores era una entidad estatal autónoma dependiente del Ministerio de Justicia en la que quedaban integradas las Juntas de Protección, el Consejo Superior de Menores e, inicialmente, los Tribunales Tutelares. Sin embargo, estos últimos fueron posteriormente incardinados en el Poder Judicial.

[54] En aplicación de la legislación entonces vigente sobre Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948 y la ley de Protección de Menores de 2 de julio de 1948.

tutela de menores " o "instituciones públicas de protección y tutela de menores", competencias que habían asumido las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos de Autonomía[55]. Ahora bien, en la regulación legal del régimen de protección de menores ha tenido una influencia decisiva, por las razones que veremos, la competencia sobre "legislación civil"; por ello se comienza por hacer referencia a este título competencial.

1. Legislación civil. La controvertida regulación de la tutela y la guarda administrativa al amparo de este título competencial

En nuestro Derecho tradicional, el Código Civil ha contemplado un conjunto de instituciones *jurídico-privadas* dirigidas a la protección de los menores[56]. Sin embargo, debe advertirse que el referido texto legal no preveía la asistencia material y protección de *todos* los menores. En efecto, la protección *pública* de los menores no se articulaba a través del Código Civil, sino mediante la anteriormente comentada ley de 2 de julio de 1948 de Protección de Menores y ley de 11 de junio de 1948 de Tribunales Tutelares de Menores. Estas normas, como se ha visto, atribuían a la Administración pública funciones denominadas tutelares[57]. Sin embargo, la acción tutelar que dichas normas encomendaban a los Tribunales Tutelares o a la Obra de Protección de Menores no tenía el mismo significado que la tutela de Derecho civil; la expresión "tutela" se utilizaba en este ámbito en sentido amplio, como sinónimo de protección, acción protectora o tutelar que correspondía a la Administración[58].

Por tanto, en realidad, la denominada *función o acción tutelar* que la ley atribuía entonces —y también ahora— a la Administración pública era una

[55] Así, los Reales Decretos de Transferencia se dictan en unos casos al amparo de la competencia sobre "instituciones públicas de protección y tutela de menores" (Cataluña y Navarra); en otros al amparo de la competencia sobre "asistencia y bienestar social, incluida la política juvenil" (La Rioja); en otros se invoca la competencia sobre "asistencia, bienestar social, desarrollo comunitario y juventud" (Aragón) y en otros se acude la competencia en materia de "asistencia social" (Galicia). Ver el Real Decreto 1292/1981, de 5 de junio, sobre traspaso a la Generalidad de Cataluña de los servicios del Estado en materia de protección de menores; los Reales Decretos 1070/1984, de 8 de febrero y 2051/1985, de 9 de octubre, sobre traspaso de idénticas funciones y servicios estatales a la Comunidad de Aragón; el Real Decreto 1109/1984, de 29 de febrero, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad de la Rioja en materia de protección de menores; los Reales Decretos 1108/1984, de 29 de febrero y 1054/1985, de 5 de junio, para Galicia; o el Real Decreto 1775/1985, de 1 de agosto, para la Comunidad foral de Navarra.

[56] La patria potestad y asistencia paterna, la tutela civil u ordinaria, la curatela o el defensor judicial.

[57] La Obra de Protección de Menores e inicialmente los propios Tribunales Tutelares de Menores tenían naturaleza administrativa, según resulta de las leyes por las que fueron creados, páginas antes comentadas. Ver la nota a pié de página nº 22 anteriormente citada.

[58] En el mismo sentido, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentarios a las Reformas del Código Civil* ("Artículo 172"), Coordinador Rodrigo Bercovitz, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 47-48.

actividad protectora o asistencial de Derecho público, distinta de la figura de la tutela de Derecho civil. Asimismo, en la actualidad, la atención y protección que las Administraciones públicas deben brindar a los menores constituye una actividad de asistencia o bienestar social, enmarcable en el concepto de servicio público de carácter social o personal[59].

En consecuencia, en la medida que las Comunidades Autónomas habían asumido competencia en materia de "asistencia social" o "servicios sociales" y, en algunos casos, además, en materia de "instituciones públicas de protección y tutela de menores" o de "política infantil y juvenil", resultaba que la protección pública de los menores quedaba exclusivamente en manos de las Comunidades Autónomas. Es más, como se ha dicho, el Estado llevó a cabo los traspasos en materia de protección pública de menores al amparo de alguno de los referidos títulos competenciales.

Sin embargo, cuando el legislador estatal acomete la reforma del Código Civil se propone reconducir al ámbito civil la regulación de las figuras jurídicas a través de las que se encauza la actividad administrativa de protección de menores. ¿Por qué? ¿Cuál pudo ser la razón? Según apunta DE PABLO, la razón es que por esta vía el Estado quería dotar de un régimen jurídico *unitario* a una materia que, de otro modo, habría sido regulada de forma diversa por cada una de las Comunidades Autónomas. A decir del referido autor, las intenciones del legislador estatal se ponen de relieve en la disposición final del proyecto de reforma del Código Civil de 1987 que, en el primer apartado, establecía que "la tutela, el acogimiento y las demás instituciones de protección de menores se regirán exclusivamente, en materia civil, por las disposiciones del Código Civil y Compilaciones que el Código deja a salvo". Aunque esta disposición no pasó al texto final de la Ley, en el preámbulo de la misma se afirma, con relación a la figura del acogimiento familiar, que ha sido regulada "hasta hoy por dispersas *normas administrativas*", y se añade "se ha estimado que la figura posee la sustantividad necesaria para ser digna de incluirse en el Código civil, *con lo que también se logrará unificar prácticas divergentes y difundir su aplicación*"[60].

[59] Entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 31 de mayo de 1995 (AC 1995\1059), el propio Tribunal civil califica la actividad de la Administración de protección de los menores desamparados a través de la tutela como "*servicio público de asistencia social* de protección de menores en situación de desamparo". Sobre los servicios sociales como servicio público, TORNOS MAS, Joaquín, "Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como un servicio público", *Cuadernos de Derecho Local* nº 6, 2004, págs. 7-18.

[60] Todo ello lleva a DE PABLO CONTRERAS a considerar que la Ley de 1987 es inconstitucional en este punto. Vid. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentarios... cit.*, págs. 64-65; CAPARRÓS CIVERA, Neus y JIMÉNEZ-AYBAR, Iván, *El acogimiento familiar. Aspectos jurídicos y sociales*, Instituto de Ciencias para la Familia, Madrid, 2001, pág. 62; CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Carmen, "La competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de menores", en *Protección jurídica del menor*, Ed. Comares, Granada, 1997, págs. 15-27.

Pues bien, con la finalidad de evitar regulaciones y prácticas divergentes (la regulación por "dispersas normas administrativas"), el legislador estatal, al amparo de la competencia sobre "legislación civil", mediante la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, incorpora al Código Civil las figuras de la tutela administrativa de los menores desamparados y la guarda administrativa[61]. La regulación de la tutela de las Administraciones Públicas por el art. 172 del Código civil fue objeto de críticas desde la doctrina civilista. Buena parte de la doctrina consideraba que se había producido una inadmisible administrativización de la tradicional institución de la tutela ordinaria o civil. Este sector doctrinal parecía desconocer la acción pública de protección de menores desarrollada a través de los Tribunales Tutelares y ahora asimilaba, de forma indebida, la tutela administrativa a tutela civil, en lugar de ver en la misma una prolongación o continuación de la actividad desarrollada por la Administración a través de la Obra de Protección de Menores. Sin embargo, lo cierto es que había sucedido lo contrario. Como se ha dicho, la denominada tutela administrativa contempla, en realidad, una actividad pública de carácter asistencial, un servicio social[62]. Por ello, otro sector de la doctrina, al que se adscribe DE PABLO[63], considera que, en realidad, lo que ha sucedido es que el legislador estatal con la Ley de 1987 procedió a una *civilización* formal de la normativa administrativa de protección de menores, insertando "artificialmente" la regulación de la tutela de las Administraciones públicas y la

[61] El art. 172 del Cc, en la redacción de 1987, disponía que "1. La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, tiene por ministerio de la ley la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material". Y en el apartado 2 se añadía que "La entidad pública asumirá sólo la guarda durante el tiempo necesario, cuando quienes tienen la potestad sobre el menor lo soliciten justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves, o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda". Este precepto fue objeto de nueva redacción por la disposición final 5ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, con el fin de solventar algunos de los problemas que había planteado la redacción inicial.

[62] En este sentido se pronuncia, asimismo, la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 31 de mayo de 1995 (AC 1995\1059). El propio legislador estatal vendría a reconocer que, en realidad, regula una actuación pública de carácter asistencial. En efecto, la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, dispone en su art. 14, bajo el título *atención inmediata*, que "Las autoridades y *servicios públicos* tienen obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor...". El propio legislador reconoce que la protección y asistencia pública a los menores constituye una actividad administrativa, un servicio público y, por tanto, la relación entre la Administración y el menor sería una relación jurídico-administrativa y no una relación de Derecho civil; otra cosa es que de la tutela administrativa deriven ciertos efectos civiles, como la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria. En Cataluña, la Ley 11/1985, de 13 de junio de protección de menores —ahora derogada— conectaba directamente con la legislación estatal precedente —ley de protección de menores y ley de tribunales tutelares de menores de 1948— y se calificaba así misma, de forma acertada, de norma administrativa.

[63] Vid. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentarios... cit.*, págs. 65-68; CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Carmen, "La competencia legislativa... *cit.*, págs. 15-27.

guarda administrativa en el Código Civil, con la intención de que fuera "legislación civil" a los efectos del art. 149.1.8 de la Constitución[64].

En la medida que el Código Civil ha configurado la tutela administrativa de los menores desamparados como una institución de Derecho civil, las Comunidades Autónomas que no tienen competencia en esta materia no han podido proceder a su regulación. En efecto, el art. 149.1.8 de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de "legislación civil". Aunque, advierte a continuación que ello "sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan"[65]. Por tanto, las Comunidades autónomas dotadas de derecho civil foral o especial tienen competencia para regular las instituciones previstas en sus compilaciones, o en normas consuetudinarias vigentes en el momento de aprobarse la Constitución[66]. Además, según ha declarado el Tribunal Constitucional, también pueden regular "instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral"[67].

---

[64] Así, esta artificial *civilización* de una normativa que debe ser administrativa, en cuanto regula la actuación de una Administración publica que da origen a una relación jurídico-administrativa, tiene su reflejo en lo dispuesto por la Ley orgánica 5/2000, de responsabilidad penal de los menores, que en su art. 3 establece el régimen de los menores de catorce años, a los que exime de responsabilidad penal y remite a lo dispuesto sobre protección de menores *en el Código Civil*. Asimismo, cuando la Exposición de Motivos de la Ley se refiere a esta cuestión establece que para dar respuesta a estos menores de catorce años que han cometido algún ilícito son suficientes "los ámbitos familiar y *asistencial civil*". Pues bien, lo cierto es que ni el Código Civil, ni en Cataluña el Código de Familia, han dado respuesta a la situación de estos menores de catorce años que habiendo cometido un ilícito penal no se les exige la consiguiente responsabilidad punitiva. En general se tratará de menores en situación de riesgo o dificultad social, esto es, situaciones que perjudican el desarrollo personal o social del menor. La respuesta a estos menores la ha brindado el legislador estatal en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, cuyo art. 17 establece que la actuación de los poderes públicos "se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social", para lo cual la Administración pública competente deberá "realizar el seguimiento de la evolución del menor en la familia". Es necesario subrayar que el legislador estatal ha dictado este precepto con carácter supletorio del que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de "*asistencia social*" (según dispone la disposición final 21ª.1 de la propia Ley). Por tanto, se trata de una norma de carácter administrativo y no de naturaleza civil; norma administrativa en tanto se dirige a la Administración pública a la que impone una serie de obligaciones con relación a los menores en situación de riesgo o dificultad social.

[65] Este precepto añade, además, una excepción a la excepción, al establecer que el Estado tiene "en todo caso" competencia exclusiva en las siguientes materias: "las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial".

[66] En la STC 121/1992, de 28 de septiembre y en la STC 182/1992, de 16 de noviembre, el Tribunal Constitucional declara que la competencia autonómica del art. 149.1.8 sobre los derechos civiles forales o especiales alcanza no sólo a los derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación sino también a las normas civiles de formación consuetudinaria preexistentes

[67] STC 88/1993, de 12 de marzo (F.J. 3) y STC 156/1993, de 6 de mayo (F.J. 1).

Así, al amparo de la referida cláusula del art. 149.1.8 de la Constitución, han asumido competencias para legislar su Derecho civil foral o especial las Comunidades de Cataluña, País Vasco, Galicia, Aragón, Baleares, Valencia y Navarra. Sin embargo, este título competencial sólo permite legislar sobre aquellas instituciones civiles ya reguladas o conexas con las mismas. Por ello, las Comunidades que en su Derecho foral o especial ya habían regulado algunas de las instituciones relativas o conexas con la protección de menores quedaban reducidas a Cataluña, Aragón y Navarra[68].

En efecto, Cataluña contaba con una Compilación en la que se regulaban ciertos aspectos de la adopción; ello permitía regular no sólo esta institución sino las que tuvieran conexión con la misma[69]. La Compilación aragonesa también contemplaba la adopción al regular los pactos sucesorios entre parientes adoptivos (art. 99) y, además, tenía un Título dedicado al "Derecho de la persona y de la familia" en el que se regulaba las relaciones tutelares y parentales[70]. La compilación Navarra conocía instituciones como la filiación, la patria potestad, la adopción y el prohijamiento[71]. Por tanto, el hecho de que en estas Comunidades ya hubieran sido contempladas las referidas instituciones de Derecho privado vinculadas a la protección de los menores, permitía proceder a modificar y desarrollar dicha regulación y también las materias conexas con las mismas.

Por lo que se refiere al resto de Comunidades Autónomas, deberán aplicar directamente lo establecido en el Código Civil con relación a la tutela y la guarda administrativa y lo relativo a la formalización de la medida protec-

[68] Vid. MAYOR DEL HOYO, Mª Victoria, *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores*, Cedecs, Barcelona, 2000, págs. 45-46; IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda asistencial, tutela "ex lege" y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996, pág. 43; GIRÓN LÓPEZ, Cesar, *op. cit.*, págs. 33-43; ALONSO SÁNCHEZ, "La legislación autonómica en materia de instituciones de protección de menores: tutela "ex lege", guarda asistencial y acogimiento", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* nº 23, 1998, págs. 43-44.

[69] Así, la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, reguló en sus arts. 2 a 4 las figuras de la tutela y la guarda administrativa. Por otra parte, estas instituciones han sido reguladas con posterioridad por los arts. 164 a 166 del Código de Familia aprobado por la Ley 9/1998, de 15 de julio. En la actualidad, se encuentra en proceso de elaboración el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, que derogará la Ley 9/1998.

[70] El legislador aragonés dictó la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores, con posterioridad derogada por la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia. Sin embargo, el título competencial al amparo del cual este legislador ha regulado la materia de protección de menores no ha sido el de legislación civil sino asistencia y bienestar social y protección y tutela de menores, según resulta del preámbulo del propio texto legal.

[71] La Ley Foral Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, también ha invocado el título competencial legislación civil para dictar algunos de sus preceptos (en la disposición final primera se establecen los artículos de la Ley de naturaleza civil), este ha sido el caso de la regulación de la tutela administrativa de los menores desamparados.

tora de acogimiento familiar. No obstante, dado que se trata de una actividad administrativa, de carácter asistencial o protector, existen ciertas cuestiones que podrán ser objeto de regulación por las propias Comunidades Autónomas.

En efecto, corresponde a la Administración autonómica constatar, a través del correspondiente procedimiento, que el menor se encuentra en situación de desamparo y, en su caso, declarar el desamparo. La propia Ley anuda a la resolución administrativa de desamparo la atribución de la tutela a la Administración autonómica. Por tanto, corresponderá a la propia Comunidad Autónoma establecer cuestiones como el órgano competente o el procedimiento a seguir para dictar la referida resolución. Asimismo, las Comunidades autónomas podrán contemplar otras medidas de protección distintas al acogimiento familiar y, en especial, regular el acogimiento residencial, al amparo de sus competencias sobre asistencia social o protección y tutela de menores.

Por otra parte, la situación de desamparo que obliga a las Administraciones competentes a asumir la tutela no es la única situación de desprotección que pueden padecer los menores. Es más, tras la incorporación a nuestro Ordenamiento de la figura de la tutela administrativa de los menores desamparados, los Tribunales propugnaron la interpretación restrictiva del concepto de desamparo. Así, las Administraciones deberán actuar *ex ante* para prevenir y neutralizar las situaciones de riesgo y desprotección con el fin precisamente de evitar el desamparo. Las Administraciones públicas están obligadas a colaborar con la familia y velar por el debido cumplimiento de sus obligaciones legales al objeto de garantizar el pleno desarrollo de la personalidad de los menores. Pues bien, la actual regulación de la actuación de las Administraciones públicas para brindar atención y protección a los menores en situación de riesgo o dificultad social no constituyen legislación civil. El título competencial al amparo del cual se han regulado estos ámbitos protectores ha sido asistencia y bienestar social y protección y tutela de menores, competencias asumidas por las Comunidades Autónomas.

2. **Asistencia social y servicios sociales**

La Constitución, en el art. 148.1.20, habilita a todas las Comunidades Autónomas para asumir competencias en materia de "asistencia social". Por otra parte, el art. 149.1 no contempla ningún titulo competencial del que derive la atribución de competencias al Estado sobre esta materia. Así, en la medida que todas las Comunidades Autónomas han asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía esta competencia con carácter exclusivo[72], po-

[72] Estatuto de Andalucía (art. 13.22), de Aragón (art. 35.26), de Asturias (art. 10.24), Baleares (art. 39.7), Canarias (art. 30.13), Cantabria (art. 24.22), Castilla-La Mancha (art. 31.1.20),

drán actuar en el ámbito de la misma que se corresponde con la protección de menores, ejerciendo tanto la función legislativa como la ejecución de aquella legislación[73].

Ahora bien, la Constitución no define la noción de asistencia social. De la doctrina del Tribunal Constitucional resultaría que constituye una técnica pública de protección de grupos de población o colectivos no integrados en el sistema de Seguridad Social[74]. Con la creación de un sistema de previsión, la actividad administrativa de asistencia social pasó a tener carácter subsidiario, los beneficiarios serían, pues, las personas que no gozan de la cobertura de la Seguridad Social[75]. Por tanto, al amparo del título competencial "asistencia social", las Comunidades Autónomas podrán elaborar y aplicar políticas públicas y técnicas jurídicas dirigidas a brindar protección a los menores en situación vulnerable.

Castilla y León (art. 32.1.19), Cataluña (art 66 del actual EAC y art. 9.25 del anterior EAC), Extremadura (art. 7.1.20), Galicia (art. 27.23), Madrid (art. 26.18), Murcia (art. 10.18), Navarra (art. 44.17), La Rioja (art. 8.30), Valencia (art. 49.24), País Vasco (art. 10.12).

[73] No obstante, desde la doctrina se advierte que, al amparo del art. 149.1.1 de la Constitución que atribuye al Estado competencia para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos constitucionales, el Estado podría garantizar unos mínimos y una coordinación de las actuaciones públicas en materia de protección de menores. Vid. TENA PIAZUELO, Isaac, "Instrumentos de la protección de menores de la Ley aragonesa de 14 de diciembre de 1989", *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1993, pág.692.

[74] La STS 76/1986, de 9 de junio (F.J. 6) declaraba que "la noción de asistencia social no está precisada en el texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente; de la legislación vigente se deduce la existencia de una asistencial social externa al sistema de Seguridad Social, y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el artículo 148.1.20 de la Constitución... Esta asistencia social aparece como un mecanismo por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social. En el momento actual —con independencia de que la evolución del sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección— es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios". Ver, asimismo, la STC 146/1986, de 25 de noviembre (F.J. 2), la STC 13/1992, de 6 de febrero (F.J. 14), la STC 171/98, de 23 de julio (F.J.3) y la STC 239/2002, de 11 de diciembre.

[75] Sobre el deslinde entre los títulos competenciales "asistencia social" y "seguridad social" y la incidencia estatal en la competencia autonómica sobre "asistencia social", VAQUER CABALLERÍA, Marcos, *La acción social (un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 94-105. El autor afirma que las prestaciones de *seguridad social* se ha construido históricamente sobre la noción de riesgo y siguen pivotando sobre la misma, para la prevención y aseguramiento de tal riesgo a partir de las contribuciones de los propios beneficiarios del seguro, que son los trabajadores y sus familias. En cambio, las prestaciones de *asistencial social* se erigen sobre la noción de *necesidad*, tienen por destinatario a los individuos en general, no son contributivas y, por tanto, constituyen una forma de solidaridad plena". El autor define la *asistencia social* como el "conjunto de prestaciones públicas gratuitas, o no contributivas, ofrecidas a la persona bien sea para atender su especial intensidad de necesidades comunes, no cubiertas por los servicios públicos tradicionales (como la educación, la sanidad, la seguridad social o la cultura), bien sea en razón de una situación de necesidad particular o diferencial", págs. 162 a 169.

Por otra parte, algunas Comunidades autónomas también han asumido en sus Estatutos competencia en materia de "servicios sociales", lo que plantea la diferencia con la "asistencia social". Sin embargo, en la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas no se contemplan los "servicios sociales", se trataría de una materia residual que podía ser asumida por las Comunidades Autónomas al amparo del art. 149.3 de la Constitución.

Pues bien, mientras una parte de la de la doctrina identifica la actividad de asistencia social, consistente en prestaciones técnicas, con la actividad de servicios sociales, desde otro sector se ha apuntado que se trata de nociones distintas. Los servicios sociales tendrían un objeto más amplio y complementario de la asistencia social: el logro del mayor bienestar para el individuo y su plena integración social[76]. La asistencia social quedaría enmarcada en el concepto de servicios sociales o servicios públicos personales[77].

La mayor parte de Leyes autonómicas de atención y protección a los menores han sido dictadas al amparo del título competencial asistencia social, bienestar social y servicios sociales, reconocidos en las respectivos Estatutos de Autonomía. Aunque aquellas Comunidades que tienen atribuida, asimismo, competencia en materia de protección y tutela de menores, también han invocado este título competencial[78].

---

[76] Vid. ALONSO SECO, J.M. y GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios sociales en España*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1997, págs. 87-89. Así, por ejemplo, la Ley del País Vasco 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia, califica los *servicios sociales* como "conjunto de recursos, actividades, prestaciones o equipamientos que contribuyen a promover el bienestar y el desarrollo de los individuos y los grupos en la comunidad y su adaptación al entorno social, destacándose la atención y protección a la infancia y a la adolescencia como un capítulo esencial en las políticas de bienestar social".

[77] Sin embargo, la asistencia social como servicio público quedaría limitada a aquellas actividades de prestación material dirigidas a superar la situación de vulnerabilidad o necesidad de determinados individuos, con el fin de garantizar la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y, en definitiva, la cohesión social. El ámbito de la asistencia social es más amplio, pues no sólo comprende las prestaciones técnicas o de servicio, sino también las dinerarias o económicas. Así, aunque estas últimas forman parte de la asistencia social, dicha actividad prestacional no sería un servicio público. Los servicios de responsabilidad pública en materia de asistencia social o servicios sociales son servicios públicos en la medida que constituyan la organización de actividades prestacionales de carácter técnico y de responsabilidad pública que, con la finalidad de favorecer la cohesión social, brinden respuesta a necesidades sociales no cubiertas por el mercado. Cfr. TORNOS MAS, Joaquín, "Significación y consecuencias... *cit.*, págs. 8 a 13.

[78] Así, en Andalucía, la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, ha sido dictada al amparo de los títulos competenciales "*asistencia y servicios sociales*" e "instituciones públicas de protección y tutela de menores" contemplados en el art. 13 apartados 22 y 23 del Estatuto de Autonomía; en Aragón, la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia, se ha dictado al amparo del título competencial "*asistencia y bienestar social*" y "protección y tutela de menores" atribuidos en el art. 35 apartados 26 y 28 del Estatuto de Autonomía; en Asturias, la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores, ha sido dictada al amparo del título competencial "*asistencia y bienestar social*, incluida política juvenil", reconocida en el art. 10.1 p) de su Estatuto de Autonomía; en

En la medida que todas las Comunidades Autónomas tienen reconocida competencia en materia de "asistencia social" y, al amparo de esta competencia pueden regular la protección pública de los menores, debemos cuestionar la técnica utilizada por el legislador estatal que ha procedido a incorporar en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código civil, una serie de normas que tienen carácter supletorio de las que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en esta materia. En efecto, según resulta de la disposición final 21ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, el art. 5 apartados 3 y 4, el art. 7 apartado 1, el art. 8 apartado 2 c), el art. 10 apartados 1 y 2 a), b) y d) y los arts. 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18.2, 21 apartados 1, 2 y 3 y art. 22 "constituyen legislación supletoria de la que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social".

El legislador estatal, a través de esta Ley, buscada solventar algunas de las controversias planteadas en ese momento por la doctrina y dibujar el marco general del régimen de protección de los menores[79]. En la propia Exposición de Motivos de la Ley se manifiesta la intención del legislador de "construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Poderes Públicos". Así, como legislación supletoria de la que dicten las Comunidades

Canarias, la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores, fue dictada al amparo de la competencia "*asistencia social y servicios sociales*" e "instituciones públicas de protección y tutela de menores", reconocida en el art. 30 apartados 13 y 14 del Estatuto de Autonomía; en Cantabria, la Ley 7/1999, de 28 de abril, de protección a la infancia y la adolescencia, fue dictada al amparo de la competencia "*asistencia, bienestar social* y desarrollo comunitario incluida la política juvenil" y "protección y tutela de menores" atribuidas en el art. 24 apartados 22 y 23 del Estatuto de Autonomía; en Castilla-La Mancha, la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del menor, se ha dictado al amparo del título competencial "asistencia y servicios sociales" y "protección y tutela de menores", atribuidas en el art. 31.1 apartados 20 y 31; en Castilla y León, la Ley 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia, ha sido dictada al amparo de las competencias que en materia de "*asistencia social, servicios sociales*... promoción y atención de la infancia, de la juventud" y "protección y tutela de menores", atribuye el art. 32.º apartados 19 y 20 del Estatuto de Autonomía; en Madrid, la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia, se ha dictado al amparo, entre otras, de las competencias en materia de "*asistencia social*" y "protección y tutela de menores" reconocidas en el art. 26.1 apartados 18 y 24 del Estatuto de Autonomía; en Murcia, la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia, fue dictada al amparo del título competencial "*asistencia y bienestar social*", reconocida en el art. 10.1.18 de su Estatuto de Autonomía; la Ley del País Vasco 3/2005, de 18 de febrero, invoca, entre otras, la competencia en materia de asistencia social (art. 10.12 Estatuto de Autonomía; en la Rioja, la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores, ha sido dictada al amparo del título competencial "*asistencia y servicios sociales*" y "protección y tutela de menores (art. 8.1.18 y art. 8.1.32 del Estatuto de Autonomía).

[79] Como la jurisdicción competente y el procedimiento a seguir para recurrir las resoluciones de desamparo (disposición adicional 1ª) o la necesidad de que la Administración constate la situación de desamparo, lo que supuso la nueva redacción del art. 172 del Código Civil por la disposición final 5ª de la Ley. Asimismo, tal como ya habían hecho algunas Comunidades Autónomas, era necesario delimitar las situaciones de desamparo y las de riesgo, ya que los Tribunales habían establecido la interpretación restrictiva del concepto de desamparo y la necesidad de adoptar medidas de protección en el ámbito familiar dirigidas a prevenir el desamparo.

Autónomas en materia de "asistencia social", el legislador estatal ha regulado cuestiones esenciales relativas a la atención y protección de los menores, tales como las medidas para facilitar el ejercicio de los derechos (art. 10.1 y 2), los principios rectores de la acción administrativa (art. 11), las actuaciones de protección y la distinción entre situaciones de riesgo y desamparo (art. 12), la obligación de los ciudadanos de comunicar o denunciar las situaciones de desprotección (art. 13), la obligación de la Administración de verificar las situaciones denunciadas (art. 16), el principio de colaboración con el menor y la familia (art. 15), el deber de información a la familia (art. 22), las actuaciones en situaciones de riesgo (art. 17), el régimen de los centros de protección (art. 21.1, 2 y 3). Algunas de estas materias ya habían sido reguladas incluso poco antes en la legislación autonómica sobre protección de menores[80]. Parece que de nuevo el deseo de legislador estatal era tratar de garantizar un régimen común de atención y protección de menores. Ahora bien, aunque la finalidad sería legítima debe cuestionarse la legalidad del camino seguido[81].

En efecto, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal, contemplada en el art. 149.3 de la Constitución, ha ido evolucionando con el paso del tiempo. En un primer momento, pareció entenderse que había una competencia legislativa universal del Estado, aunque el citado precepto constitucional no fuera un precepto atributivo de competencias sino una cláusula de cierre en un Estado compuesto para garantizar la plenitud del Ordenamiento. Sin embargo, con posterioridad el propio Tribunal declaró que "en manera alguna constituye una cláusula universal atributiva de competencia para legislar sobre cualquiera materias a favor del Estado". Más adelante, en la STC 147/1991, 4 de julio, el Tribunal estableció la nulidad de "las normas que el Estado dicte con el único propósito de crear derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas en materias que sean de la exclusiva competencia de éstas, lo cual no es constitucionalmente legítimo cuando todos los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades la competencia como exclusiva y en un mismo grado de homogeneidad" [82].

---

[80] Así, por ejemplo, la actuación protectora ante situaciones de riesgo dirigida a prevenir el desamparo ya había sido contemplada por Ley de la Comunidad de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (art. 50), la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores (art. 15) o la Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia (arts. 18 y 19).

[81] En este sentido, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Situaciones de desamparo y situaciones de riesgo de desprotección social de los menores en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor", en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley orgánica de protección del menor. Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Coruña, 1999, pág. 61; y CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Carmen, "La competencia legislativa de las Comunidades Autónomas... *cit.*, págs. 26 y 27.

[82] En la STC 118/1996, de 27 de junio (FJ. 6) se afirma que "la cláusula de supletoriedad es, según la doctrina expuesta, una previsión constitucional emanada de la CE que se dirige

El legislador estatal podría haber alcanzado la finalidad perseguida, esto es, el establecimiento de un marco jurídico general de protección de los menores, por la vía del art. 149.1.1 de la Constitución. Este precepto atribuye al Estado competencia para *regular* "las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales"[83]. Este título hubiera permitido al Estado establecer un marco jurídico unitario en materia de asistencia y protección pública de los menores, cuyo contenido preciso habría sido determinado por la legislación dictada por cada una de las Comunidades Autónomas. El ámbito subjetivo y material de la regulación justificaría una intervención estatal conforme a criterios de proporcionalidad, que condicione el ejercicio de las competencias autonómicas.

En efecto, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, tras examinar el segundo informe periódico de España, presentado el 12 de octubre de 1998, aprobó en la sesión de 7 de junio de 2002 una serie de observaciones finales (CRC/C/15/Add. 185, de 7 de junio 2002) de entre las que deben destacarse a los efectos que aquí interesan las siguientes. En lo que se refiere a los recursos para el niño, el Comité observa con preocupación "que no todas las Comunidades Autónomas disfrutan del mismo nivel de políticas y servicios sociales para los grupos más marginales de la sociedad". Por ello, alienta al Estado español a "estudiar vías para garantizar que todos los niños tengan acceso al mismo tipo de servicios, independientemente de dónde vivan, por ejemplo, estableciendo unos estándares mínimos para todos el país,

al aplicador del Derecho, indicándole el modo en que deben colmarse las lagunas del ordenamiento autonómico, cuando las haya". Por tanto, una vez identificada una laguna, el aplicador del Derecho deberá colmarla acudiendo a las normas dictadas por el Estado en el ejercicio de alguna de las competencias que el legislador le atribuye. Por tanto, es necesario un título competencial específico que haya legitimado al Estado para legislar, sin que pueda invocarse como tal la cláusula de supletoriedad. Ver los comentarios a este precepto y la doctrina del Tribunal Constitucional citada por Luis MARTÍN REBOLLO, en *Leyes Administrativas*, Aranzadi.

[83] Advierte HINOJOSA, que el art. 149.1.1ª sólo permite al Estado ejercer competencias de alcance normativo pero no de gestión o ejecución. Por ello, cuestiona la atribución al Ministerio Fiscal —en tanto órgano estatal— de funciones de vigilancia de la tutela administrativa, la guarda y el acogimiento (art. 174 del Código civil). A decir del autor, estas funciones no pueden considerarse encomendadas en virtud de la competencia estatal "legislación civil". La atribución de las mismas sólo podría ampararse en el art. 149.1.1. Por ello, afirma que deben circunscribirse a garantizar la igualdad básica del ejercicio de los derechos constitucionales, único ámbito al que, fuera de la esfera civil, puede justificarse la extensión de la actividad de ejecución de los órganos estatales. No obstante, debe tenerse en cuenta que cuando la Ley 1/1996, de 15 de enero, encomienda al Ministerio Fiscal el deber de vigilar los centros que acogen menores (art. 21.4) y de llevar un Índice de Tutelas (art. 23) lo hace al amparo del título competencial "Administración de Justicia" y "legislación procesal" (disposición final 21). Vid. HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo, "La distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y el alcance de la intervención judicial en relación con la protección de menores" en *Protección jurídica del menor*, Edit. Comares, Granada, 1997, págs. 1-14. Sobre la vía del art. 149.1.1 ver, asimismo, TENA PIAZUELO, Isaac, "Instrumentos... *cit.*, pág. 692.

así como un buen reparto de los recursos económicos" (puntos 17 y 18). Asimismo, el Comité "muestra su preocupación sobre la ausencia de una política global para la infancia" y apunta la necesidad de mejorar los mecanismos de coordinación a nivel nacional, regional y local en la implementación de políticas para la promoción y protección del niño (puntos 15 y 16). Estas observaciones vendrían a aconsejar y justificar el establecimiento de un marco jurídico de alcance general en materia de asistencia y protección pública de los menores.

3. Instituciones públicas de protección y tutela de menores

La competencia en materia de instituciones públicas de protección y tutela de menores, ha sido asumida por numerosas Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos con carácter exclusivo. Esta materia no fue contemplada por la Constitución al establecer las competencias del Estado y de las Comunidades autónomas. Sin embargo, podía ser asumida por estas últimas al amparo de la cláusula residual del art. 149.3 de la Constitución.

> Así, el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 atribuía a la Generalitat competencia exclusiva sobre "instituciones públicas de protección y tutela de menores, respetando, en todo caso, la legislación civil, penal y penitenciaria" (art. 9.28)[84]. En el mismo sentido se expresan el Estatuto de Autonomía de Andalucía (art. 13.23), el Estatuto de Autonomía de Canarias (art. 30.14), el Estatuto de Extremadura (art. 7.32) y el Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia (art. 10.18). En cambio, el Estatuto del Principado de Asturias, de forma algo más amplia, atribuye a la Comunidad competencia exclusiva en materia de "protección y tutela de menores, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.6ª y 8ª de la Constitución". En el Estatuto de las Islas Baleares se suprime toda referencia a las competencias estatales y se atribuye a la Comunidad competencia exclusiva en materia de "instituciones públicas de protección y tutela de menores" (art. 10.35). Con un alcance aún más amplio, el Estatuto de Autonomía de Aragón atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de "protección y tutela de menores" (art. 35.28); en idéntico sentido se expresan el Estatuto de Autonomía de Cantabria (art. 24.23), el Estatuto de Castilla-La Mancha (art. 31.31), el Estatuto de Autonomía de Madrid (art. 26.24) y el Estatuto de la Rioja (art. 8.32).

El título competencial "instituciones públicas de protección y tutela de menores", podría llevar a interpretar que la competencia tan solo habilitaría

[84] El Estatuto de Autonomía de Cataluña aprobado el 2006, establece en su art. 166.3 que corresponde a la Generalitat en materia de menores: a) "La competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de la protección y de las instituciones publicas de protecciones y tutela de los menores desamparados y en situación de riesgo". Asimismo, en el apartado b) dispone que "La Generalitat participa en la elaboración y la reforma de la legislación penal y procesal que incida en las competencias de menores".

para disponer la creación, organización, régimen y funcionamiento de las instituciones y centros para la protección pública y tutela de los menores. Sin embargo, esta interpretación restrictiva no es la adecuada, dado que con el término "*instituciones públicas*" se hacía referencia también al conjunto de figuras, técnicas o mecanismos legales de protección pública de menores (tutela y guarda administrativa, acogida...). Por tanto, la competencia alcanza a la regulación de los instrumentos legales para hacer efectivo el derecho de los menores a la protección pública, la determinación del régimen jurídico aplicable. Ahora bien, debe subrayarse que se trata de instituciones "*públicas*" de protección, lo que supone que, al amparo de este título competencial, las Comunidades Autónomas sólo pueden regular la vertiente pública o administrativa, no los aspectos de Derecho privado[85].

Por otra parte, como se ha visto, en algunas Comunidades Autónomas el ámbito material de la competencia es más amplio, al referirse de forma general a la "protección y tutela de los menores". En estos casos, aunque no se dice expresamente, la competencia atribuida con carácter exclusivo a las Comunidades Autónomas también se refiere a la protección y tutela "*pública*". Esta competencia no alcanza a la protección o tutela de Derecho privado, ya que esta última materia queda enmarcada en la competencia atribuida al Estado en materia de legislación civil (art. 149.1.8).

En definitiva, cuando los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades Autónomas competencia exclusiva sobre protección pública y tutela de los menores, contemplan un ámbito específico de la asistencia social, la atención y protección de un grupo concreto de población: la infancia y adolescencia, los menores de edad. Así, el Estado había ido traspasando a las Comunidades Autónomas las funciones y servicios en materia de protección pública de menores con fundamento en alguno de estos títulos competenciales: "asistencia social" o "instituciones públicas de protección y tutela de menores". El Estado, al amparo de uno de estos títulos, fue trasfiriendo a las Comunidades Autónomas los servicios que comprendían las funciones que la Obra de Protección de Menores ejercía en el territorio de la concreta Comunidad y la ejecución de las medidas de protección y reforma que adoptaban los Tribunales Tutelares de Menores[86].

---

[85] Así se afirma expresamente en la exposición de Motivos (punto II) de la Ley de las Islas Baleares 7/1995, de 21 de marzo, de protección de menores. No obstante, como veremos a lo largo de este estudio, en esta materia cada vez se difuminan más los límites entre lo público y lo privado. En especial en el caso de Cataluña, en cuyo Anteproyecto de Ley de Libro Segundo de Código Civil se regulan —al amparo del título legislación civil— materias e instituciones de carácter administrativo, teniendo en cuenta que habilitan a la Administración para actuar como poder público en ejercicio de la tradicionalmente denominada autotutela declarativa y ejecutiva (ver, a título de ejemplo, la regulación del acogimiento preadoptivo por el art. 235-36, no se requiere el asentimiento de los progenitores y, además, la oposición judicial al mismo ni siquiera suspende la ejecutividad de la resolución administrativa por la que se constituye el mismo).

[86] Ver la nota a pié de página nº 56.

4. Otros títulos competenciales

Por otra parte, al efecto de delimitar las competencias estatales y las autonómicas en el ámbito de protección de menores deben considerarse, asimismo, otros títulos competenciales. De conformidad con lo dispuesto en el art. 149.1. 2ª, 5ª y 6ª de la Constitución, el Estado tiene competencia exclusiva en materia de "nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo", "Administración de justicia" y "legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades autónomas".

Pues bien, cada uno de los referidos título competenciales se encuentran reflejados en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

> El propio legislador declara en la Exposición de Motivos lo que sigue:
> "La Ley pretende ser respetuosa con el reparto constitucional y estatutario de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.
> En este sentido, la Ley regula aspectos relativos a la legislación civil y procesal y a la Administración de Justicia, para los que goza de habilitación constitucional específica en los apartados 5º, 6º y 8º del art. 149.1.
> No obstante, se dejan a salvo, en una disposición final específica, las competencias de las Comunidades Autónomas que dispongan de Derecho civil, Foral o especial propio, para las que la Ley se declara subsidiaria respecto de las disposiciones específicas vigente en aquellas.
> Asimismo, cuando se hace referencia a competencias de carácter administrativo, se especifica que las mismas corresponden a las Comunidades Autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla, de conformidad con el reparto constitucional de competencias y las asumidas por aquéllas en sus respectivos Estatutos".

En efecto, según resulta de la disposición final 21ª de la referida Ley orgánica, constituyen legislación supletoria de la que se dicte en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de "asistencia social" los siguiente preceptos: art. 5.3 y 4, art. 7.1, art. 8.2 c), art. 10.1 y 2 a), b) y c), los arts. 11, 12, 13, 15, 16, 17 y 18.2, el art. 21.1, 2 y 3 y el art. 22. En todos estos casos, el legislador dicta normas de naturaleza administrativa dirigidas, según se afirma en la Exposición de Motivos de la propia Ley, a garantizar la asistencia y protección de los menores[87].

Con fundamento en las competencias atribuidas al Estado por el art. 149.1.2º, 5º y 6º de la Constitución[88] se dictan los artículos siguientes: art.

[87] Ver en este mismo capítulo, el epígrafe sobre "asistencia social y servicios sociales", en el que se cuestiona la técnica utilizada por el legislador estatal a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal.

[88] "Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derechos de asilo". "Administración de Justicia" y "legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas".

10.3, art. 21.4, art. 23, las disposiciones adicionales 1ª, 2ª y 3ª, la disposición transitoria única y las disposiciones finales 19ª y 20ª.

Por último, en la disposición final 3ª de la Ley, el legislador estatal advierte que los restantes preceptos no orgánicos y las revisiones del Código civil contenidas en la Ley se han dictado al amparo del art. 149.1.8 de la Constitución y, por tanto, se aplicarán "sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil, Foral o Especial".

Por otra parte, como se ha dicho, el Estado atribuyó a las Comunidades Autónomas la competencia para ejecutar las medidas de protección y reforma que hasta entonces adoptaban los ya desaparecidos Tribunales Tutelares de Menores, al amparo del título competencial "asistencia social" o "instituciones públicas de protección y tutela de menores". Así, la actual ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, establece en su art. 45 que corresponde a las Administraciones autonómicas la ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores.

Pues bien, en ejercicio de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas, los legisladores autonómicos han procedido a dictar normas relativas a la protección de los menores. La primera Comunidad Autónoma a la que el Estado traspasó los servicios de protección de menores fue Cataluña, que asumió esta competencia en 1981. Por ello, fue también esta Comunidad la primera en elaborar una Ley que le permitiera cumplir adecuadamente la función protectora encomendada. Así fue dictada la Ley 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores —en la actualidad derogada—. Con posterioridad, ha sido dictada la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción y la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes. Unos años después, fue aprobada la Ley 8/2002, de modificación de la Ley 37/1991 y de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social[89].

Asimismo, muchas otras Comunidades Autónomas han dictado normas sobre protección de menores. En Aragón, la Ley 12/2001, de 12 de julio, de la infancia y la adolescencia[90]. Extremadura, la Ley 4/1994, de 24 de noviembre, de protección de menores. Valencia, la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la infancia. El Principado de Asturias, la Ley 1/1995, de 27 de enero, de

[89] En la actualidad, el Gobierno de la Generalitat ha iniciado el proceso para elaborar un proyecto de ley integral en materia de infancia y adolescencia que acabe con la dispersión normativa y de respuesta eficaz a algunas de las cuestiones que viene planteando la práctica. En abril de 2006 han sido publicadas las Bases para una Proyecto de ley de infancia en Cataluña.

[90] Que ha derogado la Ley 12/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores.

protección de menores. Las Islas Baleares, la Ley 7/1995, de 21 de marzo, de protección de menores. Murcia, la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia. Madrid, la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia. Canarias, la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores. Galicia, la Ley 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia. Andalucía, la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención del menor. Castilla-La Mancha, la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del menor. Cantabria, la Ley 7/1999, de 28 de abril, de protección a la infancia y la adolescencia. Castilla y León, la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia. El País Vasco, la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia. Navarra, la Ley 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia. La Rioja, la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (que ha derogado la anterior Ley 4/1998, de 18 de marzo, del menor).

III. LA LEGISLACIÓN SOBRE PROTECCIÓN DE MENORES APLICABLE EN CATALUÑA

La aproximación histórica al régimen legal de la protección de los menores realizado en el Capítulo I de este trabajo, además de permitirnos conocer el papel atribuido en cada momento a las Administraciones públicas en esta materia, facilita la correcta comprensión de la regulación vigente y la naturaleza de las instituciones y, por tanto, permite la determinación de su régimen jurídico. Desde mi punto de vista, los actuales instrumentos jurídicos y técnicas legales de asistencia y protección a los menores, hunden sus raíces en aquella legislación y, por tanto, para su adecuado entendimiento es necesario considerar el pasado.

Por otra parte, en Cataluña se produce una situación peculiar. Esta Comunidad Autónoma siguió el camino emprendido por el legislador estatal y procedió a regular las instituciones de protección pública de menores al amparo del título competencial "legislación civil". Por esta vía el legislador catalán ha establecido un régimen jurídico completo y autónomo en materia de protección pública de menores[91]. En cambio, el resto de Comunidades Autónomas han dictado las respectivas leyes de protección de menores al amparo de la competencia en materia de asistencia social o protección y tutela de me-

[91] Es más, próximamente serán incorporadas al Código Civil de Cataluña las instituciones a través de las cuales las Administraciones deben brindar protección pública a los menores en situación de desamparo (Anteproyecto de Ley por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (publicado en abril 2006).

nores; en estos casos el régimen de la protección pública de los menores debe enmarcarse en las previsiones del legislador estatal, en especial los arts. 172 a 174 del Código Civil[92].

Pues bien, esta situación ha ido comportando ciertas peculiaridades en el régimen de protección pública de los menores en Cataluña. Estas peculiaridades sólo pueden explicarse conociendo la evolución legislativa de la materia. Como veremos, se ha producido cierta influencia o interrelación entre la regulación de esta materia por el legislador estatal y por el catalán. El examen de la historia reciente de la legislación catalana sobre protección de menores permitirá contar con todos los elementos que hagan posible reflexionar sobre la naturaleza de las instituciones a través de las cuales las Administraciones catalanas brindan asistencia y protección a los menores y, en su caso, la determinación del régimen jurídico aplicable a la actuación administrativa protectora.

1. La legislación catalana en materia de menores: la regulación de las funciones tradicionales protectora y reformadora

El Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 atribuía a la Generalitat competencia exclusiva en materia de "conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán", "asistencia social" e "instituciones públicas de protección y tutela de menores, respetando, en todo caso, la legislación civil, penal y penitenciaria" (art. 9. 2, 25 y 28 del EAC)[93]. Pues bien, al amparo de

[92] No obstante, con posterioridad, ha sido dictada en Navarra la Ley foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, algunos de cuyos preceptos han sido dictados, asimismo, al amparo del título competencial legislación civil (ver la disposición adicional primera).

[93] Debe llamarse la atención sobre el hecho de que el art. 9.28 atribuía competencia a la Generalitat en materia de instituciones públicas de protección y tutela de menores, pero añadía "respetando, en todo caso, la legislación civil, penal y penitenciaria". Sin embargo, el art. 9.2 atribuía a la Generalitat competencia exclusiva en materia de "conservación modificación y desarrollo del Derecho civil catalán". A la vista de estos dos títulos competenciales sorprende el hecho de que en el primero de ellos se sitúe en un mismo nivel la legislación civil y la penal y la penitenciaria, cuando en materia de Derecho civil catalán la Generalitat tiene competencia y, en cambio, no la tiene en materia penal y penitenciaria. La interpretación conjunta de estos preceptos obliga a concluir que la alusión a la legislación civil que realizaba el art. 9.28 no podía referirse al Derecho civil catalán, sino a la legislación civil estatal, esto es, aquella parte del Derecho civil estatal también aplicable en Cataluña a tenor de lo dispuesto en el art. 149.1.8 de la CE. Vid. EGEA FERNÁNDEZ, Joan, "La tutela de menors a la Llei catalana 11/1985, de 13 de juny, de protecció de menors. L'acolliment", *RJC* nº 2, 1987, págs. 24-28; y el mismo autor en *La protecció de menors a Catalunya, els diferents règims de protecció (propostas de nova regulació)*, Generalitat de Catalunya, 1989, págs. 12-15. El Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, prevé en su art. 166, bajo el título "servicios sociales, voluntariado, menores y promoción de las familias", la atribución a la Generalitat de "la competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de menores desamparados y en situación de riesgo".

estos títulos competenciales el legislador catalán fue estableciendo el marco jurídico de atención y protección a la infancia y la adolescencia.

Ahora bien, el legislador ha debido realizar la referida tarea de modo progresivo. La aprobación de la Constitución determinaba un nuevo marco jurídico-político de actuación en el ámbito de los menores. Sin embargo, la renovación de la legislación estatal entonces vigente no se realizó de forma inmediata. Tras la aprobación de la Constitución todavía siguió varios años en vigor la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, examinada con anterioridad. Hasta que esta ley fue declarada parcialmente inconstitucional por el Tribunal Constitucional en el año 1991 (STC 36/1991, de 14 de febrero).

El Estado, mediante el Real Decreto 1.292/1981, de 5 de junio, había traspasado a la Generalitat los servicios en materia de protección de menores que comprendían las funciones que la Obra de Protección de menores desarrollaba en el territorio de Cataluña, en cumplimiento de la entonces vigente ley de Protección de Menores de 2 de julio de 1948. Asimismo, el Estado traspasó a la Generalitat de Cataluña la competencia para la ejecución de las medidas acordadas por los Tribunales Tutelares de Menores. Tribunales tutelares —como sabemos— regulados por la entonces vigente ley de 11 de junio de 1948. Por tanto, en el momento que la Generalitat de Cataluña asume estas competencias continuaba en vigor la legislación preconstitucional relativa a la protección de menores; regulación de carácter eminentemente administrativo dictada, pues, al margen del Código Civil.

La legislación estatal de 1948 que regulaba la protección de menores en el momento de realizarse los referidos traspasos a la Generalitat, atribuía a los Tribunales Tutelares de Menores —según se ha puesto de relieve páginas atrás— una doble función: por un lado, la *función protectora* de los menores de edad abandonados o en situación de desprotección; por otro lado, la *función reformadora* de los menores que habían cometido hechos ilícitos o se encontraban en situación que hoy calificaríamos como de exclusión o dificultad social[94]. La ejecución de las medidas de protección y reforma impuestas por los Tribunales Tutelares, hasta el momento de ser atribuidas a la Generalitat de Cataluña, había correspondido a las Juntas provinciales previstas en la Ley de Protección de Menores de 1948. Estas Juntas —como vimos— quedaban enmarcadas en la Obra de Protección de Menores, entidades estatal autónoma dependiente del Ministerio de Justicia.

Pues bien, en el momento que la Generalitat asume las funciones protectora y reformadora traspasadas por el Estado y se las asigna al órgano corres-

[94] La Ley de Tribunales Tutelares de Menores en su art. 9 c) atribuía a estos tribunales competencia para conocer de los casos de los menores de dieciséis años prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos siempre que, a juicio del Tribunal, requieran el ejercicio de la facultad reformadora.

pondiente de la Administración autonómica, se encuentra con que no podía cumplir debidamente las tareas encomendadas sin modificar de forma sustancial el marco legal de actuación. Por ello, al amparo del art. 25.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979, que atribuye a la Generalitat la potestad legislativa en el ejercicio de sus competencias exclusivas, procede a promulgar una Ley de protección de menores en sustitución de la ley estatal de protección de menores de 1948 que hasta ese momento se venía aplicando. Así, con fundamento en la competencia atribuida en el art. 9.28 del Estatuto de Autonomía de 1979, fue dictada la Ley 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores —actualmente derogada—. Con esta ley, según afirma el legislador en el preámbulo de la misma, se procede a sustituir "la antigua normativa de protección de menores de, *carácter administrativo*, que quedaba fuera de las limitaciones del art. 9.28 del Estatuto"[95]. Por tanto, esta legislación tenía carácter administrativo y no regulaba materias de Derecho civil.

La Ley 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores, según declaraba en la propia Exposición de Motivos, pretendía "sustituir los antiguos criterios de beneficencia en que se basaba la protección a la infancia... por la moderna concepción de *servicio público*"[96]. La Ley catalana, siguiendo los pasos de la anterior legislación estatal, acoge un concepto restringido de protección de menores que comprende tres ámbitos: 1) el tratamiento de la delincuencia; 2) la prevención de la delincuencia; y 3) la tutela de menores por defecto o por inadecuado ejercicio de la patria potestad o del derecho de guarda y educación[97]. En líneas generales, estos tres ámbitos de protección venían a coincidir con los ámbitos de actuación del entonces Tribunal Tutelar de Menores. Sin embargo, el legislador catalán da un pequeño paso adelante y

[95] En efecto, La Ley fue dictada al amparo de la competencia atribuida con carácter exclusivo por el art. 9.28 del EAC de 1979: "instituciones públicas de protección y tutela de menores, respetando, en todo caso, la legislación civil, penal y penitenciaria". Por esta razón, el art. 1 de la Ley establecía expresamente que la Generalitat debía desarrollar la acción de protección de los menores de acuerdo con la propia Ley y "respetando en todo caso, la legislación civil, penal y penitenciaria". Además, esta previsión legal se explica por el hecho de que el Real Decreto 1291/1981, de junio, de traspaso de Servicios del Estado a la Generalitat en materia de protección de menores, ya establecía en su apartado B), 2 que "la Generalitat de Cataluña se ajustará, en cualquier caso, a la legislación civil, penal y penitenciaría vigente en cada momento en todo aquello que incida sobre las funciones de protección de menores a su cargo".

[96] Ello explica que en el momento de presentación del proyecto de ley al Pleno del Parlamento, el Conseller de Justicia la calificará como una *Ley administrativa* (Diario de Sesiones del Parlamento de Cataluña nº 29, de 29 de mayo de 1985, sesión plenaria nº 28, 2, pág. 1355). Vid. EGEA FERNÁNDEZ, Joan, "La tutela ... *cit.*, pág. 29, nota 12.

[97] No obstante, aunque la Ley desarrollaba por separado cada una de las tres competencias que comprendía la protección de menores, establecía una serie de actuaciones comunes: facilitar a la autoridad judicial, entonces representada por los Tribunales Tutelares, una aplicación óptima de las medidas que dictaran, lo que debía permitir que no quedaran reducidas a las de internamiento; sustituir los antiguos criterios de beneficencia en que se basaba la protección por la moderna concepción de servicio público; adecuada preparación del personal; introducir nuevas medidas pedagógicas y preocuparse y respetar el proceso educativo del menor.

proclama una serie de principios rectores de la actividad protectora, dirigidos a garantizar el respeto a los derechos de los menores y a establecer una serie de garantías individuales frente a la intervención de la Administración.

Por tanto, la Ley catalana de 11/1985, como ya lo hiciera antes la legislación estatal de protección de menores, regula de forma conjunta la faceta protectora y la función reformadora, aunque ahora se trataba de dejar claramente delimitado el ámbito de una y otra. Por lo que se refiere a la faceta reformadora se regulaba de forma separada el "tratamiento" y la "prevención" de la delincuencia infantil y juvenil (Títulos IV y V, respectivamente)[98]. En cuanto a la faceta protectora, la legislación catalana tendrá una influencia decisiva en la posterior regulación de la tutela administrativa de los menores desamparados por la ley estatal 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del Código Civil[99].

En efecto, la Ley catalana de Protección de Menores de 1985, en su art. 54, siguiendo en realidad los pasos de la legislación estatal precedente, dispuso que "*la tutela de menores* por defecto o inadecuado ejercicio de la patria potestad o del derecho de guarda y educación consistirá en la atención y tratamiento de los menores abandonados o víctimas de la actuación de los padres o guardadores, cuando la autoridad judicial[100] decida intervenir en el ejercicio de sus competencias y en la forma que disponga".

La referida Ley, en su art. 2 c) en relación con el art. 1, atribuía a la Administración de la Generalitat la tutela o acción tutelar que anteriormente había correspondido a los Tribunales Tutelares de Menores y la Obra de Pro-

[98] Con relación al tratamiento de la delincuencia, el art. 24 disponía que "tendrá un carácter fundamentalmente educativo y consistirá en la atención, por mandato de la autoridad judicial, de los menores infractores". En cuanto a la prevención de la delincuencia, el art. 47 dispone que "consistirá en el intervención individualizada con el tratamiento adecuado" y en el art. 49 se establece que las medidas preventivas se adoptarán siempre el consentimiento del representante legal, previamente consultado y oído el menor. La necesidad de recabar el "consentimiento" del representante legal del menor para adoptar medidas de prevención de la delincuencia se explica por tratarse de actuaciones enmarcables en la función reformadora. Sin embargo, en la actualidad, las medidas de atención y protección de los adolescentes en situación de dificultad social o, según la terminología de la ley 8/2002, de 27 de mayo, con "conductas de alto riesgo social" se enmarcan en la función protectora. Por ello, debe cuestionarse que siga requiriéndose el consentimiento del representante legal para adoptar medidas de protección (art. 47).

[99] El legislador estatal procederá a incorporar al Código Civil una materia que tradicionalmente había sido regulada por normas administrativas, en la medida que tiene por objeto la actuación de la Administración pública. Vid. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentarios... cit.*, pág. 49.

[100] La integración de los Tribunales Tutelares de Menores —como se ha visto, inicialmente Tribunales administrativos especiales— en el Poder Judicial fue prevista por la Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974, que contempla la creación dentro de la jurisdicción ordinaria de las Magistraturas Tutelares de Menores. Con posterioridad, ya en el marco del Poder Judicial, fueron creados los Juzgados de Menores previstos por la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (art. 96).

tección de Menores dependiente de la Administración del Estado, según lo dispuesto en las Leyes de Tribunales Tutelares de Menores y de Protección de Menores de 1948[101]. Por tanto, la tutela que la Ley catalana de 1985 atribuía a la Administración de la Generalitat enlazaba directamente con la acción tutelar o protectora que anteriormente ejercían la Obra de Protección de Menores y los Tribunales Tutelares y no con la institución de la tutela civil u ordinaria prevista en el Código Civil.

Sin embargo, en el nuevo marco del Estado de las Autonomías, la regulación conjunta de la faceta protectora y la reformadora planteará algunos interrogantes respecto al título competencial que, en cada caso, habilitaba para proceder a dicha regulación. En efecto, el legislador estatal, mediante la Ley 21/1987, procedió a regular en el Código Civil la tutela administrativa o actuación tutelar de las Administraciones públicas (art. 172). A la vista de esta regulación estatal, la doctrina civilista se plantea si la Ley catalana de protección de menores de 1985, al regular la faceta protectora y, en concreto, la tutela de la Administración, no contiene normas propias del Derecho civil[102]. Esta cuestión recibirá quizá de forma precipitada[103] —desde mi punto de vista— una respuesta afirmativa y la referida faceta protectora regulada por la Ley catalana 11/1985, de 13 de junio, será objeto de una regulación separada unos años después. Este ámbito de protección fue regulado con posterioridad por Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, norma que se define en el preámbulo de la propia Ley "de carácter primordialmente civil" (a diferencia de la Ley de 1985 que se había calificado expresamente a sí misma como norma administrativa).

Con el fin de comprender las razones que movieron al legislador catalán a regular de forma separada el referido ámbito de protección, es necesario poner de relieve que, sólo tres años antes, el legislador estatal había dictado la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que modificaba el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, tutela y otras formas de protección de menores. En esta ley, el legislador estatal procedió a reconducir al Derecho civil la actuación tutelar o protectora atribuida a la Administración, se civilizaba o privatizaba así una regulación tradicionalmente administrativa[104].

---

[101] Ver los arts. 13 y 14 del Decreto de 11 de junio de 1948 por el que se aprueba el Texto refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores.

[102] Vid. EGEA FERNÁNDEZ, Joan, "La tutela... *cit.*, pág. 31-32.

[103] Una parte de la doctrina civil, de forma equivocada y pasando por alto los precedentes inmediatos, vincula la tutela administrativa a la tutela ordinaria del Código civil, cuando lo cierto es que la misma conecta con las funciones tutelares encomendadas a los Tribunales de Menores y actuadas a través de la Obra de Protección de Menores. Así lo pone de relieve en la propia doctrina civil, PÉREZ ALVAREZ, Miguel Ángel, *La nueva adopción*, Civitas, 1989, pág. 90.

[104] En este sentido, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentarios... cit.* págs. 62-67. Ver, asimismo, CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Carmen, "La competencia legislativa... *cit.*, págs. 15-27.

La razón por la cual el legislador estatal incorporó a un cuerpo normativo de carácter civil la regulación de una actuación de la Administración que hasta entonces había sido prevista en normas administrativas sería, como se ha dicho, el deseo de actuar al amparo de la competencia que el art. 149.1.8 le atribuye sobre "legislación civil". De considerarse una materia administrativa, los poderes públicos habrían actuado al amparo del título competencial "asistencia social", una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, lo que habría derivado muy probablemente en una regulación diferenciada y dispersa de la acción protectora o tutelar de la distintas Administraciones autonómicas[105].

La Ley estatal 21/1987 de modificación del Código Civil, regulaba la tutela y la guarda administrativa de los menores desamparados. El legislador dispone que la situación de desamparo dará origen a una tutela automática a cargo de la Administración pública a la que corresponda en cada territorio la protección de los menores[106]. Además, también se confía a la Administración la guarda del menor. En la disposición adicional 1ª se establecía que las entidades públicas mencionadas por la Ley eran aquellas que, en el respectivo territorio, tuviera encomendada la protección de los menores. Por tanto, de esta Ley estatal derivaba la atribución de un conjunto de funciones a las Administraciones autonómicas relativas a la tutela, guarda y acogimiento de menores.

Una parte de la doctrina civilista, desde la exclusiva óptica de la tutela civil u ordinaria, sin considerar la acción tutelar que había desarrollado la Administración del Estado a través de la Obra de Protección de Menores y los Tribunales Tutelares de Menores, acusa a la Ley estatal 21/1987, de 11 de noviembre, de administrativizar instituciones tradicionalmente vinculadas al Derecho civil, cuando, en realidad, sucedía todo lo contrario. Además, también se acusa a esta Ley de proceder a una cierta desjudicialización en el

[105] Vid. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentarios... cit.*, págs. 63-64.

[106] En efecto, el art. 2 de esta ley reformaba el art. 172 del Código Civil que ahora pasaba a establecer que "la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, tiene por ministerio de la ley la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo..." Con esta regulación de la tutela administrativa, el legislador se apartaba de lo establecido anteriormente en la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de tutela. Tras la reforma del año 1983, el art. 239 del C.c. disponía que "si se tratase de un menor acogido en establecimiento público, la tutela podrá ser atribuida al Director del establecimiento". Por otra parte, correspondía a la autoridad judicial la constitución de la tutela. En cambio, con la reforma de 1987, el art. 172.1 establecía que "La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, tiene por ministerio de la ley la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material". No obstante, debe advertirse que, con posterioridad, la redacción este precepto fue modificada por la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y de modificación del Código Civil.

ámbito de la protección de menores, al establecer un sistema de intervención y control administrativo para la protección de menores[107]. Sistema de intervención y control administrativo que, como se ha visto al examinar los precedentes históricos, hunde sus raíces en la legislación de principios del siglo XX[108].

Por tanto, con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del Código civil, el legislador estatal modifica el marco legal de actuación en el ámbito de la protección pública de los menores desamparados. La nueva situación lleva al legislador catalán a replantearse la regulación que inicialmente había realizado de este ámbito protector a través de la Ley 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores; norma dictada al amparo de la competencia atribuida con carácter exclusivo por el art. 9.28 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 ("instituciones de protección y tutela de menores, respetando, en todo caso, la legislación civil, penal y penitenciaria"). Debe tenerse en cuenta que la Generalitat de Cataluña tiene atribuidas competencias en materia de "conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán" (art. 9.2 del EAC). Sin embargo, el título competencial del referido art. 9.28 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 establecía como límite en el ámbito de la protección y tutela pública de los menores la legislación estatal, también en materia civil.

La nueva situación competencial derivada de la Ley estatal 21/1987 y el desarrollo del Derecho civil catalán condujo a una nueva regulación de la facultad protectora en el ámbito de los menores. Así, el legislador catalán mediante la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, establece una nueva regulación de la protección de los menores, en especial de los menores desamparados. Esta ley venía a brindar una regulación completa de una de las facetas que comprendía el concepto restringido de protección de menores acogido por la Ley de 1985: la faceta más protectora, la protección de los menores desamparados y, además, se regulaba la figura de la adopción[109]. El legislador catalán regula este ámbito de forma paralela a como lo hiciera antes el legislador estatal en la Ley de 1987 de modificación del Código civil en materia de tutela y adopción. Así, atribuye a la Administración la tutela automática de los menores desamparados. Por otra parte, el legislador catalán encomienda

[107] Vid. TENA PIAZUELO, Isaac, "Instrumentos... *cit.*, págs. 692-693.

[108] Debe tenerse en cuenta que —como se ha dicho anteriormente— la incorporación de los Tribunales Tutelares de Menores a la jurisdicción ordinaria no fue prevista hasta que la Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974 contempló la creación de las Magistraturas Tutelares de Menores dentro de la Jurisdicción ordinaria. Finalmente, la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sustrajo la jurisdicción a los Tribunales Tutelares de Menores y se la atribuyó a los Juzgados de Menores (art. 96). Por otra parte, la Obra de Protección de Menores siguió desarrollando sus funciones tutelares hasta que las mismas fueron atribuidas a las Administraciones autonómicas.

[109] Sin embargo, el capítulo II de la Ley 37/1991, relativo a la adopción, fue posteriormente refundido en el Código de Familia aprobado por la Ley 9/1998, de 15 de julio.

a la Administración la apreciación de la situación del desamparo mediante resolución motivada[110].

La Exposición de Motivos de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, apunta el carácter primordialmente civil de las materias reguladas[111]. En el capítulo I de la Ley se regulan todas las cuestiones relativas a la protección del menor, desde que se produce la intervención de la Administración que lo declara desamparado hasta que, en su caso, se procede a la propuesta de adopción. En el capítulo II se regulaba la adopción. En la medida que la "adopción" es una figura claramente civil, el legislador subraya en la Exposición de Motivos que algunos aspectos de esta institución ya habían sido regulados por la Compilación de 1960. Además, el legislador catalán ya había previsto en la disposición transitoria de la Ley 10/1987, de 25 de mayo, la regulación de la adopción por el Parlamento de Cataluña. Por tanto, aunque no se afirma expresamente el título competencial conforme al que se regulan las materias de carácter civil, se concluye que el legislador actúa en ejercicio de la competencia atribuida en el art. 9.2 del EAC de 1979 en materia de "conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán". Con posterioridad, el capítulo II de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, ha sido derogado y la "adopción" ha pasado a estar regulada en la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia[112].

Ahora bien, la protección de los menores, como vemos, hasta este momento seguía circunscrita al ámbito restringido que inicialmente delimitó la Ley 11/1985, de 13 de junio. Esto es, el tratamiento de la delincuencia, la prevención de la delincuencia y la protección de los menores desamparados. Sin embargo, el legislador catalán dará un paso adelante y ampliará definitivamente el ámbito de protección de los menores con la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991.

La Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes trata de fijar un sistema general catalán de asistencia del niño y

[110] En cambio, este aspecto no había sido regulado por el legislador estatal en la Ley de 1987. En este caso será el legislador estatal el que seguirá los pasos del legislador catalán. Así, en la reforma del Código Civil operada por la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, se da nueva redacción al art. 172.1 que ahora dispondrá que "La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, *cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo*, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo...".

[111] A diferencia de la Ley 11/1985, de protección de menores que se declaraba expresamente como norma administrativa.

[112] Por otra parte, la disposición final segunda de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia habilita al Gobierno de la Generalitat para que apruebe "en el término máximo de seis meses desde la entrada en vigor de este Código y presente al Parlamento de Cataluña un proyecto de ley de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, que refunda, armonice y regularice los preceptos legales no incorporados en este Código".

el adolescente y de protección de sus derechos en el ámbito de Cataluña. En la disposición adicional 1ª de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, el legislador ya había establecido una serie de principios conforme a los cuales debían actuar las Administraciones catalanas en el ámbito de los menores. Sin embargo, ahora, con esta nueva Ley, se trataba de establecer un marco claro de actuación en el ámbito general de protección de la infancia. El legislador, como no podía ser de otro modo, contempla como principio esencial de todas las actuaciones en materia de menores, públicas o privadas, el del "interés superior del niño y el adolescente". Además, la Ley formula los principios básicos relativos a los derechos del niño y el adolescente y regula la atención de los menores en diversos sectores, en el ámbito familiar, en el de la salud, en el ámbito social.

Por tanto, ahora el legislador catalán, además del inicial concepto restringido de protección de menores, establece un círculo más amplio de protección. Así, la Ley de 1995 encomienda a los poderes públicos la obligación de garantizar a todos los niños y adolescentes el ejercicio de sus derechos y su desarrollo integral en los ámbitos familiar y social.

En lo relativo a la faceta denominada reformadora, la legislación catalana ha seguido un proceso más lento de reforma. En cuanto al tratamiento de la delincuencia infantil y juvenil, el legislador catalán ha debido ir a la zaga del legislador estatal que ha tardado en adecuarse al nuevo marco constitucional. La Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sustituyó los antiguos Tribunales Tutelares de Menores por los Juzgados de menores (arts. 96 y 97). Por otra parte, la referida Ley orgánica del Poder Judicial, en su disposición adicional primera, encomendaba al Gobierno remitir a las Cortes Generales, en el plazo de un año, un proyecto de Ley de reforma de la legislación tutelar de menores. Sin embargo, este mandato no fue cumplido por el Gobierno.

La reforma de la legislación tutelar de menores tuvo que ser realizada de forma urgente y provisional como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, que declaraba inconstitucional el art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948. Esta Sentencia hacía necesaria la regulación de un proceso ante los Juzgados de Menores que dispusiera de todas las garantías derivadas del texto constitucional. Así, como consecuencia de la misma fue dictada la Ley orgánica 4/1992, de 5 de junio, con la finalidad de introducir las mínimas garantías procesales. La propia Ley declaraba en su Exposición de Motivos que tiene "el carácter de una reforma urgente que adelanta parte de una renovada legislación sobre reforma de menores, que será objeto de medidas legislativas posteriores".

El hito definitivo en el camino hacía la renovación de la legislación en este ámbito, fue la aprobación del nuevo Código Penal mediante la Ley orgánica

10/1995, de 23 de noviembre. El art. 19 del Código Penal fija la mayoría de edad penal en los dieciocho años y exige la regulación expresa de la responsabilidad penal de los menores de dicha edad en una Ley independiente[113]. En respuesta a esta exigencia fue finalmente aprobada la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores[114]. Esta ley orgánica deroga la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 en la parte que todavía seguía vigente y la Ley orgánica 4/1992, de 5 de junio, de reforma urgente de la anterior.

Por tanto, el nuevo marco legal diseñado por el legislador estatal permitía ya al legislador catalán adecuar la normativa reguladora de la tradicionalmente denominada facultad reformadora a la nueva situación. Esta tarea fue realizada mediante la Ley catalana 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil. Esta ley regula las funciones que debe cumplir la Administración de la Generalitat en ejecución de las medidas adoptadas por los jueces y Tribunales en el marco de la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Por tanto, la Ley catalana del 2001 deroga aquellos preceptos todavía vigentes de la Ley 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores que regulaban la facultad reformadora, a excepción del título V, dedicado a la prevención de la delincuencia infantil y juvenil, que todavía siguió unos años en vigor.

Así, las denominadas tradicionalmente, en el ámbito de menores, facultad protectora y reformadora fueron, por fin, objeto de regulación separada por el legislador catalán. La Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados regula la faceta esencialmente protectora: la protección de los menores desamparados. En cambio, la Ley 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil, se ocupa de la faceta tradicionalmente denominada reformadora: por un lado, regula las funciones que debe

[113] El citado precepto dispone expresamente lo que sigue: "Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor". Por otra parte, el art. 69 del CP dispone que "Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regulen la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga".

[114] Uno de los principios sobre los que se fundamenta esta Ley, según resulta de lo establecido en la propia Exposición de Motivos, es el de que "la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primodial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de la regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable". Por otro lado, según resulta de la propia Ley, "la edad límite de dieciocho años establecida en el Código Penal para referirse a la responsabilidad penal de los menores precisa de otro límite mínimo a partir del cual comience la posibilidad de exigir esa responsabilidad y que se ha concretado en los catorce años". La Ley se orienta por el principio de la "naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad".

desarrollar la Administración de la Generalitat en ejecución de las medidas adoptadas por los jueces y tribunales en aplicación de la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; y, por otro lado, establece medidas dirigidas a promover la integración y la reinserción social de los menores a los que se hubieran aplicado las medidas adoptadas por los jugados y tribunales de menores.

Por otra parte, la Ley catalana 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores, se ocupaba en su título V de otro ámbito de protección: la prevención de la delincuencia infantil y juvenil. Esta materia había quedado tradicionalmente comprendida, según se ha visto al examinar los antecedentes históricos, en la faceta reformadora. La facultad reformadora atribuida anteriormente a los Tribunales Tutelares de Menores comprendía no sólo el conocimiento de las conductas ilícitas cometidas por los menores sino también las actuaciones frente a "menores licenciosos vagos o los que practicaban la mendicidad y la prostitución", menores en situación de exclusión social. Pues bien, siguiendo el esquema tradicional, la Ley de 1985 contemplaba una serie de medidas dirigidas a prevenir la delincuencia infantil y juvenil frente a aquellos menores que "presenten una conducta que haga prever un elevado riesgo de comisión de infracciones penales" (art. 47). Este ámbito de protección que, como se ha dicho, tradicionalmente había sido enmarcado en la faceta reformadora, en la actualidad ha pasado a formar parte de la faceta protectora. Obviamente, se trataba de una materia que no podía quedar incorporada a la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores, ya que en este caso se trata de menores que no han realizado una conducta constitutiva de ilícito penal. Por ello, tampoco fue regulada posteriormente por la Ley catalana 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil, ya que esta norma sólo se ocupa de la ejecución de las medidas impuestas por los jueces y tribunales frente a los menores que hubieran cometido ilícitos penales y de su integración y reinserción.

Además, en el momento de aprobarse la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, el legislador tampoco incorpora a esta norma aquel ámbito de actuación relativo a los menores de los que se afirma que tienen conductas de alto riesgo social. Esta Ley inicialmente sólo se ocupaba de la protección de menores desamparados. Sin embargo, con posterioridad, la Ley 8/2002, de 27 de mayo, ha incorporado a la Ley 37/1991 un nuevo capítulo (el V), titulado "Atención especial a la población adolescente con conductas de alto riesgo social". Esta normativa ha venido a sustituir la regulación sobre prevención de la delincuencia infantil y juvenil contenida anteriormente en la Ley de 1985.

Por tanto, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, tras la reforma operada por la Ley 8/2002, regula la protección de los menores desamparados y, además, contempla las medidas de "atención especial a la población adolescente con conductas de alto riesgo social". En definitiva, se contemplan dos ámbitos de

protección: la protección a los menores desamparados y la protección a los adolescentes con conductas de alto riesgo social o en situación de dificultad social.

Sin embargo, debe advertirse que la Ley 8/2002, de 27 de mayo, de modificación de la Ley 37/1991, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social, vino marcada por unas concretas circunstancias político-sociales. En efecto, en el propio preámbulo de la Ley se alude a la problemática planteada por los *menores inmigrantes indocumentados* que, en muchos casos, han llegado solos a nuestro país, sin la compañía de sus familias. Desde mediados de los años noventa los medios de comunicación venían dando cuenta de la problemática planteada por estos menores. Por lo que se refiere a Cataluña, se había denunciado que algunos de estos menores vagabundeaban por el centro de la ciudad y cometían pequeños delitos o faltas, en especial en Barcelona. Además, estos hechos se producían en un contexto social de preocupación creciente por la seguridad pública. Pues bien, la Ley catalana 8/2002 reguladora de la protección de menores se vio arrastrada por esta dinámica de preocupación por la seguridad y, en especial, por la situación generada por los menores inmigrantes no acompañados. De forma que del contenido de la regulación parece resultar que la finalidad de la misma, en algunos casos, no es tanto proteger a los menores como protegerse de los menores. No serían los menores los que se encuentran en situación de riesgo o dificultad social, sino los que producirían el riesgo.

Así, la Ley catalana 8/2002, de 27 de mayo, adopta en el marco de la faceta protectora ciertas medidas que parecen más propias de la faceta reformadora, lo que supondría un paso atrás. Como vimos, los antiguos Tribunales Tutelares de Menores ejercían la facultad reformadora no sólo frente a los menores que habían cometido actos ilícitos sino también frente a los vagos, licenciosos o los que practicaban la mendicidad, menores en situación de exclusión o dificultad social. En la actualidad, este último sector quedaría enmarcado en lo que la referida Ley califica de "adolescentes con conductas de alto riesgo social", menores que no han cometido delitos sino que, como dice el art. 43 de la Ley, tienen conductas que alteran de manera grave las pautas de convivencia y comportamiento social generalmente aceptadas, de manera que provocan un riesgo evidente de causar daños a ellos mismos o de perjudicar a terceras personas. Es más, cuando el legislador catalán establece los principios conforme a los cuales debe actuar la Administración en este ámbito, alude expresamente a la necesidad de prevenir la "marginación y la delincuencia". En definitiva, del texto legal resultaría que, bajo la vestimenta de la acción protectora, se entrelazan dos tipos de actuaciones administrativas muy distintas, la función de protección del menor y la función de protección de la seguridad ciudadana, actuaciones enmarcadas

en ámbitos muy distintos, de actividad asistencial la una, de actividad de policía la otra[115].

Es más, la propia Ley 8/2002, de 27 de mayo, incorporó nuevas normas en el ámbito de la protección de los menores desamparados que expresamente se dirigen a hacer frente a la problemática planteada por los menores inmigrantes indocumentados que viven en la calle. Estos menores están evidentemente en situación de desamparo. Sin embargo, el legislador, partiendo del dato cuestionado y rebatido de que estos menores rechazan las medidas generales previstas[116], contempla una serie de medidas específicas que no vendrían a brindar en todo caso una protección integral: asistencia simplemente diurna, asistencia nocturna pero de corta duración —sólo treinta días— y, lo que es peor, se prevé el internamiento en centros, con posibilidad de restringir o suprimir las salidas por un tiempo limitado[117].

En definitiva, el examen de la legislación catalana en materia de menores pone de relieve la existencia de dos ámbitos de actuación administrativa. Por un lado, la acción tradicionalmente denominada reformadora, que deberá desarrollarse en el marco de lo dispuesto por la Ley catalana 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil; la Administración deberá ejecutar las medidas adoptadas por los jueces y tribunales para exigir responsabilidad penal a los menores y promover su integración y reinserción social. Por otro lado, la faceta protectora, que se desarrollará conforme a lo establecido por la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, reformada por la Ley 8/2002; esta faceta comprende, a su vez, dos ámbitos de actuación: la protección de los me-

[115] En cambio, en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, queda mucho más clara que la actuación de los poderes públicos frente a situaciones de riesgo de los menores debe dirigirse a brindarles protección. Así, el art. 17, bajo el título *actuaciones en situación de riesgo*, dispone que "*en situaciones de riesgo de cualquier índole* que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y *dificultad social* que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia. Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia"

[116] En efecto, según apuntó el Defensor del Menor de Andalucía, en su Informe sobre los menores inmigrantes (diciembre 2003), "la imagen de los menores inmigrantes como un colectivo especialmente conflictivo e incapaz de integrarse adecuadamente en el sistema de protección de menores es una *imagen falsa y distorsionada* que no responde a la realidad de los centros de protección". En el Informe se reconoce el elevado número de fugas de los centros y se explica "como una consecuencia inevitable de una política de migración de menores desordenada y caótica". Por lo general, estos menores huyen de los centros para evitar una prevista repatriación o, en otros casos, porque han sido localizados e ingresados cuando se encontraban en ruta hacía un destino distinto.

[117] Vid. DE PALMA, Ángeles, "La Llei catalana sobre menors immigrants no acompanyats", en *La immigració a Catalunya avui. Anuari 2002*, Editorial Mediterrània, Barcelona, 2003, págs. 81-94.

nores desamparados y la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social. Ahora bien, todavía queda un círculo más amplio de protección que rodearía los anteriores: la atención y protección de todos los menores y adolescentes que se encuentren en Cataluña, al efecto de garantizarles el ejercicio de los derechos que el Ordenamiento les reconoce y su desarrollo integral en el ámbito familiar y social, conforme a lo establecido por la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes[118].

Por último, se ha de poner de relieve que, en la actualidad, el Gobierno de Generalitat tiene en marcha dos grandes proyectos que modificarían la vigente regulación sobre protección pública de menores. Por un lado, desde la Consellería de Bienestar y Familia se ha impulsado la elaboración de unas Bases para un Proyecto de Ley de Infancia (publicadas en abril 2006). Este documento recoge las líneas estratégicas para elaborar el proyecto de Ley de infancia de Cataluña. Una de las novedades más destacables sería la —tantas veces reclamada— delimitación entre situaciones de riesgo y desamparo de los menores. Por otra parte, con la nueva ley se pretende sistematizar la normativa existente en este momento en materia de infancia y adecuarla a las previsiones del futuro Código Civil de Cataluña.

En efecto, de forma paralela a la publicación de las citadas Bases para un Proyecto de Ley de Infancia se ha publicado, impulsado por la Consellería de Justicia, el Anteproyecto de Ley por el que se aprueba el Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (abril 2006). En el Capítulo VI, relativo a la protección de los menores desamparados, se incorporan las materias reguladas en la Ley 37/1991 como legislación civil. Una de las novedades es que la declaración de desamparo se reserva para aquellos casos en que sea necesario adoptar una medida de protección que implica la separación del menor de su familia (art. 226-1.2). Ahora bien, las novedades más destacables serían el establecimiento de un plazo de dos meses para impugnar la resolución de desamparo ante la autoridad judicial (art. 226-2.1). De forma paralela se prevé que los padres o tutores ordinarios, en caso de cambio sustancial de circunstancias, puedan solicitar a la Administración, en el plazo máximo de dos años, que deje sin efecto el desamparo y consiguiente tutela administrativa (art. 226-5). Por otra parte, la constitución del acogimiento preadoptivo tiene —al igual que el acogimiento familiar simple— carácter administrativo, y ya no se requerirá el asentimiento de los padres (art. 235-36).

[118] Por otra parte, las citadas leyes dirigidas a la protección de menores han sido objeto de desarrollo reglamentario. Así, debe destacarse el Decreto 2/1997, de 7 de enero, de aprobación del Reglamento de protección de menores desamparados, modificado por el Decreto 127/1997, de 27 de mayo y por el Decreto 62/2001, de 20 de febrero.

2. La normativa estatal e internacional sobre protección de menores aplicable en Cataluña

En materia de protección de menores son de aplicación en Cataluña, no sólo las normas dictadas por el legislador catalán, a las que se ha hecho referencia en el apartado anterior, sino también ciertas leyes estatales. En efecto, como se ha dicho, el Estado tiene competencia en materia de "Administración de Justicia", "legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades autónomas" y "nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo" (arts. 149.1.2ª, 5ª y 6ª). Por otra parte, las materias que la Constitución ha reservado a la ley orgánica también deberán ser reguladas por una Ley estatal. Así, también serán aplicables en Cataluña ciertos preceptos de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: aquellos que tiene carácter orgánico y los dictados en ejercicio de alguna de las competencias del Estado a las que se ha hecho mención (art. 3, art. 4, art. 5 apartados 1, 2 y 5, art. 6, art. 7 apartados 2 y 3, art. 8 apartados 1, 2 a) y b) y 3, art. 9, art. 10 apartados 2 c), 3 y 4, art. 21.4 y art. 23).

Asimismo, la Constitución establece en su art. 39 que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos". Al amparo de este precepto constitucional, los menores gozan en España y, por tanto, también en Cataluña de la protección prevista en los Acuerdos y Tratados internacionales suscritos por España. Debe destacarse la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidad el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990[119].

[119] De igual modo, en virtud del art. 39 de la Constitución todos los menores gozan en España, también en Cataluña, de la protección prevista, entre otros, en el Convenio de la Haya número X, de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de las autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores (ratificado por España el 29 de abril de 1987); el Pacto internacional de Derecho Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (ratificado por España el 13 de abril de 1977); el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales de 19 de diciembre de 1966 (ratificado el 13 de abril de 1977); el Convenio de la Haya número XXVIII, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (ratificado el 28 de mayo de 1987); el Convenio de la Haya número XXXIII, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (ratificado el 30 de junio de 1995). Asimismo, en el marco de la legislación europea son aplicables el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979); el Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980, instrumento de ratificación de 9 de mayo de 1984; la Recomendación 1286 (1996), de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre una estrategia europea para los niños, de 24 de enero de 1996; la Resolución número C 148/37, de 16 de junio de 1986, del Parlamento Europeo, sobre una carta europea de los niños hospitalizados; la Recomendación 92/241/CEE, de 31 de marzo de 1992, del Consejo de las Comunidades Europeas sobre el cuidado de los niños

La Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, establece en su art. 3 (precepto con carácter orgánico), bajo el título *Referencia a Instrumentos Internacionales*, dispone lo que sigue:

> *"Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.*
>
> *La presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.*
>
> *Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley y a la mencionada normativa internacional".*

Asimismo, el legislador catalán, en el art. 4 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, bajo el título *Interpretación de las normas relativas a los niños y los adolescentes*, ha establecido lo que sigue:

> *"1. La interpretación de la presente Ley, de las normas que la desarrollan y de las demás disposiciones de la Generalidad relativas a los niños y los adolescentes debe realizarse de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Estado español y especialmente de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, la Carta Europea de los derechos del niño y todas las resoluciones sobre infancia y adolescencia aprobadas por el Parlamento de Cataluña.*
>
> *2. Los poderes públicos deberán garantizar el respeto de los derechos del niño y el adolescentes y deben adecuar sus actuaciones a la presente Ley y a la normativa internacional sobre esta materia".*

Por tanto, los menores, *todos* los menores que se encuentre en territorio español, sin discriminación de ningún tipo, gozan de los derechos y la pro-

---

y de las niñas; la Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño; la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo; la Recomendación 98/560/CE, de 24 de septiembre de 1998, del Consejo, relativa al desarrollo e la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información mediante la promoción de marcos nacionales destinados a lograr un nivel de protección comprable y efectivo de los menores y de la dignidad humana; la Resolución del Parlamento Europeo sobre la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la aplicación de las medidas de lucha contra el turismo sexual que afecta a los niños (COM (1999) 262- C5-0096/99- 1999/2097(COS) (Acta de 30 de marzo de 2000); Decisión de 29 de mayo de 2000, del Consejo relativa a la lucha contra la pornografía infantil en internet (2000/375/JAI); Decisión Marco del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (2004/68/JAI).

tección reconocida en los acuerdos y convenios internacionales suscritos por España. Por otra parte, todas las disposiciones legales sobre protección de menores deberán, asimismo, interpretarse de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por España y, en especial, de conformidad con la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Carta Europea de los Derechos del Niño.

CAPÍTULO III
LA CONDICIÓN DE MENOR Y SU POSICIÓN JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO. PRINCIPIOS RECTORES DE LA PROTECCIÓN PÚBLICA DE LOS MENORES

I. LA CONDICIÓN DE MENOR

1. La condición de menor. Los niños y los adolescentes

El estudio de la protección pública de los menores hace necesario precisar el concepto de menor acogido por nuestro Ordenamiento jurídico. Pues bien, la Constitución establece en su art. 12 que "los españoles son mayores de edad a los dieciocho años". En el mismo sentido se expresa el art. 315 del Código Civil. Los españoles llegan, pues, a la mayoría de edad al cumplir los dieciocho años; momento a partir del cual tienen reconocida plena capacidad de obrar (art. 322 del Código Civil). Por tanto, en nuestro Ordenamiento tienen la condición de menores de edad aquellas personas que todavía no han llegado a los dieciocho años[120].

Por otra parte, los derechos que en nuestro Ordenamiento se reconoce a los menores, también el derecho a la protección pública, se extienden a *todos* los menores que se encuentren en territorio español, con independencia de que ostenten o no la nacionalidad española[121]. Por tanto, nos hemos de preguntar si la regla de la mayoría de edad que acoge nuestro Ordenamiento también es aplicable a los extranjeros.

Pues bien, a estos efectos el Código civil dispone en su art. 9.1 que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Por tanto, las personas adquieren la mayoría de edad y, por consiguiente, dejan de ser menores de conformidad a lo establecido en la legis-

[120] Sin embargo, la mayoría de edad se ha ido fijando en nuestro Derecho histórico a distintas edades. Vid. MORENO TRUJILLO, Eulalia, "Actuaciones de protección del menor", en *Protección jurídica del menor*, Ed. Comares, Granada, 1997, pág. 49.

[121] En el ámbito estatal, art. 1 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Por lo que se refiere a Cataluña, art. 1 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y art. 1 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes.

lación del Estado del que ostenten la nacionalidad, ya que se aplica la ley personal. Ahora bien, el referido precepto precisa que "el cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior"[122].

Por tanto, los menores extranjeros adquieren la mayoría de edad conforme a la legislación del país del que sean nacionales. Sin embargo, en caso de que estas personas hubieran adquirido la nacionalidad española, se aplicarán las normas de nuestro Ordenamiento al efecto de determinar la mayoría de edad, a no ser que ya hubieran adquirido la mayoría de edad conforme a la legislación del Estado del que anteriormente tenían la nacionalidad.

Ahora bien, la cuestión es si las reglas para determinar la mayoría de edad a efectos de adquirir plena capacidad de obrar en el ámbito civil también son aplicables en el campo de la protección pública de menores[123]. Pues bien, para dar respuesta a la cuestión planteada se acudirá en primer lugar a los acuerdos internacionales. Nuestra Constitución —como se ha visto— ha reconocido a los menores "la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos" (art. 39.4). Así, la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), dispone en su art. 1 que "para los efectos de la presente Convención, *se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*"[124]. En consonancia con esta nor-

[122] Este precepto ha sido dictado en ejercicio de la competencia que la Constitución atribuye al Estado en el art. 149.1.8 con carácter exclusivo para dictar las "normas para resolver los conflictos de leyes".

[123] Debe advertirse que en las relaciones con la Administración pública, nuestro Ordenamiento reconoce a los menores de edad plena capacidad de obrar "para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela" (art. 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Pues bien, el derecho del menor a la protección pública es un derecho de carácter personal que puede ejercer y reclamar el menor por sí mismo (art. 162.1 del Código Civil en relación con el art. 10 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor).

[124] De igual modo, la Carta Europea de los Derechos del Niño (aprobada por Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992 del Parlamento Europeo) establece en su art. 8.1 que "se entenderá por niño todo ser humano hasta la edad de dieciocho años, salvo que éste, en virtud de la legislación nacional que le sea aplicable, haya alcanzado con anterioridad la mayoría de edad. A efectos penales, se considerará la edad de dieciocho años como mínima para serle exigida la responsabilidad correspondiente". No obstante, existen algunas normas internacionales que establecen una edad distinta a los efectos de su aplicación. Así, por ejemplo, el Convenio de la Haya número XXVIII, de 20 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (ratificado por España el 28 de mayo de 1987) dispone en su art. 4 que dejará de aplicarse "cuando el menor alcance la edad de dieciséis años". Y el Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayor de 1980 (ratificado por España el 9 de mayo de 1984) considera menor a los efectos de su aplicación a las personas de edad inferior a los dieciséis años.

mativa, el legislador estatal ha dispuesto en el art. 1 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que la misma se aplicará "*a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la Ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad*".

En definitiva, en nuestro Ordenamiento, como se ha visto, tienen la condición de menor y, por tanto, el derecho a la protección pública que nuestro Ordenamiento reconoce a todos los menores, las personas que no han cumplido los dieciocho años, salvo que en virtud de la Ley personal que les fuera aplicable hubieran alcanzado con anterioridad la mayoría de edad.

Por otra parte, en nuestro sistema jurídico, diversas normas distinguen dentro de los menores: los niños y los adolescentes. Así, en Cataluña, a los efectos de aplicación de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, y las normas que la desarrollan "se entiende por *niño* toda persona menor de doce años y por *adolescente* toda persona con una edad comprendida entre los doce y la mayoría de edad establecida por la Ley" (art. 2)[125]. En consecuencia, en Cataluña, la edad de doce años marcaría el paso de la infancia a la adolescencia[126]. Esta edad ya había sido prevista por el legislador estatal y ciertos legisladores autonómicos como momento a partir del cual era obligatorio escuchar al menor en los procedimientos que le afecten[127]. A partir de la edad de doce años se considera que el menor ya tiene suficiente juicio o capacidad para discernir sobre alcance de las actuaciones que le afectan[128].

[125] La Ley catalana 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias, en su art. 5 ha acogido la distinción entre niño y adolescente contemplada en la referida Ley 8/1995, de 27 de julio, a los efectos de aplicación de lo dispuesto en la misma. Sin embargo, la Ley catalana 8/2002, de 27 de mayo, modificó la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de protección de los menores desamparados y reguló un nuevo ámbito de protección: "la atención especial a los *adolescentes* con conductas de alto riesgo social"; esta Ley distingue dentro de los menores los adolescentes, alude a la infancia y la adolescencia (art. 44 b) y, sin embargo, no establece que debemos entender por tales. En consecuencia, en este último caso, deberá aplicarse el concepto de adolescente acogido por la referida Ley 8/1995, de 27 de julio (art. 2).

[126] Esta distinción también ha sido contemplada, entre otras, por la Ley de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia (art. art. 2.3); por la Ley gallega 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia (art. 2.2); la Ley de la Comunidad de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (art. 2); la Ley del País Vasco 3/2005, de 18 de febrero, de la atención y protección a la infancia y la adolescencia (art. 2); o la Ley de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y la adolescencia (art. 2.5 y 6).

[127] Así, se prevé, por ejemplo, en el art. 159 del Código Civil; en la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre (art. 5.4) o en la Ley de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores (art. 11). No obstante, sobre el derecho del menor a ser escuchado se debe estar a lo previsto en el art. 9 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero.

[128] Por otra parte, en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores se ha concretado en los *catorce años* el límite mínimo para exigir responsabilidad, "con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son

2. La determinación de la condición de "menor" en el caso de los inmigrantes indocumentados

Las personas ostentan, pues, la condición de menor hasta el momento en que cumplen los dieciocho años, a no ser que conforme a su ley personal hubieran adquirido la mayoría edad con anterioridad. Por tanto, la mayoría de edad del extranjero viene determinada por la aplicación de su propia ley nacional (art. 9.1 del Código Civil). De manera que nos podemos encontrar con la presencia en España de personas extranjeras que conforme a la legislación de su país adquieren la mayoría de edad a una edad distinta[129].

El problema estriba en la dificultad que entraña conocer aquellas legislaciones extranjeras que acogen una edad distinta a los dieciocho años para establecer la mayoría de edad. A este respecto debe tenerse en cuenta que la carga de probar el contenido y la vigencia del derecho extranjero corresponde a quien lo invoca (art. 12.6 del Código civil). En cualquier caso, a efectos de brindar protección pública a los menores, se aplicará la presunción *iuris tantum* de que es menor todo extranjero que no haya cumplido aún los dieciocho años[130].

Por otra parte, en el caso de los menores inmigrantes no acompañados se plantea generalmente el problema de conocer su verdadera edad. En efecto, algunos menores inmigrantes llegan a España solos, sin la compañía de un adulto que vele por ellos y sin documentación[131]. Estos menores, que hasta

---

suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado", según se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, de reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Así, el art. 3 de la referida Ley dispone que cuando el autor de un ilícito penal "sea menor de *catorce años*, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes".

[129] Ahora bien, en la legislación de los diversos países se constata un proceso de armonización o convergencia encaminado a fijar con carácter general la mayoría de edad precisamente a partir de los dieciocho años. Así lo pone de relieve la Circular de la Fiscalía General 3/2001 sobre "Actuación del Ministerio Fiscal en Materia de Extranjería". Por otra parte, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, en la Observación General nº 6, de 1 de septiembre 2005, sobre el "Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen" (CRC/GC/2005/6) dispone que, a los efectos del art. 1 de la Convención, se entiende por niño "todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad". A continuación añade que "ello quiere decir que los instrumentos legales que rigen la situación de los menores (se refiere a los inmigrantes no acompañados) dentro del territorio del Estado no pueden definir al niño de una manera que se aparte de las normas que determinan la mayoría de edad en ese Estado.

[130] Art. 35.1 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, reformada por las Leyes orgánicas 8/2000 y 14/2003. Ver, asimismo, la Circular de la Fiscalía General 3/2001 sobre "Actuación del Ministerio Fiscal en Materia de Extranjería".

[131] De la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001 sobre "Actuación del Ministerio Fiscal en Materia de Extranjería" resulta que los menores extranjeros pueden encontrarse en España en dos situaciones distintas: 1) menores que han venido acompañados de sus

ahora proceden generalmente de Marruecos o Argelia, saben que si no facilitan sus datos personales y su nacionalidad hacen más difícil que la Administración los devuelva al país del que emigraron[132]. Por otra parte, conocen que la condición de menor les puede reportar ciertas ventajas legales. Por ello, en ciertos casos ocultan su verdadera edad o se hacen pasar por menores de edad cuando ya no lo son.

Pues bien, respecto a la determinación de la edad y la protección de los posibles menores extranjeros indocumentados, la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma de la Ley 8/2000, en su art. 35.1 establece lo que sigue:

> *"1. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias"*[133].

---

padres o tutores; 2) menores no acompañados por ninguna persona responsable de su guarda y custodia. Quedarían comprendidos en el primero supuestos aquellos menores que, aunque no están acompañados de un guardador, se encuentran regularmente en España con el consentimiento de sus representantes legales; por ejemplo, aquellos menores que han venido con una autorización de estancia por estudios o en un programa de desplazamiento temporal (art. 93 del Reglamento de extranjería aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre). También quedarían comprendidos en el primer supuesto aquellos menores acompañados por un mero guardador de hecho (por ejemplo, un familiar próximo) pues esta figura es admitida en derecho como una forma de ejercer la facultad-deber de guarda sobre los menores (art. 303 del Código Civil y art. 12.2 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero); esta situación puede resultar frecuente en otras culturas y debe tenerse en cuenta que las relaciones parterno-filiales, la tutela y demás instituciones de protección del menor se rigen en primer lugar por la ley nacional del menor (art. 9.4 del Código Civil).

[132] Ver el trabajo coordinado por Marta COMAS, *L'atenció als menors immigrants no acompanyats a Catalunya. Anàlisi de la realitat i propostes d'actuació,* finestra oberta, Fundació Jaume Bofill, enero de 2001, núm. 19, en particular págs. 76 y ss.; COMAS, Marta y QUIROGA, Violeta, *Menors que emigren sols del Marroc a Catalunya,* Editorial Mediterrània, Barcelona, 2005.

[133] En cambio, con anterioridad a la reforma, el art. 32.2 de la Ley disponía que "En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a una persona indocumentada, respecto de la que no pueda ser establecida con exactitud si es mayor o menor de edad, lo pondrán en conocimiento de los Juzgados de Menores para la determinación de la identidad, edad y comprobación de las circunstancias personales y familiares...". Por tanto, correspondía a los Jugados de Menores realizar las diligencias necesarias para comprobar la identidad, la edad y los demás datos personales y familiares del inmigrante. Sin embargo, desde la doctrina se criticaba la competencia de los Juzgados de Menores, puesto que se trata de un órgano judicial al que la Ley atribuye el conocimiento de los delitos o faltas cometidos por los menores (art. 97 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Así, se alegaba que la atribución de dicha competencia a los Juzgados de menores venía a criminalizar la presencia de los menores en España. Vid. FABREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *Protección jurídica del menor inmigrante,* Colex, Madrid, 2001, págs. 118-119.

Este precepto resulta de aplicación en aquellos casos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen, por razones distintas a la imputación de la comisión de un ilícito penal, a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda establecerse con seguridad[134]. La finalidad del mismo es impedir la incoación de un expediente sancionador por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y, en particular, aquellos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o la medida cautelar de internamiento, contra aquellas personas respecto de las cuales no se haya establecido con las debidas garantías que son mayores de edad. En caso de verificarse la minoría de edad del extranjero, se le deberá brindar la protección y asistencia prevista en nuestro Ordenamiento para todos los menores que se encuentre en territorio español, con independencia de que sean o no nacionales, tal como resulta de lo dispuesto en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (art. 1)[135].

A los efectos de la protección pública de los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, el citado art. 35.1 de la Ley de Extranjería vendría a establecer una presunción *iuris tantum* de minoría de edad al efecto de brindarles la atención inmediata que precisen. En efecto, el mismo dispone que mientras no pueda ser establecida con seguridad la minoría de edad "*se le dará*, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise"[136].

Por otra parte, en cuanto a la autoridad competente para precisar la edad del extranjero indocumentado y, por tanto, determinar si es o no menor de edad, el referido art. 35 de la Ley de Extranjería se limita a establecer que el Fiscal "dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario (y urgente), realizarán las pruebas necesarias"[137]. De forma que no correspondería al Fiscal identificar al menor, ni determinar sus circunstancias personales o fami-

[134] En el supuesto de que el posible menor de edad hubiera sido detenido por la comisión de un hecho delictivo, deberá ser puesto a disposición del Juez de Instrucción. En este caso, el Juez de Instrucción es el órgano competente para ordenar la práctica de las diligencias encaminadas a determinar la edad del detenido (arts. 375 y 789.5 regla 3ª de la LECr.). Ver la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2001, de 28 de junio y la Circular 1/2000

[135] Ver la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2001, de 28 de junio "Acerca de la interpretación del actual art. 35 de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social".

[136] El Reglamento dictado para la ejecución de la Ley (aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre) dispone en su art. 92.1 que "*1. En los supuestos en que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tengan conocimiento de, o localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, informará a los Servicios de Protección de Menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor.*".

[137] En este punto, el art. 92.1 del Reglamento añade que las instituciones sanitarias colaborarán no sólo con carácter prioritario —como dice la Ley— sino también con carácter "urgente".

liares. El precepto no precisa quien deberá realizar las referidas averiguaciones. De una interpretación del art. 35 de la Ley en relación con el art. 92 del Reglamento de desarrollo (aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre) parece resultar que correspondería a la Administración del Estado, a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado indagar la edad y demás circunstancias del supuesto menor[138].

Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado solicitarán al Ministerio Fiscal las autorizaciones oportunas para realizar las pruebas periciales que permitan determinar la edad. Así, las diligencias de identificación las realizarán las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pero el menor debería asistir acompañado del personal cualificado de los servicios de protección de menores que, en todo momento, velarán porque el menor reciba la necesaria atención. Debe tenerse en cuenta que la Ley de extranjería, como se ha visto, establece una presunción inicial de minoría de edad. Además, se trata de una persona en una situación de hecho de desamparo y, por tanto, si se verifica su minoría de edad la Administración competente deberá asumir su tutela.

En la actualidad, la técnica utilizada para la determinación de la edad es la denominada Greulich-Pile, consistente en una radiografía de muñeca[139]. Las Administraciones competentes deberían determinar los centros hospitalarios en los que es posible realizar estas pruebas y, asimismo, adoptar las medidas necesarias para que las mismas se lleven a cabo de forma prioritaria y urgente,

[138] En cambio, en aquellos casos en que no exista duda acerca de la minoría de edad del inmigrante indocumentado, este pasará de forma inmediata a disposición de los servicios de protección de menores de la Administración autonómica competente. Ahora bien, en estos casos también será necesario precisar la edad; por ejemplo, con el fin de conocer si el menor ha alcanzado la edad que le permite ejercer su derecho a trabajar, para establecer si tiene derecho a la educación obligatoria o para saber cuando finaliza la tutela de la Administración. Pues bien, en estas circunstancias corresponde a la Administración autonómica la determinación precisa de la edad. Ahora bien, en consideración a los perjuicios que las pruebas radiológicas podrían comportar para la salud, sólo deberían realizarse las mismas cuando la determinación precisa de la edad fuese inaplazable para el correcto ejercicio de algún derecho del menor. En otro caso será preferible acudir a pruebas documentales. En este sentido se pronuncia el Defensor del Menor de Andalucía, en su Informe sobre "Menores Inmigrantes en Andalucía", (diciembre 2003), págs. 255-257.

[139] Sin embargo, estas pruebas no son fiables. Según pone de relieve FABREGA RUIZ, "la Comisión Suiza de Recurso en materia de Asilo en su decisión de 12 de septiembre de 2000 ha llegado a la conclusión de que los resultados de un examen radiográfico de la mano no puede aportar una prueba fiable de la edad del interesado, basándose fundamentalmente en que la edad de los huesos puede tener variaciones en función de la raza y el sexo del individuo". Cfr. FABREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *Protección jurídica del menor inmigrante,* Colex, Madrid, 2001, pág. 121, nota 179. En Cataluña, el porcentaje de acierto del diagnóstico de edad a partir de la radiografía de muñeca contrastada con la edad real de los MEINA acreditada documentalmente es de un 34% de acierto frente a un 66% de desacierto; tal como resulta del estudio de CAPDEVILA, M. y FERRER, M., "El menors estrangers indocumentats no acompanyats (MEINA) (1998-2002)", cuyos resultados aparecen publicados en el Boletín *Justidata* nº 35, de abril de 2003, editado por el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Cataluña.

tal como establecen el art. 35.1 *in fine* de la Ley de Extranjería y el art. 92.1 del Reglamento de desarrollo[140].

La realización de esta prueba por los servicios sanitarios plantea la cuestión del consentimiento del menor a la misma. En la medida que se trata de ejercer un derecho de la personalidad, aquellos menores que tengan suficiente madurez deberán prestar su consentimiento[141]. Si el menor no hubiera alcanzado un grado de madurez suficiente sería necesaria la intervención de su representante legal. Teniendo en cuenta que el menor inmigrante se encuentra solo e indocumentado, corresponderá al Ministerio Fiscal asumir la representación de los menores que no tengan condiciones de madurez y, por tanto, dar su consentimiento a la realización de la prueba radiológica[142].

En cambio, cuando el menor tenga suficiente madurez se le deberá informar acerca de la prueba y solicitar su consentimiento. En el supuesto de que se negara a la práctica de la misma, sería necesaria la intervención del Juez que, mediante resolución motivada, acordará su realización. Ahora bien, se plantea la cuestión del Juez competente. Con anterioridad a la reforma de la Ley orgánica 4/2000, operada por la Ley orgánica 8/2000, correspondía a los Juzgados de Menores adoptar tal decisión[143]. Sin embargo, en la actualidad, ni la legislación de extranjería ni la de protección de menores establece nada al respecto. Así, teniendo en cuenta que los Juzgados de primera instancia tienen atribuida la competencia para conocer los recursos interpuestos contra las resoluciones administrativas en materia de protección de menores[144], desde la doctrina se concluye que también corresponde a este órgano judicial acordar la práctica de la prueba médica dirigida a determinar la edad del inmigrante indocumentado. Una vez el Juez ordena la práctica de la prueba, si el inmigrante indocumentado se negara a someterse a la misma podría aplicarse la doctrina del Tribunal Supremo sobre pruebas biológicas de paternidad y declararse judicialmente la mayoría de edad[145].

Por otra parte, el traslado del inmigrante al centro sanitario y la permanencia en el mismo durante el tiempo necesario para determinar la edad es una situación de privación de libertad, análoga a la contemplada en el art. 20.2

[140] En cada una de las Comunidades Autónomas, los listados de centros hospitalarios deberían ser puestos a disposición de la Administración del Estado (Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado) y de los Servicios de Protección de Menores, tal como aconseja el Defensor del Menor de Andalucía en su Informe sobre los "Menores Inmigrantes en Andalucía" (diciembre 2003), pág. 391.

[141] Art. 162 del Código Civil.

[142] Art. 3.7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

[143] El art. 32.2 atribuía a los Juzgados de Menores la competencia para determinar la identidad, la edad del menor y sus circunstancias personales y familiares.

[144] Art. 779 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

[145] Este es el parecer de FABREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *Protección... cit.*, pág. 122.

de la Ley orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana[146]. En consecuencia, deberán aplicarse las garantías constitucionales del art. 17 de la Constitución, en los términos expresados por las SSTC 341/93, de 18 de noviembre y 86/96, de 21 de mayo. Así, la situación de privación de libertad "no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario" para determinar la edad. Además, el indocumentado deberá ser informado de manera inmediata y comprensible de las razones de su situación de privación de libertad y de sus derechos[147].

Asimismo, el apartado 5 del propio art. 35 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros, establece que "*Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta de la prevista en este apartado*". Esta norma se dirige a evitar que la gran movilidad de los menores de una parte a otra del territorio obligue a seguir todo el procedimiento de identificación del menor cada vez que sea localizado por las autoridades.

Así, el art. 111 del Reglamento de ejecución de la Ley orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre) establece que "en la Dirección General de la Policía existirá un *Registro de menores extranjeros no acompañados a los solos efectos de identificación, que contendrá: a) nombre y apellidos, nombre de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad, última residencia en el país de procedencia; b) su impresión decadactilar; c) fotografía; d) centro de acogida donde resida; e) organismo público bajo cuya protección se halle; f) resultado de la prueba médica de determinación de la edad, según informe de la clínica médico forense; g) cualesquiera otros datos de relevancia a los citados efectos de identificación, incluidos los que puedan facilitar la escolarización del menor*". Asimismo, el precepto dispone que "*los servicios competentes de protección de menores a los que se refiere el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando tengan conocimiento de que un menor se halle en situación de desamparo, deberán comunicar, con la mayor brevedad, a la Dirección General de la Policía, a*

[146] Así se ponía de relieve en la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, de la Fiscalía General del Estado, en la que se brindaba una "interpretación del actual art. 35 de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social".

[147] Sin embargo, en la citada Instrucción se considera que no es necesaria la asistencia de abogado, pese a tratarse de una diligencia policial, pues tal asistencia sólo es obligada en los términos establecidos en las leyes y el art. 520.2 c) de la LECr limita esta garantía a las diligencias de declaración y los reconocimientos de identidad de los detenidos, sin que el presente caso sea incardinable en estos supuestos.

través de sus órganos periféricos, los datos que conozcan relativos a la identidad del menor conforme lo dispuesto en el párrafo anterior".

Los datos del Registro sólo podrán ser utilizados para la identificación de los menores[148]. La existencia del referido Registro facilita el cumplimiento de la previsión del citado art. 35.5 de la Ley de extranjería que contempla la utilización por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de "las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados". El cotejo de las fichas dactilares y la comprobación de fotografías, facilita la identificación de los menores a través de las referencias que sobre los mismos puedan existir en alguna institución pública, nacional o extranjera, encargada de su protección. Asimismo, según resulta del citado art. 111 del Reglamento, en el Registro de menores extranjeros no acompañados se hará constar el "resultado de la prueba médica de determinación de la edad, según informe de la clínica médico forense".

3. Los menores emancipados y habilitados de edad: la cuestión de su protección pública

En primer lugar, conviene poner de relieve que la emancipación no supone la adquisición de la mayoría de edad[149]. Los menores que han sido emancipados siguen teniendo la condición de menores y, en consecuencia, deberán gozar de los derechos y protección que nuestro Ordenamiento reconoce a los mismos.

Sin embargo, desde una perspectiva jurídico-civil, el menor emancipado *tiene la consideración* de mayor edad. Las normas civiles disponen que "la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes *como si fuera* mayor"[150]. Esta institución, configurada en interés del menor, permite adelantar su independencia. Así, la emancipación de los hijos menores supone la extinción de la patria potestad[151]. Ahora bien, a pesar de ello, las normas que

[148] La Dirección General de Policía no podrá utilizar ni ceder los datos del Registro de menores extranjeros no acompañados que haya obtenido de otras entidades, para desarrollar otras actuaciones en el ámbito de la extranjería distintas de la identificación de extranjeros (por ejemplo, tomar noticia de datos familiares para incoar un expediente de expulsión a un adulto). Así se pone expresamente de relieve en la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001, de 21 de diciembre, relativa a la "Actuación el Ministerio Fiscal en materia de extranjería".

[149] El art. 314 del Código Civil establece los supuestos en los que se produce la emancipación: 1º. Por la mayor edad. 2º Por el matrimonio del menor; 3º. Por concesión de los que ejerzan la patria potestad; 4º. Por concesión judicial. Por otra parte, el art. 319 del Código Civil dispone que "se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independiente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento".

[150] Art. 323 del Código Civil y, en Cataluña, art. 159 del actual Código de Familia.

[151] Así lo dispone el art. 169.2 del Código Civil y, en Cataluña, el art. 158 del Código de Familia.

regulan esta institución contemplan ciertas actuaciones de contenido patrimonial para las que se requiere complementar la capacidad del menor emancipado y que, por tanto, éste no puede realizar sin el consentimiento de sus padres hasta llegar a la mayoría de edad[152]. Al efecto de proteger el patrimonio del menor, la emancipación del menor no supone la adquisición de plena capacidad de obrar a efectos patrimoniales[153].

Las normas jurídico-civiles se han preocupado de la protección del patrimonio de los menores emancipados. Pero en nuestro Ordenamiento, por encima del patrimonio, está la propia persona, su dignidad y el pleno desarrollo de su personalidad[154]. Por ello, la emancipación no podrá suponer menoscabo del derecho que tienen reconocido los menores a recibir asistencia y protección de las Administraciones públicas cuando padezcan situaciones de riesgo, desamparo o dificultad social.

Por lo que se refiere al beneficio de la mayor edad o habilitación de edad es una emancipación por decisión judicial referida a menores sujetos a tutela civil. Los menores de más de dieciséis años bajo tutela civil pueden solicitar al Juez el beneficio de la mayor. La obtención del beneficio de la mayor edad supone la extinción de la tutela civil u ordinaria y la emancipación del menor[155].

Pues bien, la cuestión que se plantea, y sobre la que la doctrina civil se encuentra dividida, es si el derecho que nuestro Ordenamiento reconoce a los menores en situación desamparo a ser protegidos por las Administraciones públicas, a través de la figura de la tutela administrativa, alcanza también a los menores emancipados y a los que hubieran obtenido el beneficio de la mayor edad[156].

Con el fin de brindar la debida respuesta a la cuestión planteada, es fundamental tener en cuenta que los derechos y la protección que nuestro Ordenamiento brinda a los menores alcanzan a *todas* aquellas personas que no han

[152] Así, el menor emancipado no podrá tomar dinero en préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor (art. 323 del Código Civil). En Cataluña, art. 159 del Código de Familia.

[153] La preocupación de las normas que regulan la emancipación de los menores se centra, como vemos, en los aspectos patrimoniales y, por ello, no reconocen plena capacidad de obrar al menor emancipado para realizar determinados actos de contenido patrimonial. En cambio, la perspectiva que a efectos de este trabajo interesa son los aspectos personales.

[154] Nuestra Constitución proclama que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1).

[155] Art. 321 en relación con el 276.4 del Código Civil y, en Cataluña, art. 220 del Código de Familia.

[156] Por lo que se refiere a los menores en situación de desamparo, en Cataluña les reconoce el derecho a la protección pública el art. 19 de la Ley catalana 8/1995, en relación con el art. 1 de la Ley catalana 37/1991 y, a nivel estatal, art. 10.2 a) en relación con el art. 12 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

cumplido los dieciocho años, salvo que en virtud de la ley personal que les fuera aplicable hubieran alcanzado antes la mayoría de edad[157]. Por tanto, los menores emancipados y habilitados de edad también deberán gozar de los derechos y la protección que nuestro Ordenamiento reconoce a todos los menores, ya que no se establece ninguna excepción a este respecto. Por lo que se refiere al derecho de los menores a la protección pública, la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, atribuye a las Administraciones públicas la obligación de "prestar la atención inmediata que precise *cualquier menor*"[158]. Los poderes públicos deberán garantizar en todo caso los derechos de los menores y el pleno desarrollo de su personalidad y, por ello, deben brindarles la atención y protección necesaria (arts. 10.1, 14 y 17 LOPJM).

Pues bien, la tutela administrativa de los menores en situación de desamparo constituye una de las técnicas jurídicas que nuestro Ordenamiento arbitra para brindar asistencia y protección pública a los menores. Sin embargo, las características de esta institución han llevado a una parte de la doctrina civil a cuestionar su aplicación a los menores emancipados.

En efecto, un sector de la doctrina considera que los menores emancipados o los que hubieran obtenido el beneficio de la mayor edad no podrían quedar comprendidos en el concepto de menor desamparado y, en consecuencia, sometidos a la tutela de la Administración pública, puesto que la emancipación constituye un medio para anticipar su independencia y reconocerles capacidad de obrar similar a la de los mayores. En favor de esta tesis se aduce que la emancipación supone la extinción de la patria potestad y el beneficio de la mayor edad la extinción de la tutela civil[159]. Sin embargo, cuando el legislador ha regulado la figura de la tutela administrativa para brindar protección a los menores desamparados ha contemplado, de forma general, los menores sujetos a la patria potestad o la tutela ordinaria. Así, el legislador ha dispuesto que la asunción de la tutela por la Administración pública implica la *suspensión* de la patria potestad o de la tutela ordinaria durante el tiempo de aplicación de la medida[160].

Por otra parte, la situación legal de desamparo se ha configurado como una situación de hecho que deriva fundamentalmente del incumplimiento o

[157] Art. 1 de la Convención de Nacionales Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989; art. 8.1 de la Carta Europea de los Derechos del Niño y art. 1 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

[158] Debe recordarse que a efectos de aplicación de la Ley tiene la consideración de menor toda persona que no haya cumplido los dieciocho años. Por tanto, quedarían comprendidos los menores emancipados.

[159] Art. 169.2 y art. 276.4 del Código Civil y, en Cataluña, art. 158 c) y art. 220 del Código de Familia.

[160] Art. 172.1 del Código Civil y, en Cataluña, art. 164.2 del Código catalán de Familia aprobado mediante Ley 9/1998, de 18 de julio, y art. 3.2 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre.

del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes legales de protección establecidos para la guarda de los menores[161]. De forma que se requeriría un nexo causal entre la falta de cumplimiento de los deberes de protección por parte de los responsables legales y la situación de hecho de desprotección propia del desamparo. Requisito para la declaración de desamparo que no concurrirá en el caso de los menores emancipados. La emancipación y el beneficio de la mayor edad suponen la extinción de la patria potestad y la tutela civil y, por tanto, ya no recaen sobre los padres o tutores los deberes legales inherentes a la guarda de los menores[162].

Además, de la propia legislación se extrae un argumento más a favor de la referida tesis doctrinal. Así, entre otras, la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, de protección de los menores desamparos dispone en su art. 3.1 que la resolución de desamparo comporta la asunción automática por la Administración de las funciones tutelares sobre el menor *mientras el menor "no se emancipe"* o no llegue a la mayoría de edad[163]. Por tanto, a partir del momento de la emancipación el menor dejaría de estar sometido a la tutela de la Administración. Lo que llevaría a concluir que los menores emancipados no quedan sometidos a la tutela de la Administración.

Ahora bien, frente a este último argumento, debe decirse que el hecho de que la tutela administrativa finalice con la emancipación del menor no puede llevar a concluir que los menores emancipados en situación de desprotección no puedan ser protegidos por la Administración. En efecto, la tutela administrativa podría cesar con la emancipación, pero esta emancipación ha sido voluntariamente aceptada por el menor que conoce las consecuencias de la misma y se siente preparado para afrontar su nueva vida independiente. En cambio, la situación es muy distinta en el caso del menor que un día, por las razones que fueran, fue emancipado por sus padres o por otra vía y ahora se encuentra en una situación de necesidad que requiere la protección pública.

Así, desde otro sector de la doctrina se mantiene que la figura de la tutela de la Administración debe aplicarse a *todos* los menores que se encuentren en una situación objetiva de desamparo o desprotección, con independencia de su estado jurídico civil, de que hubieran sido emancipados o habilitados

[161] Art. 172.1 del Código Civil y art. 3.2 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

[162] Vid. BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 68-69.

[163] En el mismo sentido el art. 164.1 de la Ley catalana 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. Esta previsión aparece, asimismo, entre otras normas, en la Ley de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (art. 53 d) o en el Decreto del Gobierno andaluz 42/2002, de 12 de febrero, de régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa (art. 44).

de edad[164]. En favor de esta posición doctrinal puede aducirse que los derechos que nuestro Ordenamiento reconoce a los menores y, por tanto, también el derecho a la protección pública —que podrá hacerse efectivo a través de una u otra técnica— corresponden a *todas* las personas menores de edad, con independencia de cualquier otra circunstancia. La emancipación de un menor no supone la adquisición de la mayoría de edad; es una institución arbitrada en interés del menor que simplemente le habilita para regir su persona y bienes *como si fuera* mayor edad[165]. La figura de la tutela administrativa de los menores desamparados se dirige precisamente a garantizar a los menores el disfrute de sus derechos y el pleno desarrollo de su personalidad.

El problema proviene del modo en que se ha ido construyendo el concepto jurídico de desamparo. Frente a un concepto rígido de desamparo que requiere la concurrencia de una serie de requisitos formales, quizá debiera acogerse un concepto amplio que permita brindar protección a todos los menores de edad que se encuentre en situación de desprotección. Debe tenerse en cuenta que el principio del interés superior del menor también constituye una guía para la interpretación de las normas relativas a los menores[166].

Así, de forma acertada, el legislador catalán contempla diversas circunstancias que darán lugar a la declaración de desamparo y, en última instancia, lo define como una situación de hecho caracterizada porque faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad del menor, prescindiendo de la causa de esta situación[167]. Por tanto, en todos aquellos casos en que un menor carezca de los elementos necesarios para su pleno desarrollo como persona —esté o no emancipado— se le deberá considerar desamparado y, por tanto, la Administración pública competente deberá brindarle la asistencia y protección necesaria.

De nuevo debe subrayarse que, tanto la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, como la legislación autonómica sobre protección de menores, extienden la protección pública a *todos* los menores que la necesiten, sin distinguir entre los menores emancipados y los no

[164] En este sentido DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentarios a las Reformas... cit.*, págs. 55-57. Con relación a las distintas posiciones de la doctrina al respecto, LINACERO DE LA FUENTE, María, *Protección jurídica del menor*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001, págs. 39-44.

[165] Art. 323 del Código Civil y, en Cataluña, art. 159.1 del Código de Familia.

[166] Ver en este mismo capítulo, en el apartado III sobre los principios rectores de la actuación pública en materia de menores, el epígrafe dedicado al análisis del principio del interés superior del menor.

[167] Ver el preámbulo y el art. 2.2 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, de protección de los menores desamparados y el art. 164.1 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. Asimismo, en el Anteproyecto de Ley del Libro Segundo del Código Civil "se consideran desamparados los menores que se encuentran en una situación de hecho en la cual les faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad" (art. 226-1.2).

emancipados[168]. Los menores emancipados también pueden encontrarse en situación de grave riesgo y dificultad social, pueden ser menores a los que falten los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad[169]. Por tanto, las Administraciones también deberán ejercer respecto a los mismos la acción social protectora, con independencia de que en el momento de decidir la técnica o la medida de protección más conveniente deban tenerse en cuenta las especiales circunstancias de estos menores[170].

> Por ello, debe aplaudirse que la Ley de la Rioja de 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores, precise expresamente en su art. 2.1 que "la emancipación o la habilitación de edad no impedirán la aplicación por la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Rioja de las medidas de protección previstas en esta Ley, en los casos y términos que la misma establece".

Una interpretación distinta dejaría sin protección a muchos menores en situación de necesidad o desprotección que, incluso, podrían haber obtenido la emancipación de forma tácita. Este tipo de emancipación está previsto en el art. 319 del Código Civil al disponer que "se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos"[171]. En el supuesto de interpretarse que la emancipación excluye la posibilidad de que la Administración pública competente asuma la tutela del menor en situación de desamparo, por esta vía podría privarse de la necesaria protección a algunas personas que todavía no han alcanzado la mayoría de edad.

> Así, en la Instrucción del Fiscal General del Estado 3/2003, de 23 de octubre, sobre procedencia de retorno de extranjeros menores de edad (que fue dejada sin efecto, por ser contraria a la legalidad, por la Instrucción 6/2004, de 26 de no-

[168] Las únicas excepciones son Ley del País Vasco 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia y la Ley de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección de la infancia y la adolescencia. El art. 2 de la Ley del País Vasco, al regular el "ámbito personal", establece que, a efectos de su aplicación, "se entiende que son personas menores de edad quienes tienen una edad inferior a la mayoría de edad establecida en el Código Civil, *siempre que no hayan sido emancipadas*". En el art. 2.4 de la Ley Navarra se dispone que "a los efectos de esta Ley Foral se entenderá por menor a quien tenga una edad inferior a la mayoría de edad establecida en el Código Civil, siempre que no hay sido emancipado". Pues bien, estas normas resultan contrarias a las previsiones del art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas en relación con el art. 39.4 de nuestra Constitución.

[169] Según establece el art. 2.2 b) de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

[170] La Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, dispone en su art. 10.1 que "los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones públicas la asistencia adecuada *para el efectivo ejercicio de sus derechos* y que se garantice su respeto"; a continuación, el apartado 2 establece que "para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede: a) solicitar la protección y tutela de la entidad pública".

[171] Ahora bien, en este caso subsistiría la patria potestad, pues el propio precepto dispone que "los padres podrán revocar este consentimiento". Por lo tanto, en este supuesto quedan sin fundamento los argumentos de la doctrina privatista que considera que los menores emancipados no quedarían sometidos a la tutela de la Administración.

viembre), el argumento central para intentar privar a los menores inmigrantes no acompañados de protección y facilitar su expulsión fue la emancipación tácita de estos menores. El entonces Fiscal General adujo, en contra de lo mantenido anteriormente por la propia Fiscalía[172], que las normas sobre protección de menores no pueden ser aplicadas a los emancipados. En la referida Instrucción, con fundamento en el citado art. 319 del Código Civil, se presumía que los menores inmigrantes que han llegado a nuestro país solos están emancipados. Ahora bien, en contra de esta posición, había que tener en cuenta que la capacidad y el estado civil se rigen por la ley nacional del sujeto y, por tanto, no podrán considerarse emancipados extrapolando nuestras normas de Derecho civil. Estos menores sólo podrán considerarse emancipados cuando así resulte de aplicar su ley personal[173]. En consecuencia, en aplicación del citado art. 319 del Código civil, no podía considerarse emancipado a aquel menor extranjero que vive solo con el consentimiento de sus padres[174]. Menos aún cuando —como hacía la referida Instrucción— el consentimiento paterno se presume. En todo caso sería necesario probar el consentimiento[175]. Además, este tipo de emancipación requiere que el menor viva de forma independiente, lo que supone independencia económica y, por tanto, medios para subsistir. Por otra parte, la emancipación tácita invocada es precaria ya que los padres pueden revocarla en cualquier momento.

Las fuertes críticas que suscitó la citada Instrucción condujeron a que, finalmente, fuera dejada sin efecto por el nuevo Fiscal designado por el Gobierno socialista surgido de las elecciones del año 2004. En la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados, en la que se invoca el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidad y el art. 1 de la LO 1/96 para extender el derecho a la protección pública a todas las personas menores de dieciocho años. Por otra parte, el Comité de Naciones Unidas, en la Observación General nº 6, de 1 de septiembre de 2005 (CRC/GC/2005/6), sobre "Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen", ha insistido en la obligación de los Estados de aplicar la definición de "niño" establecida en el art. 1 de la Convención y ha señalado que "los instrumentos legales que rigen la situación de los menores dentro del territorio del Estado no pueden definir al niño de una manera que se aparte de las normas que determinan la mayoría de edad en ese Estado".

---

[172] En la Circular 3/2001, sobre "actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería".

[173] Además, la carga de probar el contenido y vigencia del Derecho extranjero corresponde a quien lo invoca, según dispone el art. 12.6 del Código Civil. Ver en este sentido la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001 sobre "actuación del Ministerio fiscal en materia de extranjería". En el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 14 abril 2000 (AC 2000\3609), el Tribunal desestima la solicitud de un menor marroquí tutelado por la Administración de la concesión del beneficio de la mayor edad a tenor del art. 321 del Código Civil, argumentando que por tratarse de una cuestión relativa a la capacidad de las personas debe aplicarse la ley personal que es la marroquí (art. 9.6 del Cc) y añade que la medida de protección adecuada es la tutela administrativa que no está reñida con el reconocimiento al menor "del mayor grado de autonomía personal que le sea necesario para un correcto desenvolvimiento de su personalidad".

[174] Asimismo, la emancipación por matrimonio prevista en el art. 314.2 del Cc también está sujeta a lo que establezca la ley personal del menor.

[175] Además, la emancipación también requeriría el consentimiento del menor, según resulta de interpretar el citado art. 319 en relación con los arts. 317, 320 y 321. Así lo apunta FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, "Retorno de inmigrantes y emancipación de hecho", *La Ley* nº 5940, de 26 de enero 2002, pág. 6.

En definitiva, desde mi punto de vista, ya sea a través de la tutela de la Administración o mediante otros mecanismos jurídicos de protección, los poderes públicos deberán garantizar a *todos* los menores el ejercicio de los derechos que nuestro Ordenamiento les reconoce y, por tanto, la necesaria asistencia y protección, con independencia de si están o no emancipados[176].

Ahora bien, no es posible negar que el instrumento legal de la tutela administrativa, tal como ha sido configurado, plantea ciertos problemas a la hora de hacer efectivo el derecho a la protección pública de los menores emancipados y los habilitados de edad en situación de desamparo. La tutela administrativa está fundamentalmente concebida para encauzar la asistencia y protección pública de los menores sujetos a la patria potestad o la tutela civil. Por ello, la tutela de la Administración implica la suspensión automática de la patria potestad o la tutela civil. Además, el concepto de desamparo que brinda el legislador estatal tendría su origen en la falta o indebido cumplimiento por parte de los padres o tutores de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores. Sin embargo, debe advertirse que el elemento determinante de la declaración de desamparo es la efectiva situación de desprotección; la privación de la necesaria asistencia material o moral del menor o, lo que es lo mismo, la falta de los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad, con independencia de la causa de aquella situación que, generalmente, provendrá de la falta o indebido cumplimiento de los deberes legales de protección de padres o tutores[177].

En definitiva, las Administraciones públicas, como se ha dicho, tienen también la obligación legal de hacer efectivo el derecho a la protección pública de los menores emancipados o habilitado de edad que padezcan una situación de riesgo, desamparo o dificultad social[178]. La tutela administrativa es uno de los instrumentos legalmente previstos para brindar protección a los menores desamparados y, desde mi punto de vista, alcanza también a los menores emancipados o habilitados de edad en situación de desamparo o des-

[176] No obstante, las normas sobre tratamiento policial de menores, de la Subdirección General Operativa de la Comisaría General de Policía Judicial de la Policía Nacional, de forma no ajustada a Derecho, excluyen de la actuación protectora encomendada al Grupo de Menores (GRUME) a los menores emancipados. El apartado 29 de las Normas dispone que "en caso de menores de 18 años en situación de riesgo, incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los *menores no emancipados*, las Unidades policiales adoptarán de propio iniciativa o a instancia del Fiscal de Menores cuantas medidas sean necesarias en orden a su inmediata protección". Estas normas han sido consultadas en www.cepolicia.com/legislacion/instrucciones/sgo tratamientomenores.htm el 6/7/05.

[177] Sobre esta cuestión se volverá más adelante, al analizar en el Capítulo V los elementos y características de la situación de desamparo.

[178] Por ello, no consideramos ajustada a Derecho, la previsión del art. 2.1 de la Ley del País Vasco, 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia y del art. 2.4 de la Ley de la Ley Foral de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia.

protección. Sin embargo, tampoco tiene porque ser la única vía para garantizar la protección pública de estos menores.

II. EL ESTATUS O POSICIÓN JURÍDICA DE LOS MENORES

1. El menor como sujeto de derechos

El nacimiento determina la personalidad (art. 29 del Código Civil) y, en nuestro Ordenamiento, toda persona goza de capacidad jurídica, capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones. Por tanto, los menores tienen reconocida plena capacidad para ser titulares de derechos. Sin embargo, dada su condición de personas en desarrollo no tienen reconocida plena capacidad para ejercer por sí mismos sus derechos. Ahora bien, la falta de total capacidad de obrar de los menores para ejercer todos sus derechos no implica una merma de la eficacia de los mismos. Esta falta de capacidad de obrar supone simplemente que, en muchos casos, los menores deberán hacer efectivos sus derechos a través de un tercero cualificado por su posición de garante o protector, ya sean padres, tutores o autoridades públicas.

Las transformaciones sociales y culturales que han tenido lugar en los últimos tiempos en nuestra sociedad, han llevado al pleno reconocimiento a los menores de la titularidad de derechos y una *capacidad progresiva* para ejercitarlos por sí mismos. Esto no siempre ha sido así; poco tiempo atrás, la perspectiva acogida era la de las prerrogativas atribuidas a los padres como social y jurídicamente responsables del menor. Sin embargo, nuestro Ordenamiento ha superado formalmente la concepción del menor como patrimonio de sus padres, un proyecto de futuro, un sujeto pasivo necesitado exclusivamente de protección para llegar a convertirse en persona. La legislación postconstitucional reconoció a los menores de edad la consideración de sujetos de derechos, sujetos activos y participativos, con capacidad progresiva para protagonizar su propia existencia, para decidir sobre sus necesidades[179]. En la actualidad, los menores de edad tienen legalmente la consideración de personas y como tales deben ser tratados; es decir, como personas singulares, únicas, libres, como sujetos de los derechos propios de su condición humana, con la particularidad de su condición infantil.

> La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2002\286398), afirma que "en nuestro derecho actual no se concibe ya la patria potestad como un puro y simple derecho de los padres sobre los hijos, sino más bien como una función compleja que la Ley encomienda al progenitor en

[179] Acerca del progresivo reconocimiento de los menores como sujetos de derechos, ALVAREZ VELEZ, Mª. Isabel, *La protección de los Derechos del Niño... cit.*, págs. 9-34; ALÁEZ CORRAL, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

beneficio del hijo, integrada por una serie de facultades y deberes y en la que aquéllas no son otra cosa que el medio para procurar el cumplimiento de éstos".

Así, los menores de edad son sujetos de los derechos que a toda persona, por el hecho de serlo, corresponden. Además de sujetos de aquellos derechos derivados de la especial protección que, por su propia dependencia de otros, les es debida. La propia Constitución en su art. 39.4 reconoce a los menores la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Ello supone garantizar a los menores de forma especial la protección de los derechos reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989 (ratificada por España en 1990). Este conjunto de derechos que la propia Constitución reconoce y garantiza a los menores. constituye el patrimonio jurídico a través del cual éstos pueden hacer efectivo el desarrollo progresivo y pleno de su personalidad.

Por tanto, en nuestro Ordenamiento jurídico, *todos* los menores que residan o se hallen transitoriamente en territorio español, con independencia de cualquier consideración —su origen, raza, nacionalidad o estado jurídico civil, como se ha puesto de relieve al tratar el tema de los menores emancipados— tienen reconocido una serie de derechos cuyo pleno disfrute deben asegurar en última instancia los poderes públicos[180]. En particular aquellos derechos que resultan esenciales para garantizar su dignidad como personas y el pleno desarrollo de su personalidad[181]. De entre estos derechos, es objeto de especial atención en este trabajo el derecho de los menores en situación de riesgo, desamparo o dificultad social a recibir asistencia y protección de las Administraciones públicas competentes. El derecho de los menores a la protección pública se dirige precisamente a garantizarles el goce de todos los derechos que el Ordenamiento les reconoce y de ese modo su plena formación como personas.

La Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, según dispone su art. 1, se aplica a todos los menores que se encuentren en territorio español y en el art. 3 dice que "los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, *sin discriminación alguna* por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancias personal, familiar o social". Por tanto, todos los menores, incluidos los menores inmigrantes, tam-

[180] El legislador estatal extiende la protección a todos los menores que se encuentre en territorio español (art. 1 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor). De igual forma en Cataluña, el art. 1 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y el art. 1 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes.

[181] El ya citado art. 10.1 de nuestra Constitución dispone que "la dignidad de las personas, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad...son fundamentos del orden político y de la paz social".

bién los que han llegado a nuestro país solos y de forma irregular, son titulares de los referidos derechos.

El propio Tribunal Constitucional ha declarado que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Carta Europea de los Derechos del Niño y la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, constituyen "*el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 39 de la CE, y muy en particular, en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos*" (STC 141/2000, de 29 de mayo, F.J.5)[182]. La naturaleza de *orden público* de las referidas normas explica y justifica que tanto el legislador estatal como los autonómicos hayan dispuesto que las normas relativas a los menores deberán interpretarse conforme a las normas que configuran dicho "*estatuto jurídico indisponible*[183]".

2. La distinción entre titularidad y ejercicio de los derechos de los menores

Los menores, como se ha dicho, tienen plenamente reconocida capacidad para ser titulares de derechos, en la medida que gozan de personalidad jurídica desde el momento de su nacimiento (art. 29 del Código Civil). Así, nuestro Ordenamiento atribuye a todos los menores un conjunto de derechos y, de modo particular, deben destacarse aquellos que forman parte del denominado estatuto jurídico indisponible del menor; entre los que se encuentra el derecho de los menores en situación de necesidad a recibir asistencia y protección de las Administraciones públicas.

Ahora bien, es necesario distinguir la plena capacidad para ser titular de derechos y la capacidad para ejercerlos por uno mismo; lo que nos lleva a la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Así, mientras la primera supone la capacidad para ser titular de derechos, la segunda se refiere a la capacidad para ejercitarlos por sí mismo sin necesidad de un representante; plena capacidad de obrar que, de forma general, se vincula a la mayoría de edad.

Por tanto, en el caso de los menores la titularidad de derechos tiene un carácter distinto a la que ostentan las personas mayores, debido a que care-

[182] Esta Sentencia ha sido comentada por RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "Límites a la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos (Comentario de la STC 141/2000, de 29 de mayo", *Derecho Privado y Constitución* nº 14, 2000, págs. 245-299.

[183] Art. 3 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; y, en Cataluña, art. 4 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes

cen de plena capacidad de obrar, dada su condición de personas en desarrollo. Aunque se trata de una titularidad plena es progresiva en su ejercicio, ya que en muchos casos se requiere la intervención de las personas responsables de su cuidado, asistencia y representación, quienes deberán actuar siempre en interés del menor.

Así, aunque el menor tiene capacidad jurídica y, por tanto, aptitud para ser titular de derechos, carece de plena capacidad de obrar y, en consecuencia, no está habilitado para ejercer y defender todos sus derechos. En la medida que hasta la mayoría de edad no tienen plena disponibilidad sobre todos sus derechos, será un tercero —en general, los padres o tutores— quien actúe en interés del menor. La patria potestad y la tutela ordinaria constituyen instrumentos jurídicos de protección privada de los menores. Los padres o tutores tienen atribuida la guarda y la representación legal de los menores. Por tanto, en su calidad de representantes legales podrán actuar en nombre e interés de éste; deberán actuar en cada caso para satisfacer el interés protegido mediante el derecho que en nombre y en beneficio del menor ejerciten.

Ahora bien, lo anterior no supone que todas las decisiones relativas al menor queden en manos de sus representantes. En efecto, el art. 162 del Código Civil establece que "los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados", pero el propio precepto exceptúa de la representación legal "1º los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo"[184]. Por tanto, en estos casos, la capacidad del menor para ser titular del derecho y la capacidad para ejercitarlo resulta inescindible. Por otra parte, el propio legislador ha dispuesto expresamente que "*las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*", y en el mismo sentido se han pronunciado los Tribunales[185].

> En la STC 141/2000, de 29 de mayo, el Tribunal afirma (en relación con el derecho a la libertad religiosa) que "los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales... sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir

[184] Asimismo, en Cataluña, el art. 155 del Código de Familia dispone que "el padre y la madres titulares de la potestad sobre los hijos menores no emancipados son los representantes legales de éstos" y añade que "se exceptúan de la representación legal atribuida al padre y a la madre a) los actos relativos a los derechos de la personalidad, excepto que las leyes que los regulen dispongan otra cosa; b) los actos que, de conformidad con las leyes y según la edad y la capacidad natural, puedan realizar el hijo o la hija por sí mismos". Ver, asimismo, el art. 236-19 en relación con el art. 211-5 del Anteproyecto de Ley por el que se aprueba el libro segundo del Código Civil de Cataluña (abril 2006).

[185] Art. 2 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y en Cataluña el art. 133 del Código de Familia. Entre muchas otras, Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2002\286398) o Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de febrero 2000 (AC 2000\512).

> aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar" (F.J. 5).

En efecto, las normas generales sobre capacidad de obrar han sido concebidas legalmente para limitar el ejercicio de los derechos de contenido patrimonial. Así, en la medida que el menor no tienen plenamente desarrolladas sus facultades intelectivas y volitivas, corresponderá a su representante legal ejercer los derechos de contenido patrimonial en su nombre. Sin embargo, la situación es distinta cuando se trata de los derechos de la personalidad; el ejercicio de estos derechos íntimamente vinculados a la propia persona no queda, pues, de forma general, subordinado al dato cronológico de la mayoría de edad, ya que se trata de derechos de carácter personalísimo que sólo el titular podrá ejercitar[186].

Asimismo, los menores tienen reconocida por la Ley capacidad de obrar ante las Administraciones públicas, para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el Ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad o la tutela. En los mismos términos, los menores tienen legalmente reconocida capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo para la defensa de sus derechos e intereses legítimos[187].

Los menores, como se ha dicho, son titulares de un conjunto de derechos que el Ordenamiento les reconoce y, en su condición de personas en desarrollo, gozan de capacidad progresiva para ejercerlos por sí mismos. El carácter progresivo de la capacidad de obrar, condicionado al grado de madurez del menor, explica que el legislador haya establecido la obligación de escucharlos cuando tengan suficiente juicio en todas aquellas cuestiones que les afectan. Esta previsión refleja la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos. Las limitaciones que puedan derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva. En nuestro Ordenamiento, los menores de edad también tienen la consideración de sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás[188].

---

[186] Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "Límites a la libertad religiosa... *cit.*, pág. 267.

[187] Art. 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común y art. 18 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa. En cambio, la Ley no reconoce a los menores capacidad procesal ante el orden jurisdiccional civil, situación que se explica por los antecedentes históricos y debería ser revisada dado que, precisamente, son estos Tribunales los que controlan la actuación de las Administraciones en materia de protección de menores.

[188] Según se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

3. La defensa y garantía de los derechos de los menores

Nuestro Ordenamiento jurídico ha arbitrado un conjunto de medidas dirigidas a facilitar el ejercicio de los derechos de los menores y que se garantice su respeto. Así, en su condición de personas necesitadas de especial protección, la Ley les ha reconocido el derecho a recibir de las Administraciones públicas la asistencia adecuada para el efectivo disfrute de sus derechos. Asimismo, la Ley ha previsto diversas vías a través de las cuales los menores pueden acudir para la defensa y garantía de sus derechos a las Administraciones públicas, al Ministerio Fiscal o al Defensor del Pueblo[189].

A) *El derecho de los menores a recibir asistencia y protección de las Administraciones públicas*

Los menores, como se ha dicho, son titulares del conjunto de derechos inherentes a su condición de personas y, de modo especial, en su condición de personas en formación necesitadas, por ello, de especial protección. Ahora bien, según se ha señalado, por ser personas en desarrollo no tienen plenamente reconocida capacidad de obrar para ejercer todos sus derechos por sí mismos. Por ello, con el fin de garantizar la plena eficacia del contenido de los derechos de los menores, nuestro Ordenamiento arbitra un conjunto de instituciones jurídicas de protección, tanto de carácter privado como público.

La patria potestad y la tutela civil constituyen instituciones jurídico-privadas a través de las cuales se impone a los padres o tutores la obligación de garantizar a los menores el pleno disfrute de sus derechos y el desarrollo integral de su personalidad. Ahora bien, los poderes públicos no son ajenos a esta tarea. El Ordenamiento jurídico encomienda a las Administraciones públicas la función de colaborar con los padres o tutores en el cumplimiento de sus obligaciones legales de protección. Pero, además, se contemplan un conjunto de instituciones jurídico-publicas —de forma destacada, la tutela y la guarda administrativa— a través de las cuales las Administraciones competentes deberán intervenir cuando los padres o tutores privados no cumplan debidamente sus deberes legales de guarda y el menor no tenga plenamente garantizada la efectividad de sus derechos[190].

Así, el derecho básico de los menores de edad es el de ser atendidos conforme a su personalidad y a que se les garantice el adecuado conocimiento y

[189] Art. 10 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica el menor.

[190] Según se afirma, por ejemplo, en la Exposición de Motivos de la Ley de las Cortes de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia, "los niños y adolescentes tienen derecho a una protección que garantice su desarrollo integral como personas en el seno de una familia, preferiblemente con sus padres. Pero la protección es cosa de todos. La aplicación de los principios del Estado de Derecho a la protección de los menores conlleva una responsabilidad compartida entre sus padres y los poderes públicos".

disfrute de sus derechos, de modo preferible en el seno de la familia[191]. Nuestro Ordenamiento reconoce a los menores el derecho a una crianza y formación que les garantice el desarrollo libre, integral y armónico de su personalidad[192]. En primer término este derecho deberá hacerse efectivo a través de la patria potestad o la tutela privada. De modo que corresponde a los padres o las personas que tengan atribuida la guarda de los menores garantizar el disfrute de este derecho. Sin embargo, las Administraciones públicas competentes deben colaborar y supervisar el debido cumplimiento de las funciones privadas protectoras. De forma que, en caso de falta o deficiente cumplimiento de los deberes legales de guarda atribuidos a padres o tutores, corresponde a las Administraciones públicas el ejercicio de las funciones de protección y, en definitiva, garantizar el adecuado desarrollo del menor. Los servicios públicos de atención de menores deberán actuar de forma subsidiaria cuando en el seno de la familia no quede asegurado el goce de los derechos de los menores y el desarrollo integral de su personalidad.

En efecto, nuestro Ordenamiento reconoce expresamente a los menores el derecho a recibir de las Administraciones públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos y que se garantice su respeto. Por consiguiente, las Administraciones públicas competentes tienen la obligación de hacer efectivo este derecho brindándoles la asistencia necesaria. La propia Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, establece que los menores, para la defensa y garantía de sus derechos, pueden solicitar de las Administraciones los recursos sociales disponibles y, en particular, protección y tutela a la Administración pública competente[193]. La tutela y la guarda administrativa son las instituciones jurídico-públicas a través de las cuales, de forma más destacada, las Administraciones públicas hacen efectivo el derecho de los menores en situación de especial vulnerabilidad a la asistencia y protección pública. Aunque —como veremos— estos no son los únicos instrumentos o vías legales para brindar asistencia y protección a los menores.

Por otra parte, para hacer realmente efectivo el derecho de los menores a recibir asistencia de las Administraciones públicas es preciso garantizar que los menores puedan dirigirse a las Administraciones en demanda de la protección que precisen. A tal efecto, las Administraciones competentes deberán establecer los medios y sistemas para que el propio menor pueda exponer ante

[191] En especial aquellos que forman parte del estatuto indisponible, esto es, los derechos fundamentales y los reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niños adoptada por las Naciones Unidas y la Carta Europea de Derechos del Niño. Vid. ROCA, Encarna, *Familia y cambio social... cit.*, pág. 228.

[192] Art. 154 del Código Civil y en Cataluña art. 133 del Código de Familia y art. 5 de la Ley 8/1995, de 27 de julio.

[193] Arts. 10.1 y 10.2 a) y d) de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

las Administraciones su situación personal, con garantía de confidencialidad, atención inmediata y activación de los dispositivos y recursos específicos precisos[194].

Algunas Comunidades Autónomas, al amparo de sus competencias en materia de "protección y tutela de menores", "asistencia social" o "bienestar social", han previsto en sus respectivas leyes de protección de menores la figura del Letrado Defensor del Menor. Así, en Cantabria, la Ley 7/1999, de 28 de abril, de protección a la infancia y la adolescencia, establece en su art. 9 que "el Letrado Defensor del Menor llevará a cabo en nombre de la entidad pública cuantas actuaciones resulten necesarias para la defensa de los derechos de los niños y adolescentes". Asimismo, en Asturias, la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores, en su art. 14 dispone que la Administración del Principado de Asturias garantizará el acceso a la jurisdicción ordinaria para la virtualidad de los derechos de los menores en caso de conculcación o menoscabo y, a tal efecto, dispone que "corresponde al Letrado Defensor del Menor llevar a cabo en nombre de la entidad pública cuantas actuaciones resulten necesarias para la defensa de los derechos del menor reconocidos en la legislación vigente".

Por tanto, el Letrado Defensor del Menor sería un órgano técnico de naturaleza administrativa, adscrito al órgano de la correspondiente Administración autonómica que tiene atribuidas las competencias en materia de protección de menores. Ahora bien, este órgano tiene el inconveniente de que al estar integrado en la propia Administración que tiene atribuida la competencia en materia de protección de menores y, además, actuar en nombre de la misma, la defensa y tutela de los derechos de los menores la realiza tan solo frente a sujetos privados u otras Administraciones públicas. En cambio, no garantizaría la reacción frente a la vulneración o menoscabo de los derechos de los menores producidos por la propia Administración en la que se integra este órgano. Por otra parte, como veremos, las funciones de este órgano se solaparían en parte con las atribuidas al Ministerio Fiscal[195].

[194] Así lo establece expresamente la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (art. 11 a). De forma similar, la Ley de las Cortes de Aragón, 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (art. 8.3). En algunas Comunidades Autónomas, se ha creado el "teléfono de la infancia" como vía a través de la cual denunciar situaciones de desprotección. En Cataluña, el teléfono de la infancia (900300777) es gestionado por la ACISJF (Asociación Católica Internacional de Servicios a la Juventud Femenina) que tiene suscrito un convenio de colaboración con la Administración autonómica. Además, también existe un teléfono de la infancia en las Comunidades de Madrid, Valencia, Andalucía o Castilla-La Mancha. Asimismo, la Ley del País Vasco 3/2005, de 18 de febrero, contempla en su art. 42 la existencia de un sistema gratuito de contacto telefónico o electrónico.

[195] Con relación a la figura del Letrado Defensor del Menor, a sus ventajas e inconvenientes, ALÁEZ CORRAL, Benito, *Minoría de edad...cit.*, págs. 318-320.

B) *La intervención del Defensor del Pueblo*

Los menores, para la defensa y garantía de sus derechos, también pueden plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo. Así lo dispone expresamente la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que prevé que uno de los Adjuntos de esta institución se haga cargo de modo permanente de los asuntos relacionados con los menores (art. 10.2 c). En la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de julio de 1992, sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño (A3-0172/92), ya se pedía a los Estados Miembros que procedieran a nombrar un Defensor de los derechos del niño habilitado para salvaguardar los derechos e intereses de éstos, para recibir sus solicitudes y quejas y para velar por la aplicación de las leyes que los protegen, así como para informar y orientar la acción de los poderes públicos a favor de los derechos de los menores[196].

Nuestra Constitución contempla en su art. 54 la institución del Defensor del Pueblo para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de las Administraciones públicas, dando cuenta a las Cortes Generales[197]. Pues bien, los menores de edad son titulares plenos de los derechos fundamentales y, además, según establece el art. 39.4 de la propia Constitución (comprendido también en el Titulo I), gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Así, según ha afirmado el propio Tribunal Constitucional, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Carta Europea de los Derechos del Niño y la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, constituyen el estatuto jurídico indisponible de los menores (STC 141/2000, de 29 de mayo, F.J. 5). Por tanto, corresponde al Defensor del Pueblo la defensa de los derechos que configuran el estatuto indisponible del menor, a cuyo efecto deberán supervisar, de oficio o a instancia de parte, la *actividad* o *inactividad* de las Administraciones públicas competentes.

La Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, prevé que los menores, para la defensa y garantía de sus derechos, podrán plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo. La minoría de edad, la nacionalidad o la residencia, no constituyen impedimentos para dirigirse a esta institución. Los propios menores pueden acudir directamente a esta institución sin necesidad de que medie o le represente un adulto. El Defensor del Pue-

[196] La propia Carta Europea de los Derechos del Niño pide a la instancia comunitaria competente que proceda igualmente al nombramiento de un Defensor de los Derechos del Niño con los mismos poderes en el ámbito comunitario.

[197] La institución fue creada a nivel estatal mediante la Ley orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (con posterioridad modificada parcialmente por la Ley orgánica 2/1992, de 5 de marzo y por la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre).

blo deberá adoptar las medidas necesarias para facilitar el acceso de los menores a la institución[198].

Por tanto, en todos aquellos casos en que los menores no vean debidamente satisfecho su derecho a recibir de las Administraciones públicas la asistencia adecuada para el ejercicio y garantía de sus derechos, cuando la Administración pública no les brinde la protección y tutela necesaria, podrán plantear una queja ante el Defensor del Pueblo. Asimismo, cualquier persona puede dirigirse a esta institución planteándole sus problemas, quejas o denuncias sobre alguna cuestión relativa a los menores. Una vez admitida la queja o denuncia, el Defensor del Menor debe proceder a su estudio y, en su caso, acordará su admisión a trámite. Una vez admitida la queja se inician las correspondientes investigaciones, que finalizarán con una decisión en la que el Defensor expresará su parecer sobre el asunto planteado. Esta decisión deberá ser comunicada a la persona que planteó la queja o denuncia y a la Administración u organismo implicado. Con el fin de facilitar el trabajo de investigación necesario para la tramitación de las quejas, la legislación establece generalmente la obligación de las autoridades o de los responsables de las instituciones o centros de facilitar toda la información que se solicite. El Defensor del Pueblo podrá requerir a la Administración competente el cumplimiento efectivo de los derechos de los menores. Por otra parte, en el supuesto que el Defensor del Pueblo considerara que se está produciendo una violación de un derecho fundamental, está legitimado para presente un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 162.1 b) de la Constitución).

Ahora bien, debe advertirse que cuando se hace referencia a la institución del Defensor del Pueblo no se alude únicamente a la institución estatal. En efecto, muchos Estatutos de Autonomía han previsto figuras similares en la respectiva Comunidad Autónoma. Así, las Comunidades de Cataluña y Baleares han previsto la figura del Sindic de Greuges[199]; en el País Vasco fue creada la figura del "Ararteko" y, con posterioridad, se ha creado en materia de menores la Defensoría para la Infancia y la Adolesencia[200]; en Galicia exis-

[198] El Defensor del Pueblo andaluz, que coincide con la figura del Defensor del Menor de la Comunidad ya que la designación recae sobre la misma persona, ha previsto el acceso directo a la institución a través de la web y un teléfono gratuito (900506113). A través de estas vías los propios menores pueden plantear quejas o denuncias o recibir asesoramiento o ayuda. Ver el Informe Especial al Parlamento del Defensor del Menor de Andalucía del año 2003, pág. 243

[199] Ley catalana 14/1984, de 20 de marzo, del Sindic de Greuges, modificada por la Ley 12/1989, de 14 de diciembre (art. 34.5, 6 y 7); por su parte, la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes, dispone en su art. 11.7 que los propios menores pueden dirigirse al Sindic de Greuges o al Adjunto para la defensa de sus derechos a fin que de resuelvan las quejas que les formulen. En Baleares, esta institución fue creada mediante la Ley 1/1993, de 10 de marzo, del Sindic de Greuges.

[200] Ley vasca 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula la institución del Ararteko. Asimismo, la Ley del País Vasco 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y adolescencia, en su art. 96 ha creado la Defensoría para la Infancia y la

te la figura del Valedor del Pueblo[201]; en Valencia el Sindico de Agravios[202]; en Aragón, el Justicia de Aragón[203]; en Canarias el Diputado del Común[204]; en Castilla y León el Procurador del Común[205]; y Andalucía, Castilla-La Mancha y Navarra han creado también su propia institución autonómica denominada también Defensor del Pueblo[206]. Por otra parte, la Comunidad de Madrid, que carece de un Defensor del Pueblo autonómico, ha creado la figura del Defensor del Menor con unas funciones semejantes a las que corresponden a los Defensores del Pueblo, pero circunscrita a la garantía de los derechos de los menores[207].

Por tanto, en la medida que corresponde a las Administraciones autonómicas hacer efectivo el derecho de los menores a la protección pública, corresponderá a los Defensores del Pueblo autonómicos o figura equivalente, allá donde existan, supervisar y controlar la actividad o inactividad de las Administraciones y entidades públicas en garantía de los derechos de los menores[208].

En definitiva, en la medida que la condición de menor supone una mayor vulnerabilidad respecto al desarrollo y ejercicio de sus derechos, los po-

---

Adolescencia como órgano de defensa ante situaciones de amenaza o vulneración de los derechos y de sensibilización y promoción de los mismos.

[201] Ley gallega 6/1984, de 5 de junio, del Valedor del Pueblo (modificada por la Ley 3/1994, de 18 de julio y 1/2002, de 26 de marzo).

[202] Ley de las Cortes valencianas 11/1988, de 2 de diciembre, del Sindico de Agravios.

[203] Ley de las Cortes de Aragón 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón. Por su parte, la Ley de las Cortes de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia, establece en su art. 8.1 que, para la defensa y garantía de sus derechos, los propios menores pueden plantear sus quejas ante el Justicia de Aragón o, en su caso, el Defensor del Pueblo. El propio precepto dispone en su apartado 4 las medidas que deberá adoptar el Justicia de Aragón en defensa de los derechos de los menores.

[204] Ley canaria 7/2001, de 31 de julio, del Diputado del Común.

[205] Ley de Castilla y León 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del común (modificada por la Ley 11/1001, de 22 de noviembre). Por su parte, la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, ha dispuesto en su art. 11) que los menores, para la defensa de sus derechos podrán, por sí o a través de su representante legal, presentar sus quejas ante el Procurador del Común o ante el Adjunto específico.

[206] Ley andaluza 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz (modificada por las leyes 3/1996, de 17 de julio, 1/1998, de 20 de abril, 3/2001, de 22 de mayo y 11/2001); Ley de Castilla-La Mancha 16/2001, de 20 de diciembre, del Defensor del Pueblo; Ley foral de Navarra 4/2000, de 3 de julio, del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra.

[207] Ley de la Comunidad de Madrid 5/1996, de 8 de julio, del Defensor del Menor.

[208] Además, entre las funciones que se atribuyen a esta institución se destacan las siguientes: tramitar todas las quejas y denuncias que recibe relacionadas con temas que afectan a menores; realizar investigaciones de oficio sobre cuestiones relativas a los menores; atender las consultas relacionadas con los derechos de los menores y realizar el oportuno asesoramiento; canalizar y difundir las propuestas o sugerencias que puedan contribuir a mejorar la situación de la infancia y adolescencia; plantear modificaciones normativas que afecten a los menores con el fin de mejor la protección y defensa de sus derechos; servir de cauce entre asociaciones y organismos que defienden los derechos de los menores y las Administraciones competentes; supervisar los servicios dirigidos a menores y, en su caso, proponer mejoras; contribuir a que los medios de comunicación respeten los derechos de los menores; elaborar materiales divulgativos relacionados con cuestiones de interés para los menores, etc. Ver el Informe del Defensor del Menor de Andalucía al Parlamento del año 2003, pág. 13.

deres públicos deben brindarles una especial protección jurídica y administrativa al efecto de garantizarles la promoción y defensa de la totalidad de los derechos que les corresponden.

C) *La intervención del Ministerio Fiscal para la salvaguarda de los derechos e intereses de los menores*

El Ministerio Fiscal es otra de las instituciones a las que podrán acudir los menores de edad, por sí mismos o a través de un tercero, a fin de denunciar todas aquellas situaciones que atenten contra sus derechos e intereses y reclamar su salvaguarda.

La Constitución establece en su art. 124.1 que "el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión *promover la acción de la justicia en defensa* de la legalidad, *de los derechos de los ciudadanos* y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social"[209]. Pues bien, para el cumplimiento de las referidas funciones, la Ley 50/1981, de 13 de enero, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, le encomienda, entre otras, la tarea de "*asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos*" (art. 3.7).

Las funciones tuitivas y protectoras encomendadas al Ministerio Fiscal se han ido incrementando tras la aprobación de la Constitución. Así, esta institución tiene atribuidas, entre otras, la misión de atender las necesidades de personas y colectivos que tienen singulares dificultades para acceder, en condiciones de igualdad respecto a los demás ciudadanos, al ejercicio de los derechos reconocidos por nuestro Ordenamiento. En el ámbito de la protección de menores, el Ministerio Fiscal tiene atribuida la defensa de sus intereses, ya sea a través de actuaciones procesales como extraprocesales[210].

[209] En el mismo sentido se expresa el art. 1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

[210] Acerca del papel del Ministerio Fiscal en el ámbito de los menores, VARGAS CABRERA, Bartolomé, "El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor" en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley orgánica de Protección del Menor. Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Universidad de la Coruña, 1999, págs. 11-21; y el mismo autor en "Régimen jurídico-sustantivo de la adopción y funciones del Ministerio Fiscal en la protección de menores. A la luz de la Ley orgánica 1/96", en *Protección jurídica del menor*, Ed. Comares, Granada,

La Carta Europea de los Derechos del Niño (aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992), en el apartado 8.14 establece que toda decisión referida a los menores —ya sea familiar, administrativa o judicial— deberá tener por "objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses". Pues bien, con el fin de alcanzar este objetivo, la norma dispone que "*en la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el ministerio fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos e intereses del niño*".

A pesar de lo establecido en la citada Carta, lo cierto es que en nuestro Ordenamiento no siempre se contempla la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos relativos a los menores. En especial, en los procedimientos tramitados por las Administraciones públicas referidos a los menores. No obstante, el papel del Ministerio Fiscal en el campo de los menores ha ido cobrando, en efecto, progresiva relevancia, incrementándose sus facultades y obligaciones. En la Exposición de Motivos de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, el propio legislador afirma que "en todo el texto aparece reforzada la intervención del Ministerio Fiscal, siguiendo la tendencia iniciada con la Ley 21/1987, ampliando los cauces de actuación de esta institución, a la que, por su propio Estatuto, corresponde la representación de los menores e incapaces que carezcan de representación legal".

Así, entre las medidas que establece la referida Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero (LOPJM), para la defensa y garantía de los derechos de los menores, el art. 10 habilita a los propios menores para "poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas". Asimismo, el art. 14 de la citada Ley, impone a las Administraciones competentes la obligación de prestar a los menores la atención inmediata que precisen y, en su caso, poner los hechos en conocimiento de los representantes legales de los menores o, cuando sea necesario —parece que cuando no pueda contactarse con los representantes legales o se trate, precisamente, de actuar frente a éstos— del Ministerio Fiscal.

Por otra parte, el art. 4 de la referida Ley 1/1996, de 15 de enero (LOPJM) legitima expresamente al Ministerio Fiscal para actuar de oficio, a instancia del menor o de cualquier otra persona, en caso de intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor. En el supuesto de que los medios de comunicación reali-

1997, págs. 96-102; PANTOJA GARCÍA, Felix, "El Ministerio Fiscal y los menores en desamparo y en conflicto social", en *El derecho y los servicios sociales*, obra coordinada por Leticia GARCIA VILLALUENGA, Ed. Comares, Granada, 1997, págs. 233-247; DEL MORAL GARCÍA, Antonio, "Derechos humanos, menores y Ministerio Fiscal", *La Ley*, 1998, tomo VI, (D-316), págs. 2216-2220.

zaran una intromisión ilegítima en la intimidad, honra o reputación de los menores, o difundieran informaciones o imágenes contrarias a sus intereses, el Ministerio Fiscal podrá instar las medidas cautelares y de protección necesarias y solicitar las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. Asimismo, como no podía ser de otro modo, la Ley encomienda a los padres el deber de velar por la protección del derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen del menor[211].

> Así, podría suceder que los padres ejerzan las acciones oportunas alegando la vulneración por la Administración del derecho a la intimidad familiar del menor como consecuencia de determinadas actuaciones, desarrolladas en el entorno socio-familiar del menor, dirigidas a constatar o intervenir en una posible situación de riesgo o desamparo. En este caso, al efecto de determina la posible ilegitimidad de la intromisión, sería aplicable el art. 8 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y la jurisprudencia sobre el mismo del Tribunal Europeo de Derecho Humanos. En efecto, el art. 8 del Convenio, bajo el título *derecho al respeto a la vida privada y familiar*, establece que no podrá haber injerencia de la autoridad pública que no hubiera sido prevista en una ley, tenga una finalidad legítima (en este caso la protección de los derechos del menor) y constituya una medida necesaria en una sociedad democrática.[212]

La propia Ley también atribuye expresamente al Fiscal legitimación para ejercer las acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita, esto es, aquella dirigida a menores con mensajes, imágenes o expresiones de violencia, explotación en las relaciones interpersonales o que refleje un trato degradante o sexista (art. 5)[213].

Asimismo, la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero (LOPJM) prevé que cuando la pertenencia del menor o sus padres a una asociación perjudique el desarrollo integral del menor, cualquier interesado —ya sea una persona privada o una entidad pública— podrá dirigirse al Ministerio Fiscal a fin de que promueva las medidas jurídicas de protección que estime necesarias

---

[211] Según dispone la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, no se apreciará intromisión ilegítima cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expresado (art. 2). En el caso de los menores, el art. 3 dispone que este consentimiento "deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten... en los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su represente legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez".

[212] Entre muchas otras, Sentencia Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 26 de febrero 2002 (JUR 2002\90046) o la STEDH de 24 de marzo de 1988 (TEDH 1988\2).

[213] Ver, asimismo, el art. 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad. Los arts. 25 y ss. de la Ley regulan el procedimiento a seguir para el ejercicio de estas acciones. En Cataluña, la protección de los menores en el ámbito de la publicidad, medios de comunicación y espectáculos esta regulada en la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes (arts. 33 a 39); preceptos que han sido desarrollados por el Decreto 75/2006, de 11 de abril, en lo relativo al ejercicio de la potestad sancionadora.

(art. 7.2)[214]. El Ministerio Fiscal podrá solicitar a la Administración competente que estudie y valore la situación del menor al efecto de determinar si pudiera concurrir una situación de riesgo o desamparo que hiciera necesaria la adopción de medidas administrativas de protección.

Además, debe destacarse la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de los menores en muchos otros ámbitos. Así, el Fiscal actúa en interés del menor en los procesos tramitados como consecuencia de las crisis matrimoniales. El Fiscal también tiene encomendado el ejercicio de la acción penal en defensa de menores víctimas de delitos y, en su caso, el ejercicio de la acción civil derivada del delito.

El Ministerio Fiscal tiene atribuido, asimismo, un papel fundamental en el control de la acción protectora de los menores encomendada a las Administraciones públicas. En especial, en el ámbito de la tutela y la guarda administrativa. Ahora bien, dada la centralidad de esta materia en el marco del presente estudio, esta cuestión será tratada más adelante, en el capítulo dedicado a examinar el control de la actuación de las Administraciones en materia de protección de menores[215].

Por último, poner de relieve el protagonismo que la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, atribuye al Ministerio Fiscal[216]. En este ámbito la posición del Ministerio Fiscal es relevante en su doble condición de institución que constitucionalmente tiene encomendada la función de promover la acción de la Justicia y la defensa de la legalidad, así como de los derechos de los menores, velando por el interés de éstos. Así, el art. 6 de la Ley establece que "corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquellos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento".

[214] El Ministerio Fiscal ejercerá las oportunas acciones penales si estima que los hechos pudieran ser constitutivos de infracción penal. El art. 515.3 del Código Penal considera como asociación ilícita, entre otras, aquellas "que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución".

[215] Ver el Capítulo VII, el epígrafe I sobre "La intervención del Ministerio Fiscal en el ámbito de la protección pública de menores. Las actuaciones procesales y extraprocesales".

[216] Sobre el papel del Ministerio Fiscal en este ámbito, SEÑA MEDINA, Guillermo, "El Ministerio Fiscal y la Ley orgánica sobre responsabilidad penal de los menores", en *La protección de los Menores. Derechos y recursos para su atención*, coordinadora Mª. Teresa Martín López, Civitas, 2001, págs. 177-193.

III. PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTUACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE MENORES

Nuestro Ordenamiento jurídico establece una serie de principios jurídicos que rigen la actuación de las Administraciones públicas en materia de atención y protección de menores[217].

1. El alcance general de la protección pública a los menores. El principio de igualdad

En España *todos* los menores gozan de los derechos y la protección que les reconoce la Constitución, los Tratados Internacionales de los que España sea parte —en especial, la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas— y los demás derechos garantizados en el Ordenamiento jurídico, *sin ningún tipo de discriminación*, por razón de nacimiento, sexo, raza, etnia, nacionalidad, o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social[218]. Por tanto, el derecho de los menores en situación de riesgo, desamparo o dificultad social a la asistencia y protección de las Administraciones públicas tiene un alcance general, se extiende a *todos* los menores que se encuentren en el territorio español.

> La Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989 dispone en su art. 2.1 que los Estados Partes deberán respetar y asegurar a los menores los derechos reconocidos por la Convención "*sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales*".

Por tanto, los derechos que la Convención atribuye a los menores corresponden también a los que residan de forma irregular en el territorio de un

---

[217] Art. 11.2 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; y, en Cataluña, la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes (capítulo II). Por otra parte, estos principios están expresamente contemplados en la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño de 1989 (entre otros, arts. 2, 3, 6 y 12). Sin embargo, en las Observaciones finales realizadas por el Comité de los Derechos del Niño (CRC/C/15/Add.185, de 7 de junio 2002), tras el examen del segundo informe periódico de España, se pone de relieve que estos principios no se reflejan plenamente en la legislación y en las decisiones administrativas y judiciales, ni en las políticas y programas relevantes para la infancia de ámbito nacional y local. Por ello, se recomienda a nuestro Estado que integre los principios de la Convención en todas las leyes relevantes para los menores y que los aplique en todas las decisiones políticas, judiciales y administrativas, así como en proyectos, programas y servicios.

[218] Así lo establece expresamente la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (art. 3 en relación con el art. 1). Como no podía ser de otro modo, se manifiestan en el mismo sentido los diversos legisladores autonómicos en las respectivas leyes de protección de menores.

Estado parte[219]. Además, debe tenerse en cuenta que, en nuestro Ordenamiento, la protección de estos derechos viene garantizada por nuestra Norma Suprema (art. 39.4 de la Constitución). Por tanto, los poderes públicos deben garantizar a *todos* los menores los mismos derechos sin ningún tipo de discriminación. Por supuesto, también y, de forma especial, el derecho a la asistencia y protección en caso de necesidad, ya que este derecho constituye una garantía para el disfrute de todos los demás y el pleno desarrollo de la personalidad[220]. De forma que a estos efectos deberá ser indiferente que los menores tengan residencia legal en el territorio del Estado[221]. En nuestro Ordenamiento, los poderes públicos tienen encomendado brindar asistencia y protección a *todos* los menores que se encuentren en territorio español, con independencia de su origen, nacionalidad o cualquier otra circunstancia[222].

> Sin embargo, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en las Observaciones finales (CRC/C/15/Add. 185, 7 de junio 2002) realizadas a la vista del segundo informe periódico presentado por España, manifiesta su preocupación porque *el principio de no discriminación no se aplica plenamente, en especial en el caso de los hijos de inmigrantes ilegales y los menores no acompañados*[223]. El propio Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General nº 6, de 1 de septiembre 2005 (CRC/GC/2005/6) ha señalado, en el párrafo 18, lo que sigue: "el principio de no discriminación, en todas sus manifestaciones, se aplica a todos los aspectos del trato de los menores separados y no acompañados (se refiere a los menores inmigrantes). En particular, prohíbe toda discriminación basada en la situación de no acompañados o separado del menor o en su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante. Este principio no excluye —e incluso puede exigir— la diferenciación fundada en la diversidad de necesidades de protección, como las asociadas a la edad o al género. Deben tomarse también disposiciones en previsión de hipótesis de prejuicios o de actitudes de rechazo social de los menores no acompañados o separados...".

En consecuencia, los menores extranjeros en situación de desamparo o dificultad social deberán ser protegidos y, en su caso, tutelados por las Administraciones competentes, con independencia de que tengan o no residen-

[219] En el curso de la elaboración de este precepto, el representante de Estados Unidos presentó una enmienda en virtud de la cual los derechos de la Convención sólo se aplicarían a los niños que vivieran de forma legal en el territorio de un Estado. Sin embargo, esta enmienda fue rechazada. Vid. ALVAREZ VELEZ, Mª. Isabel, *La protección... cit.*, pág. 84, nota 16.

[220] Arts. 10, 12, 14, 17 y 18 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

[221] En cambio, el Convenio de la Haya número X, de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores (ratificado por España el 29 de abril de 1987) establece en su art. 1 que "las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado de residencia habitual del menor, serán competentes para adoptar medidas encaminadas a proteger su persona o sus bienes". No obstante, España formuló en el momento de su ratificación la siguiente reserva "El Estado español limita la aplicación del siguiente Convenio a los menores que tengan la nacionalidad de un Estado contratante". Por tanto, su aplicación se ve restringida. En cambio, el art. 13 del Convenio establecía su aplicación a todos los menores que tengan su residencial habitual en uno de los Estados contratantes.

[222] Arts. 1 y 3 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

cia legal. De forma especial, los menores inmigrantes no acompañados (los denominados MEINAS), debido a su especial situación de desprotección o vulnerabilidad. A estos efectos no tiene relevancia cual sea la ley personal del menor.

En efecto, el art. 9.6 del Código civil establece que "será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español". Así, la Ley orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, reconoce el derecho de los menores extranjeros a recibir asistencia y protección de las Administraciones públicas, incluso cuando no residan legalmente en España. Los menores extranjeros, comunitarios o extracomunitarios, cualquiera que sean sus circunstancias personales, sociales o legales tienen derecho a beneficiarse de las medidas y servicios públicos de atención y protección de menores en las mismas condiciones que los españoles. Asimismo, tienen derecho a que las Administraciones competentes asuman su guarda o tutela cuando concurran las circunstancias que lo requieran. La propia Ley contempla la asunción de la tutela por la Administración de los menores inmigrantes no acompañados —menores que han llegado a nuestro país sin la compañía de un adulto que vele por ellos— dada su situación de desamparo (art. 10.3 y 4). Es más, la Ley de extranjería considera regular a todos los efectos la residencia de los menores extranjeros indocumentados que sean tutelados por una Administración; la Administración autonómica que tiene atribuida su tutela está legalmente obligada a solicitar a la Administración del Estado, en interés del menor, el permiso de residencia y esta última obligada a otorgarlo[224].

En el caso de Cataluña, la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes, ha establecido que "*todos* los niños deben ser tratados igual por la Ley. *Los niños y adolescentes no pueden ser objeto de discriminación* por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión

[223] El Comité exige que en el próximo informe periódico se incluya información específica sobre las medidas y programas, que sean relevantes para la Convención de los Derechos del Niño, que haya adoptado España para cumplir con la Declaración y el Programa de Acción adoptados en la Conferencia Mundial sobre Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia e Intolerancia 2001.

[224] Los efectos de la autorización de residencia "se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores". Ver el art. 35.4 de la Ley orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en relación con el art. 92 del Reglamento de ejecución de la Ley, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. No obstante, en la actualidad, las Administraciones estarían incumpliendo este mandato legal. Así se pone de relieve en el Informe realizado por "Federación SOS Racismo" (agosto 2004) sobre "Menores en las fronteras: de los retornos efectuados sin garantías a menores marroquíes y de los malos tratos sufridos". Por lo que se refiere a la protección de los menores inmigrantes no acompañados en el Derecho italiano, PASTORE, M. y CONSOLE, M., "L'immigrazione e i rapporti familiari", a cura de LENTI, Leonardo, *Tutela civile del minore e Diritto sociale della famiglia*, en ZATTI, Paolo, *Trattato di Diritto di Famiglia*, Vol. sesto, Giuffrè, Milano, 2002, págs. 668 y ss.

política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, condiciones físicas, psíquicas o sensoriales, estado de salud, nacimiento o cualquier otra condición del niño o el adolescente y de sus padres o representantes legales" (art. 7). La propia Ley encomienda a los poderes públicos la obligación de garantizar a *todos* los menores que residan o se hallan transitoriamente en Cataluña el ejercicio de sus derechos y su desarrollo integral en los ámbitos familiar y social (art. 1). Asimismo, el legislador catalán ha encomendado a la Administración de la Generalitat la obligación de brindar protección a *todos* los "menores desamparados domiciliados o que se hallen eventualmente en Cataluña" y, por tanto, asumir su tutela sin ningún tipo de discriminación[225]. De modo similar se expresan el resto de leyes autonómicas sobre protección de menores.

En consecuencia, a la vista del Ordenamiento vigente, en ningún caso estaría justificado que las Administraciones públicas brindaran un trato diferente a los menores. Los menores nacionales, los menores extranjeros de países comunitarios, los menores extranjeros no comunitarios con o sin residencia legal y los menores inmigrantes no acompañados, deben gozar de los mismos derechos y protección sin distinción y discriminación alguna. Todos ellos son titulares de los derechos que forman parte del estatuto indisponible del menor[226] y todos ellos tienen derecho a recibir de las Administraciones competentes el mismo nivel de asistencia y protección, con el fin de garantizarles plenamente el goce de sus derechos y el desarrollo integral de su personalidad. En otro caso, se estaría produciendo una vulneración de un derecho fundamental, por tanto susceptible de amparo constitucional (art. 14 en relación con el art. 39.4 de la Constitución)[227].

---

[225] Arts. 1 y 2 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, en relación con el art. 19 de la Ley 8/1995, de 27 de julio.

[226] STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ. 5.

[227] Por ello debe cuestionarse el contenido del art. 9.3 de la Ley orgánica 4/2000, de 22 de diciembre, de derecho y libertades de los extranjeros. En efecto, en el apartado 1 del art. 9 se dispone que "*todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles*, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas". Sin embargo, a continuación, en el apartado 3 sólo se contempla el derecho a la educación de naturaleza no obligatoria a los extranjeros residentes, al establecer que "los extranjeros *residentes* tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas". Así, teniendo en cuenta que la educación obligatoria es hasta los dieciséis años, nos hemos de preguntar qué sucede con el derecho a la educación no obligatoria en el caso de aquellos menores entre dieciséis y dieciocho años. El Consejo General del Poder Judicial, en su informe al anteproyecto de reforma de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, afirmaba respecto al derecho a la educación que "se trata de un derecho que afecta de manera directa e inmediata a la dignidad de la persona, máxime si se tiene en cuenta la previsión de la Convención sobre Derecho del Niño... cuyo artículo 2 contempla los derechos del niño independientemente del status regular o no de sus padres". Esta

2. El interés superior del menor

A) *El interés superior del menor en nuestro Ordenamiento jurídico*

El principio del interés superior del menor constituye el principio jurídico básico de todo el Derecho relativo a los menores. Este principio rector permite calificar el Derecho de menores como Derecho estatutario, en atención a la especial protección que el Ordenamiento brinda a los menores en todos los ámbitos. En todas las decisiones relativas a los menores que adopten las instituciones públicas o sujetos privados deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir[228]. Así, este principio vincula a todos los poderes públicos, desde el legislador hasta los Tribunales de Justicia pasando por el Gobierno y las Administraciones públicas. Por ello, el examen del Ordenamiento, en cualquier de las áreas —ya sea el ámbito penal, laboral, procesal, civil, internacional— pone de relieve que todas las instituciones jurídicas sufren modulaciones cuando se refieren o tienen en cuenta un menor.

Según han afirmado los Tribunales, "dicha primacía del interés del menor sobre cualquier otro derecho o expectativa legítima que pudiera tenerse con relación a él se enmarca dentro del principio general de protección a la infancia que debe inspirar toda la legislación en relación con los menores, a tenor del artículo 39 de nuestra Constitución".

> El propio Tribunal Supremo ha declarado que el principio del interés superior del menor supone que las normas jurídicas deben interpretarse en la línea de favorecer al menor[229]. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2002\286398), el Tribunal invoca el principio del interés superior de los menores, sobre cualquier otro que se estime legítimo (fundamento segundo) y declara que, conforme a este principio, "debe procurarse, ante todo, el beneficio o interés de los menores, en orden a su desarrollo personal y a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima de los legítimos intereses de los progenitores, constituyendo, este principio de protección in-

Convención asegura su aplicación a todos los menores "sin distinción alguna" (art. 2). Por otra parte, el derecho a la educación de los menores es esencial para garantizar el pleno desarrollo de su personalidad. En Cataluña, el Decreto 188/2001, de 26 de julio, de los extranjeros y su integración social, estableció en su art. 4.6 que "El Departamento de Enseñanza y el Departamento de Bienestar social adoptarán las medidas necesarias para facilitar el acceso de los extranjeros inscritos en el padrón de cualquiera de los municipios de Cataluña a la enseñanza de naturaleza no obligatoria y a los centros de formación de adultos, respectivamente". Sin embargo, este precepto fue recurrido por la Administración del Estado y anulado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de noviembre de 2004 (Sección 5ª, recurso nº. 880/2001). Sobre esta cuestión ver FABREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *Protección... cit.*, págs. 64-65.

[228] Art. 2 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; y en el mismo sentido se expresan las diversas leyes autonómicas de protección de menores.

[229] STS de 20 de abril de 1987 (Ar. 2727). Ver, asimismo, entre otras, el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio 2002 (JUR 2002\233517) o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de febrero 1996 (AC 1996\375).

> tegral y preferente de los hijos menores, un criterio teleológico de interpretación normativa que debe presidir la aplicación de la ley".

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 1989, establece que "en *todas* las medidas concernientes a los niños que tomen *las instituciones públicas o privadas de bienestar social*, los tribunales, *las autoridades administrativas* o los órganos legislativos, *una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño*" (art. 3.1)[230]. Así, en la medida que nuestra Constitución reconoce a los menores la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos —de forma especial la referida Convención— el principio del interés superior del menor adquiere rango constitucional (art. 39.4).

> Según se afirma en el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 1 de julio de 1997 (AC 1997\1532), el principio del interés del menor debe presidir cualquier resolución conforme al derecho tradicional y a la actual legislación en la que se ha acentuado, aún más, ese principio fundamental del "*favor minoris*", consagrado solemnemente en el art. 39 CE y sancionado en Convenios Internacionales (Nueva York 1990 —se refiere a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño) en los que el interés superior del menor es también una constante plenamente afianzada".

La Ley estatal 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código civil, ya había generalizado el interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con el mismo, tanto administrativas como judiciales. Con posterioridad, la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, ha establecido que en su aplicación "*primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*" (art. 2)[231]. Este precepto establece una norma para la resolución de los conflictos que pudieran plantearse al concurrir el interés superior del menor con otros intereses igualmente legítimos, ya sean los intereses privados de padres, tutores o familiares como otros intereses públicos también objeto de protección[232]. Asimismo, con relación a los menores des-

[230] Además, la propia Convención contempla el "interés superior del niño" en otros preceptos, como el art. 9.1, el art. 18.1, el art. 20.1, el art. 21, el art. 37 c) y el art. 40.2.a). Por otra parte, la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo (Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992), dispone en su punto 8.14 que "*toda decisión* familiar, *administrativa* o judicial, *en lo que se refiere al niño deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguarda de sus intereses*".

[231] Asimismo, en Cataluña, el Parlamento ha declarado que "la protección de la infancia debe basarse en el *interés superior del niño* y fundamentarse en los principios de la libertad y la dignidad de éste y en el respeto a sus señas de identidad y a sus características individuales y colectivas". Con posterioridad, la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, bajo el título *el interés superior del niño y el adolescente*, establece en su art. 3 que "*el interés superior del niño y el adolescente debe ser el principio inspirador de las actuaciones públicas y* las decisiones y actuaciones que les conciernen adoptadas y llevadas a cabo por los padres, tutores o guardadores, *las instituciones públicas o privadas encargadas de protegerles y asistirles o por la autoridad* judicial o *administrativa*".

[232] Vid. VARGAS CABRERA, Bartolomé, "El Ministerio Fiscal... *cit.*, pág. 15.

amparados cuya guarda o tutela asume la Administración, el art. 172.4 del Código Civil dispone que "*se buscará siempre el interés del menor*"[233].

> Los Tribunales, en el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 19 de mayo 2001 (JUR 2001\303272), declaran que "*el principio del interés del menor* recogido en los Convenios internacionales y en nuestro Derecho positivo, no es una mera declaración programática, sino que constituye la *finalidad legal de la actuación pública* y causa de los correspondientes actos administrativos —se refiere el Tribunal a la resolución administrativa de declaración de desamparo—; este principio debe primar siempre sobre el interés de padres, abuelos o guardadores"[234]. "Y el interés futuro sobre el presente", se añade en el Auto Audiencia Provincial de Sevilla de 23 noviembre 1999 (AC 1999\8672).

B) *La determinación del interés superior del menor*

Por tanto, en nuestro Ordenamiento el *interés superior del menor* ya no es sólo un principio general del Derecho. En la actualidad, se trata de un principio acogido expresamente por el Derecho positivo con el más alto rango y, por tanto, una norma de obligado cumplimiento por los sujetos públicos y privados. Ahora bien, las normas jurídicas que proclaman este principio no establecen en qué consiste el interés de menor. Estaríamos ante un concepto normativo indeterminado que debe ser precisado en el momento de su aplicación por las autoridades públicas o personas privadas encargadas de proteger y asistir a los menores, tras escuchar a los mismos[235].

Así, calificado el "*interés superior del menor*" como un concepto jurídico indeterminado, procede realizar una radiografía del mismo con el fin de acometer la tarea de precisar su contenido. Pues bien, en la estructura de todo concepto jurídico indeterminado se distingue: un núcleo fijo o zona de certeza positiva, en la que es seguro que nos movemos dentro del concepto; una zona de certeza negativa, también segura en cuanto a la exclusión del concepto; y una zona intermedia o de incertidumbre[236]. Por tanto, el siguiente paso sería identificar el contenido del concepto "*interés superior del menor*" en cada una de estas zonas.

---

[233] De igual modo, en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores, la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, acoge como criterio rector el *interés del menor*, según resulta de su propia Exposición de Motivos (apartado 8 *in fine)* y del articulado de la misma (por ejemplo, art. 7.3 al referirse a la elección de las medidas punitivas aplicables).

[234] Ver, asimismo, entre muchas otras, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1992 (AC 1992\1326), el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 10 de junio de 1992 (AC 1992\894) o la Sentencia Audiencia Provincial de Cádiz de 15 febrero 2000 (AC 2000\1329).

[235] Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 54 y 57.

[236] Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo I*, Civitas, Madrid, 10ª ed., 2000, pág. 460.

Ahora bien, debe advertirse que en esta tarea será necesario tener presente la condición de persona del menor y su desarrollo evolutivo. El menor es ante todo una persona y, por tanto, su interés consistirá esencialmente en protegerle como tal, lo que supone, en primer término, la protección de los derechos fundamentales y los derechos de carácter personal y, como consecuencia de ello, el conjunto de derechos reconocidos por el Ordenamiento. Además, el desarrollo evolutivo de los menores obliga a considerar no sólo el momento presente, sino también un futuro que permita el desarrollo integral de su personalidad. En este proceso de formación deberá estar implicado el propio menor, como protagonista activo. Pues bien, desde esta perspectiva deberá concretarse en cada caso el interés del menor[237].

Así, en primer lugar, la *zona de certeza positiva* del concepto nos indica las condiciones o circunstancias en las que es seguro que se respeta el interés del menor. Así sucederá cuando constatemos que el menor tiene plenamente garantizados los derechos que el Ordenamiento le reconoce y, con ello, el desarrollo de su personalidad. Por tanto, cuando las Administraciones públicas adoptan una concreta decisión respecto a un menor, habrán de considerar, de modo particular, si con la misma quedan garantizados sus derechos fundamentales y los derechos de contenido personal[238]. El interés del menor requiere, en primer término, garantizar la protección de sus derechos fundamentales y los bienes y valores que los mismos encarnan: su dignidad, el respeto a su libertad, el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la vida familiar, el derecho a la educación, a la salud, en definitiva, el pleno desarrollo de su personalidad[239]. Este constituiría el *núcleo fijo o zona de certeza positiva* del concepto normativo indeterminado que se examina.

Por el contrario, todas aquellas circunstancias que suponen una lesión o menoscabo de los derechos fundamentales de los menores se situarán en la *zona de certeza negativa* del concepto "interés del menor". Además, el propio legislador nos indica una serie de situaciones que son contrarias a dicho interés, en la medida que son constitutivas de una situación calificada legal-

[237] RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "Límites a la libertad religiosa... *cit.*, págs. 245-299.

[238] Entre otras, Sentencia Audiencia Provincial de Girona de 12 de julio 2002, F.D. tercero (AC 2002\1156)

[239] El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en la Observación General nº 6, de 1 de septiembre de 2005, sobre "Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen" (CRC/GC/2005/6), establece (pág. 9) que el principio del interés superior del niño es la consideración primordial en la búsqueda de soluciones a corto y a largo plazo en relación con los menores inmigrantes no acompañados. Y añade que "la determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección. Así pues, permitir el acceso del menor al territorio es condición previa de este proceso de evaluación inicial, el cual debe efectuarse en un ambiente de amistad y seguridad y a cargo de profesionales competente formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género". Además, advierte que deberá documentarse la determinación del interés del menor.

mente como de riesgo, desamparo o dificultad social. Parece claro que quedarían excluidas del concepto todas aquellas situaciones contempladas por los legisladores —estatal y autonómicos— como conducente a la declaración de alguna de estas situaciones[240]. Así, una vez excluida la zona de certeza negativa, aquella en la que es seguro que desaparece todo interés para el menor, nos queda por delimitar la zona intermedia o de incertidumbre del concepto.

Pues bien, en esta *zona de incertidumbre* es donde el aplicador de la norma deberá buscar la decisión más adecuada al caso concreto en consideración a las circunstancias concurrentes, condiciones que deberán ser debidamente ponderadas y valoradas a la hora de precisar aquello que sea más conveniente u oportuno para el *interés* de *ese* menor. Esta labor la deberá realizar, en cada caso, la persona a la que el ordenamiento encomienda actuar en interés del menor y, claro está, la decisión final queda sometida a un posterior control judicial. Ahora bien, la persona a la que el Ordenamiento encomiende la concreción del interés del menor no deberá actuar *guiada* por criterios o valores personales, *sino por los principios y valores acogidos por nuestro sistema jurídico*[241].

Así, la Administración competente, en el momento de acordar la medida de protección más adecuada para un menor y, muy en particular, al determinar la aplicación de medidas que comporten la intervención en el seno familiar o la separación del menor de su familia, deberá valorar y ponderar, por un lado, el derecho del menor a la vida familiar y, por otro, el perjuicio o menoscabo que la garantía de este derecho pudiera provocar sobre otros derechos del menor; en especial, aquellos otros derechos que de modo especial resguardan la dignidad del menor como persona y condicionan su pleno desarrollo[242].

> Así, en la STC 221/2002, de 25 de noviembre, se ponderan, por un lado, el riesgo para el derecho fundamental a la integridad moral del menor (art. 15 CE) en relación con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y, por otro, el derecho a la vida familiar (que se vincula al derecho fundamental a la intimidad familiar) que hubiera supuesto el retorno con los padres y, tras esta ponderación, el Tribunal hace prevalecer el primero[243].

---

[240] Ver en el Capítulo IV, la caracterización legal de la situación de riesgo y de dificultad social y en Capítulo V las circunstancias que caracterizan la situación de desamparo.

[241] Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés... cit.*, págs. 108 y ss. y el mismo autor en "Límites a la libertad religiosa... *cit.*, pág. 282.

[242] Según afirma la Convención de Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño "los Estados velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el *interés superior del niño*". A continuación, el propio precepto contempla alguno de los supuestos en que tal determinación pudiera ser necesaria "por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres" (art. 9.1).

[243] En la STC 141/2000, de 29 de mayo (F.J. 5), el Tribunal Constitucional ha declarado que "sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de

En consecuencia, cuando deba adoptarse una decisión relativa a los menores será necesario buscar el interés del concreto menor en aquella determinada situación. Además, en su condición de personas en desarrollo, deberá considerarse no sólo el interés presente sino también el futuro, de forma que quede debidamente garantizado el *desarrollo* de la personalidad del menor[244].

Por otra parte, según establece el legislador, en la determinación del interés de menor deberán tenerse en cuenta sus opiniones y anhelos. El propio menor debe participar en la concreción de cuál sea su *interés*. Ello no significa que se delegue en el menor la adopción de la decisión que más le conviene. El interés del menor no tiene forzosamente que coincidir con los deseos expresados por él mismo[245]. El valor y trascendencia que deba darse a las opiniones y deseos del menor dependerá, en cada caso, de su grado de discernimiento y madurez.

Por ello, en ocasiones será conveniente la colaboración de especialistas que ayuden a determinar cuales son verdaderamente los anhelos e intereses del menor. Así, en los procedimientos tramitados por las Administraciones para adoptar decisiones relativas a los menores, generalmente está prevista la intervención de profesionales o equipos técnicos. Estos equipos están formados por especialistas de diversas áreas de conocimiento, que informan y asesoran a la Administración acerca de las decisiones más adecuadas para el interés del menor[246]. De nuevo debe subrayarse que el principio del interés del menor constituye la finalidad legal de la actuación administrativa en esta materia[247].

3. La obligación de escuchar al menor en todas las decisiones que le afecten. La audiencia del menor

La condición de los menores de personas en desarrollo, que sólo de forma progresiva adquieren plena capacidad para actuar por sí mismos todos sus

---

otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el "superior" del niño (SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio; STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann)".

[244] Entre otras, Sentencia Audiencia Provincial de Girona de 12 de julio 2002, F.D. tercero (AC 2002\1156).

[245] Así lo ha afirmado expresamente el Auto de la Audiencia Provincial de Palencia de 15 de octubre 2001 (AC 2001\2216).

[246] En Cataluña, existen equipos de atención a la infancia y adolescencia (EAIAs) distribuidos por todo el territorio, formados generalmente por un psicólogo, un pedagogo y un asistente social. Estos equipos tienen, entre otras, la función de valorar y diagnosticar la situación de los menores en posible riego o desamparo y proponer, en su caso, las medidas de protección más adecuadas. Sin embargo, para una actuación más eficaz, sería aconsejable la presencia de un jurista especializado en infancia entre los miembros del equipo técnico; en aquellos casos en que se hace necesario ponderar entre derechos en conflicto es fundamental la presencia de un jurista con conocimientos en la materia.

[247] Según declara expresamente el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 19 de mayo de 2001 (JUR 2001\303272).

derechos, está estrechamente vinculada con el derecho que el propio Ordenamiento les reconoce a ser escuchados en el momento de adoptar cualquier decisión que les afecte.

> La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, establece en su art. 12 que "1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, *el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño,* teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
>
> 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en *todo procedimiento* judicial o *administrativo* que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional"[248].

Así, como no podía ser de otro modo, tanto la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, como las diversas leyes autonómicas sobre protección de menores, reconocen expresamente el derecho de los menores a ser escuchados en todos los procedimientos que conduzcan a una decisión que les afecte. El art. 9.1 de la citada Ley orgánica establece que "el menor tiene *derecho a ser oído*, tanto en el ámbito familiar como *en cualquier procedimiento administrativo* o judicial en que esté directamente implicado y *que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social*". El propio precepto añade en el apartado 3 que "cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, *la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquellos*"[249]. Este precepto tiene carácter de ley orgánica y, como vemos, no establece límite alguno (ni de edad, ni de madurez) para el ejercicio del derecho del menor a ser escuchado y la consiguiente obligación de las Administraciones públicas de darle audiencia en los procedimientos tramitados para dictar una decisión que le afecte.

> En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de abril 2002 (JUR 2002\185690), el Tribunal advierte que "conforme al artículo 9 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del menor, éste tiene *derecho a ser oído* tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social, *y ello sin la limitación establecida en el Código Civil re-*

[248] Asimismo, la Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992, establece la necesidad de escuchar a los menores cuando se adopten decisiones familiares, administrativas o judiciales que les afecten (art. 8.14).

[249] Según afirma el propio legislador en la Exposición de Motivos de la citada Ley, "el concepto *ser escuchado si tuviere suficiente juicio* se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos... El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás".

lativa a la obligatoria audiencia a los menores una vez superados los doce años". El propio Tribunal advierte que la falta de audiencia conduce a la nulidad del procedimiento[250].

Asimismo, en nuestro Ordenamiento son numerosas las normas que imponen la obligación de escuchar al menor en procedimientos concretos. Así, por ejemplo, el legislador catalán ha dispuesto que en el momento de decidir la medida de protección aplicable a los menores desamparados tutelados por la Administración, "debe ser oído el menor de más de doce años, y el de menos de doce si tiene suficiente conocimiento y es posible"[251]. En el supuesto de que el menor carezca de la madurez necesaria para expresar directamente una voluntad razonada y razonable, la Administración deberá buscar la colaboración de especialistas que permitan indagar y conocer los deseos e intereses del menor[252].

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las Administraciones públicas que tramitan un concreto procedimiento administrativo deberán dar audiencia a todos los interesados, también cuando estos sean menores, al efecto de que estos puedan examinar el expediente y realizar las alegaciones que estimen convenientes[253]. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), también reconoce capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas a "los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad,

[250] Ver, asimismo, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de febrero 1996 (AC 1996\375).

[251] Art. 5.4 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados. Este precepto debe ser interpretado a la luz de lo dispuesto en el art. 9 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Por tanto, todos los menores tienen derecho a ser oídos, cualquiera que sea su edad, ya sea directamente o a través de una persona que le represente. Del mismo modo deberá interpretarse el art. 11 del Decreto 2/1997, de 7 de enero, sobre protección de los menores desamparados, que tan solo contempla la necesidad de escuchar al menor de más de doce años. En el Anteproyecto de Ley por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña (abril 2006), el art. 211-6.1 establece que "la persona menor de edad, de acuerdo con su edad y capacidad natural y en todo caso si ha cumplido doce años, tiene derecho a ser informada y escuchada antes de que se adopte una decisión que le afecte directamente en su esfera personal o patrimonial".

[252] Art. 9.2 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés... cit.*, págs. 132, 139-140. Sin embargo, en el Auto Audiencia Provincial de Toledo, de 2 de julio 1999 (AC 1999\1691), no se reconoce relevancia a la omisión del trámite de audiencia a los menores en el curso del proceso judicial, al considerar que por tener tres y cuatro años de edad "su audiencia es superflua" al carecer de juicio o criterio para decidir acerca del régimen de guarda que les resultaría más favorable. Ahora bien, el argumento del Tribunal es cuestionable, ya que la finalidad de la audiencia no es que el menor "decida" lo que resulta más conveniente para su interés, sino permitir al órgano decisorio contar con todos los elementos de juicio, también con los deseos y anhelos del menor, para adoptar la decisión más conveniente.

[253] Art. 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC).

tutela o curatela" (art. 30)[254]. Ahora bien, teniendo en cuenta las particulares características de estas personas, deberán ser especialmente informados y asesorados acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan y de los derechos que les asisten (art. 35 g) LRJ-PAC).

La necesaria audiencia del menor es expresión del obligado respeto a la personalidad del menor que nuestro Ordenamiento establece. Por ello, las Administraciones públicas deberán informales acerca de la situación y escuchar su opinión antes de adoptar una decisión que les afecte. Es importante destacar el derecho de los menores a ser escuchados ya que, en algunos casos, la instrucción de los procedimientos administrativos en materia de protección de menores está encomendada a profesionales de áreas no jurídicas, que desconocen los derechos que configuran el estatuto jurídico de los menores y los principios que rigen la actuación administrativa en esta materia[255]. Por otra parte, es evidente que para que los menores puedan manifestar sus deseos y anhelos es fundamental informarles previamente de las circunstancias que deberán tener en cuenta. Además, no será suficiente con limitarse a oír al menor, es necesario *escucharle*, lo que requiere intercambiar impresiones y argumentos, debatir con el menor. La finalidad es adoptar la decisión que, en el caso concreto, resulte más satisfactoria para el interés del menor.

En consecuencia, las normas procedimentales, ya sea en el ámbito administrativo o judicial, deben prever la audiencia del menor, respetando así el derecho de los menores a ser escuchados en todos aquellos procedimientos que les afecten. La falta de audiencia a los menores comportaría la nulidad de las actuaciones[256].

---

[254] Debe recordarse que la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en su art. 10 reconoce a los menores el derecho a recibir la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos y, en concreto, la posibilidad de solicitar protección y tutela a las Administraciones públicas. Asimismo, en Cataluña ver el art. 11 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes.

[255] Así, en Cataluña, la instrucción de los procedimientos administrativos en materia de desamparo está atribuida a los equipos técnicos, formados —como anteriormente se ha indicado— por un pedagogo, un psicólogo y un asistente social; por tanto, no cuenta en su composición con un jurista. Estos equipos tienen la obligación de escuchar al menor durante el proceso de estudio y evaluación de la situación (art. 11 del Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados).

[256] En la STC 143/1990, de 26 de septiembre, el Tribunal afirma, con relación a los procedimientos judiciales en materia de menores pero también aplicable a los procedimientos administrativos, que "el art. 24 de la Constitución garantiza no sólo el acceso al proceso y a los recursos legalmente establecidos, sino también el adecuado ejercicio del derecho de audiencia bilateral para que las partes puedan hacer valer sus pretensiones". Así, en la STC 221/2002, de 25 de noviembre (FJ. 5), el Tribunal considera vulnerado el art. 24.1 por prescindirse del trámite de audiencia a la menor y no hacer efectivo su derecho a ser oída en el procedimiento. En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de julio de 1996 (RJCA 1996\891), el Tribunal se declara competente para fiscalizar los aspectos formales de la resolución administrativa de desamparo y entra a examinar si se ha cumplimentado "la preceptiva audiencia de todos los interesados". En Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de abril 2002 (JUR 2002\185690), el Tribunal advierte de la necesidad de escuchar al menor en los procedimientos administrativos de desamparo, la falta de audiencia comportaría la nulidad de la resolución.

Asimismo, los menores también son titulares de intereses legítimos colectivos y, por tanto, en la medida que, de forma general o un colectivo concreto, pueda resultar afectado por una decisión administrativa, podrá personarse en el procedimiento administrativo que se trámite en calidad de interesado, ya sea personalmente o a través de las organizaciones representativas[257].

4. El principio de integración y reintegración familiar del menor corolario del derecho a vivir y relacionarse con la familia. El principio de subsidiariedad progresiva y el carácter gradual y flexible de la actuación administrativa

A) *El principio de subsidiariedad progresiva*

El derecho que asiste a los menores a vivir con su familia y, en su caso, a mantener relaciones con la misma, debe orientar la actuación de los poderes públicos en materia de protección de menores. Así resulta expresamente de la normativa internacional sobre los derechos de los menores de la que se ha hecho eco nuestro legislador —tanto el estatal como los autonómicos— y la jurisprudencia, tanto del Tribunal Europeo de Derecho Humanos como de nuestro Tribunales nacionales. Ahora bien, el principio del interés superior del menor podrá condicionar el alcance de este derecho y obliga a ponderarlo con otros con los que pudiera entrar en conflicto[258].

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, establece en su art. 9.1 que "Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño". En el apartado 3 de dicho precepto se añade que "los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño"[259].

En aplicación del referido mandato, la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, contempla entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos "el mantenimiento del menor en

[257] Art. 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

[258] Así, en la STC 221/2002, de 25 de noviembre, se ponderan el derecho de los padres a la vida familiar y el derecho del menor a la integridad moral y, la simple puesta en peligro de este último, lleva al Tribunal a anular la resolución impugnada por la que se había decidido el retorno de la menor con su familia y la revocación de la resolución de desamparo.

[259] Ver, asimismo, los arts. 5 y 18 de la Convención.

el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés"[260] (art. 11.2 b). Principio de prioridad de la propia familia que deben considerar en su actuación tanto las Administraciones como los Tribunales.

> Así, en el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 1 de julio de 1997 (AC 1997\1532) se afirma que "*el principio de prioridad de la propia familia*, sancionado en el ámbito del Derecho Internacional, que proclama el interés del niño a ser educado por sus padres naturales (Declaración de la Asamblea de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986, art. 3) indirectamente recogido en el art. 172 CC es vinculante para la autoridad judicial —debe añadirse que también para la Administración— en el sentido de que antes de acordar, en su caso, el acogimiento del menor o la constitución del vínculo adoptivo, ha de comprobar si se ha producido la integración de aquél en su propia familia, cuando ello redunde en su interés".

Así, del derecho que asiste a los menores a vivir y relacionarse con su familia derivan un conjunto de principios —proclamados por el legislador y los Tribunales— que vinculan la actuación de los poderes públicos: el principio de subsidiariedad progresiva y el carácter flexible de la intervención administrativa, el principio de reintegración familiar y el principio de integración familiar.

En efecto, en materia de protección de menores, las Administraciones públicas deberán actuar guiadas por el principio de subsidiaridad progresiva respecto de las obligaciones legales de padres o tutores[261]. El alcance e intensidad de las actuaciones administrativas de protección dependerá del grado de desatención que padezca el menor. Por ello, la Ley orgánica de protección jurídica del menor de 1996 (LOPJM), acogió la distinción entre menores en situación de riesgo y menores en desamparo. En el primer caso, la Administración adoptará medidas de protección en el propio entorno familiar del menor y, en el segundo, se aplicarán medidas que implican la separación del menor de su familia. De ahí la importancia, advertida por nuestros Tribunales, de delimitar con claridad las situaciones de riesgo y de desamparo y la necesidad de interpretar de forma restrictiva el concepto legal de desamparo[262].

---

[260] En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras, en la Sentencia de 19 de septiembre 2000 (asunto Benjamín Gnahoré contra Francia). De igual modo se han pronunciado nuestros Tribunales en diversas resoluciones, entre muchas otras, Auto Audiencia Provincial de Sevilla de 8 de marzo 2002 (AC 2002\260), Sentencia Audiencia Provincial de Jaén de 10 de enero 2002 (AC 2002\166); Auto Audiencia Provincial de Lleida de 2 abril 2001 (AC 2001\1284); Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de septiembre de 1999 (AC 1999\6328).

[261] Así lo establecen expresamente, por ejemplo, la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (art. 4 f); la Ley de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (art. 15); o la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 5 a).

[262] Entre muchas otras, Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre 2002 (JUR 2002\286398), Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio de 2002 (JUR 2002\233517) o Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de febrero 2000

B) *El carácter flexible y gradual de la actuación administrativa*

Además, la actuación de las Administraciones públicas en materia de protección de menores debe tener un carácter flexible. Esto es, en cada caso las medidas de protección deberán adaptarse a las cambiantes circunstancias del menor y su familia. Por ello, una situación calificada inicialmente de riesgo puede pasar a ser considerada como de desamparo y viceversa[263]. De manera que las medidas de protección deberán ser periódicamente revisadas, con el fin de adaptarlas en todo momento a las circunstancias del menor y su entorno socio-familiar[264].

> El Decreto andaluz 42/2002, de 12 de febrero, por el que se establece el régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de menores, establece en su art. 9.2 que "la situación de los menores sujetos a medidas de protección deberá ser *revisada*, al menos, con una periodicidad semestral"[265].

La referida circunstancia explica que, en la actualidad, la Ley de Enjuiciamiento Civil no establezca plazo alguno para recurrir ante el Juez las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. De forma que las partes podrán recurrir estas decisiones administrativas en cualquier momento[266]. Ello es así porque la medida de protección acordada por la Admi-

(AC 2000\512). Ver, más adelante, en el Capítulo V, cuando se analiza en el epígrafe I la situación de desamparo, el apartado sobre "la delimitación de las situaciones de desamparo y riesgo".

[263] Ver, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2002\286398).

[264] Asimismo, en el Derecho de Inglaterra y Gales se prevé el examen o revisión periódica y el control continuo de la situación del menor y su entorno familiar. Las autoridades administrativas tienen la obligación legal de revisar el caso de cada niño confiado a su custodia en intervalos de seis meses. La situación del niño se estudia regularmente a través de exámenes periódicos (case reviews) o de reuniones ad hoc (case conferences). En los reconocimientos y reuniones participan sobre todo los asistentes sociales responsables, los altos funcionarios de la Administración y otras personas, como inspectores sanitarios, médicos o policía. Los padres pueden ser invitados a asistir a estas revisiones o reuniones pero no tienen legalmente reconocido el derecho a asistir (ver a este respecto la STEDH de 8 de julio de 1987, asunto O. contra Reino Unido (TEDH 1987\14), en especial Aps. 39 y 40; o los hechos contemplados en la STEDH de 8 de julio de 1987, asunto B. contra Reino Unido (TEDH 1987\16). Asimismo, en el Derecho de Escocia se prevé la revisión o control continuo de las decisiones en materia de protección de menores; así, los padres tienen derecho a solicitar el examen de las decisiones judiciales sobre tutela pública cada seis meses, después del control que periódicamente se realiza (ver a este respecto la STEDH de 24 de febrero 1995, asunto McMichael contra Reino Unido, Aps 59 y 60 (TEDH 1995\9).

[265] Asimismo, en el art. 43 del Decreto se dispone lo que sigue "1. Cuando a consecuencia del seguimiento efectuado, se hubiera constatado que la medida protectora o el plan establecido empleado no se adaptase al actual desarrollo pisco-social de los menores, podrá acordarse su modificación, o promoverse judicialmente su cambio, según proceda... 2. Asimismo, los menores, sus padres o tutores, podrán solicitar la modificación de las medidas aplicadas cuando hubieran variado las circunstancias que motivaron su adopción".

[266] Por otra parte, los Tribunales han declarado que en esta materia no se produce el efecto de cosa juzgada, ya que los hechos valorados por el Tribunal en un momento dado pueden verse alterados por el paso del tiempo; en este sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 1 de julio de 1997 (AC 1997\1532).

nistración en un determinado momento puede venir posteriormente improcedente al cambiar la situación del menor o de su entorno socio-familiar.

Sin embargo, desde algunos sectores se han alzado voces que critican la ausencia de plazo para recurrir ante la autoridad judicial las resoluciones administrativas en materia de protección de menores[267]. En algunos casos la realidad práctica pondría de relieve que lo que se configuró en interés del menor, puede demostrarse contrario a ese interés. Así, se afirma que el interés del menor exigiría establecer ciertos límites. El menor no debería quedar de forma indefinida a la espera de que cambien las circunstancias que permitan el retorno con su familia. El pleno desarrollo de su personalidad exigiría que en un plazo prudencial pudiera disfrutar de forma estable y permanente de un adecuado entorno familiar[268]. De otro modo se corre el riesgo de poner en peligro la integridad moral del menor con la consiguiente lesión de este derecho fundamental (art. 15 de la Constitución)[269].

Por otra parte, el *control judicial* de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores no se circunscribe al momento en que fueron dictadas, no se trata de un control estático sino *dinámico*. El Tribunal controla la adecuación a la legalidad de la medida de protección adoptada por la Administración considerando la evolución de la situación que inicialmente se tuvo en cuenta. Este *control dinámico* se explica porque las Administraciones competentes están legalmente obligada adaptar en todo momento las medidas de protección a las nuevas circunstancias que afectan al menor[270].

---

[267] Vid. SERRANO CASTRO, Francisco y OCAÑA RODRIGUEZ, Antonio, "En busca de una más adecuada regulación del régimen de protección de menores. Propuesta de reforma del Código Civil y de la LEC" (http:// www.prodeni.org/Informes en fecha 24/02/2005).

[268] Así, en el Anteproyecto de Ley por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (abril 2006), se ha previsto que "el plazo para la interposición del recurso judicial contra la resolución que declara el desamparo es de dos meses contados desde la notificación del acto que la acuerda" (art. 226-2). Ahora bien, de forma paralela se establece que "sólo si se ha producido un cambio sustancial en las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo", los progenitores "pueden solicitar al organismo competente en materia de protección de menores, en el plazo máximo de dos años a contar desde la declaración de desamparo, que deje sin efecto dicha declaración, si ello no perjudica la persona del menor. En otro caso la resolución permanece firme".

[269] En la STC 221/2002, de 25 de noviembre, se valoran y ponderan el derecho de los padres a la vida familiar que se enmarca en el derecho fundamental a la intimidad familiar y el derecho a la integridad moral de la menor (art. 15 CE) en relación con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Pues bien, a decir del Tribunal para poder apreciar la vulneración del art. 15 CE no es preciso que la lesión de la integridad moral se haya consumado, sino que basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse. En el caso de que se constate que el retorno del menor con sus padres implica ese riesgo, deberá evitarse el retorno.

[270] En este sentido, la Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona de 21 noviembre 2002 (JUR 2003\61773). No obstante, HINOJOSA critica el alcance del control judicial en este ámbito y propugna que el Juez se limite a comprobar la adecuación al Ordenamiento de la resolución de desamparo atendiendo al momento en que dicho situación fue declarada. El autor acoge la concepción tradicional limitada al control judicial de actos previos de la Administración. Sin embargo, pasa por alto que, en la medida que la Administración está legalmente obligada a revisar las medidas de protección para adaptarlas a las nuevas circunstan-

C) *Los principios de reintegración e integración familiar*

La actividad de las Administraciones públicas en materia de protección de menores debe ajustarse al principio de integración familiar, garantizando la permanencia o reintegración en su entorno familiar y social, siempre que resulte beneficioso para aquel.

Así, en los casos de desamparo que hicieran necesario adoptar medidas de protección que impliquen la separación del menor de su familia, la Administración pública deberá actuar guiada por el principio de reintegración familiar. De forma que las Administraciones competentes deberán establecer medidas y programas de apoyo dirigidos a facilitar el retorno del menor con su familia. Por ello, la importancia de disponer un adecuado régimen de visitas, con el fin de mantener vivas las relaciones del menor con su familia y hacer posible la posterior reintegración familiar, claro está, siempre que ello resulte conveniente para el interés del menor.

> En el Auto de la Audiencia Provincial de Lleida de 2 de abril 2001 (AC 2001\1284), el Tribunal establece que el "principio de prioridad de la propia familia... comporta que el interés del niño pase, en primer término, por el derecho a ser educado por sus padres naturales, lo que exige a las autoridades judiciales (a la hora de controlar la actuación de la Administración) la previa *comprobación de si se ha producido o intentado la integración de aquél en su propia familia, siempre que redunde en su interés*. Tan sólo en aquellos casos en los que el retorno al ámbito familiar suponga o represente un riesgo o peligro para el superior interés del menor deberán procurarse cualesquiera otras medidas que permitan y posibiliten, con las suficientes garantías, el ambiente apropiado para procurar una formación y desarrollo adecuado a su edad y así alcanzar un desarrollo armónico"[271].

Además, en el supuesto de que lo más conveniente para el menor fuera la separación de su familia, las medidas de asistencia y protección que habrá de adoptar la Administración deberán dirigirse preferentemente a la "integración familiar" del menor, de modo preferible en la familia extensa o, en su caso, en familia ajena[272]. En todo caso, la familia se configura en nuestro Or-

---

cias, el Juez puede controlar, precisamente, la falta de adecuación de las mismas a la nueva situación. En esta materia no puede invocarse el carácter revisor del control judicial de la Administración, máxime cuando la propia Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa ha dado un paso adelante y, según proclama en su Exposición de Motivos, su propósito es "superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración". Por ello, el art. 1 de la propia Ley ya no habla de actos sino de "actuación". Vid. HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo, "La distribución constitucional... *cit.*. 13. Sin embargo, se pronuncian en el sentido propuesto por este autor, la Sentencia Audiencia Provincial de Alicante de 18 de noviembre 2002 (JUR 2003\53533) y la Sentencia Audiencia Provincial de Valencia de 10 enero 2003 (JUR 2003\92884).

[271] En el mismo sentido, entre otras, Sentencia Audiencia Provincial de León de 16 enero 2003 (JUR 2003\114565).

[272] Ar. art. 11.2 c) de la Ley orgánica 1/1996 (LOPJM). Art. 160 del Código Civil; en Cataluña, art. 135 del Código de Familia y art. 13.2 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

denamiento como el ámbito más idóneo para la asistencia, formación y socialización del menor.

El art. 172.4 del Código Civil dispone, en el ámbito de la protección pública de los menores, que se procurará —cuando no sea contrario al interés del menor— su reinserción en la propia familia. Por tanto, aun cuando se considere necesario separar al menor de su familia, deberán adoptarse medidas tendentes a facilitar su reintegración familiar. Así, aun en los casos en que hubiera sido conveniente para el menor separarle de su familia, tiene derecho a relacionarse con la misma —por lo que deberá establecerse un régimen de visitas— a no ser que una resolución judicial o administrativa hubiera dispuesto lo contrario por no ser adecuado para el interés del menor.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, reconoce en su art. 8 el derecho a la vida familiar y, bajo el título *Derecho al respeto a la vida privada y familiar,* establece que "toda persona tiene *derecho al respeto de su vida* privada y *familiar*... 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...". Pues bien, al amparo de este precepto es posible recurrir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cualquier injerencia ilegítima de los poderes públicos que menoscabe el derecho a la vida familiar[273]. Por otra parte, en nuestro Ordenamiento el derecho a la vida familiar se enmarcaría en el derecho fundamental a la intimidad familiar reconocido en el art. 18.1 de la Constitución[274]. Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la "noción de vida privada" podrá, en determinadas circunstancias, abarcar la integridad física y moral (TEDH de 16 de mayo 2002, caso D.G. contra Irlanda, Ap. 105 (TEDH 2002\26) por lo que la vulneración del derecho a la vida privada y familiar podría implicar, asimismo, la violación del derecho a la integridad física o moral reconocido en el art. 15 de nuestra Constitución.

> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia de 26 de febrero 2002, caso Kutner contra Alemania, ha proclamado que "la decisión de las autoridades de tomar un menor a su cargo debe ser adoptada en principio como una medida *temporal,* a anular en cuanto las circunstancias se presten a ello, y todo acto de ejecución debe estar de acuerdo con un *fin último: unir de nuevo a los padres biológicos con el niño* (véase la STEDH de 24 de marzo 1988, caso Olsson contra Suecia (TEDH 1988\2). Las autoridades tienen la *obligación positiva* de tomar *medidas para facilitar la reunión de la familia* en cuanto sea verdaderamente posible, desde el inicio del período en que toman el menor a su car-

[273] Ver la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos citada en el anexo de referencias jurisprudenciales de este trabajo.
[274] Ver la STC 221/2002, de 25 de noviembre.

> go y cada vez con más fuerza, lo que debe siempre estar en equilibrio con el deber de considerar el interés superior del menor (véase STEDH de 12 julio 2001, caso K. y T. contra Finlandia, TEDH 2001\467; STEDH de 10 mayo 2001, asunto T.P. y K.M. contra Reino Unido, TEDH 2001\331). Por otra parte, el Tribunal también ha declarado que el derecho a la vida familiar reconocido en el art. 8 del Convenio "*garantiza a los padres biológicos el derecho a medidas apropiadas al retorno de sus hijos y obliga a las autoridades nacionales a adoptarlas*... la reunión de padres biológicos con hijos que viven desde hace tiempo con una familia de acogida no puede llevarse a cabo sin ciertos *preparativos*. Su naturaleza y alcance dependerá de las circunstancias del caso" (STEDH de 22 noviembre 1992, asunto Olsson II contra Suecia, Ap. 90, TEDH 1992\74).

Por otra parte, el derecho de los menores a vivir y relacionarse con su familia constituye el fundamento de la figura de la reagrupación familiar. En efecto, en el momento de elaborarse la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, se puso de relieve que el anteriormente citado art. 9 contemplaba la separación del niño de sus padres que tiene lugar dentro del territorio de un mismo Estado, pero no se contemplaba el supuesto de que los padres o el niño viviesen en el territorio de otro Estado. Por esta razón tuvo entrada en la Convención el art. 10[275].

El art. 10 de la Convención establece que, de conformidad con la obligación impuesta a los Estados Partes en el citado art. 9.1, "*toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares*"[276].

Por su parte, la Carta Europea de los Derechos del Niño[277] dispone en su precepto 8.17 lo que sigue:

> "Todo niño tiene derecho a vivir con sus padres naturales, legales o adoptivos. Cualquier niño, nacional o no de un Estado de la Comunidad, tiene derecho:
> a) a establecerse con su padre o madre, trabajador/a nacional de un Estado Miembro donde aquél/lla esté o haya estado empleado/a.

---

[275] Vid. ALVAREZ VELEZ, Mª. Isabel, *La protección... cit.*, pág. 95.

[276] En el apartado 2 del propio precepto se añade que "el niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres de salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos en la presente Convención".

[277] Aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992.

b) a residir en el territorio de otro Estado Miembro donde su padre o madre sea titular de un derecho de residencia, de acuerdo con alguna de las modalidades que sobre este derecho son contempladas por la legislación comunitaria. Los Estados Miembros permitirán, de acuerdo con sus legislaciones nacionales, que los niños originarios de terceros países se reúnan con su/s padre/s, ciudadanos de países terceros, cuando residan legalmente en el territorio de un Estado de la Comunidad. También se permitirá la reunión de los hijos con sus padres, aun cuando la concesión a éstos de la residencia o nacionalidad estuviera pendiente de un proceso administrativo o judicial".

En consonancia con la referida normativa, la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece en su art. 17 que "el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España ... b) los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la Ley española o su Ley personal y no se encuentren casados...; c) los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal"[278].

El derecho de los menores a conservar sus relaciones familiares y a no ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos, reconocido en el art. 9.1 de la Convención, se aplica, asimismo, a los menores extranjeros que se encuentran en nuestro país acompañados por sus padres, tutores o guardadores y respecto a los cuales no es apreciable la situación de desamparo. Así, cuando la autoridad competente acuerda la expulsión, devolución o retorno de los padres, tutores o guardadores del menor extranjero, ello implicará, como regla general, la salida de nuestro país del menor sometido a su potestad. De igual modo, en aplicación del referido derecho, en aquellos supuestos que la ley no permite imponer la sanción de expulsión a un extranjero, tampoco permite que sean expulsados los hijos menores o incapacitados que se encuentren a su cargo (art. 57.6 LEx)[279].

Con relación a los menores inmigrantes que han llegado a nuestro país solos, sin compañía de sus familiares —menores que se encuentran, pues, en una

[278] No obstante, el art. 18.1 de la propia ley condiciona el ejercicio de este derecho y consiguiente la obtención de la autorización de residencia (temporal) para el reagrupado. El precepto exige "aportar prueba de que disponen de un alojamiento adecuado y de los medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de la familia una vez reagrupada". Ver, asimismo, los arts. 39 y 42 del Reglamento de desarrollo de la Ley, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en los que requieren nuevos requisitos.

[279] Por otra parte, como consecuencia de lo anterior, el Juez de Menores, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar, excepcionalmente y con carácter cautelar, el ingreso de menores en un centro de internamiento de extranjeros "cuando también lo estén sus padres o tutores, lo soliciten éstos y existan módulos que garanticen la intimidad familiar" (art. 62.3 LEx y art. 153.8 REx). El informe del Fiscal es vinculante para el Juez. Así, según se apunta en la Circular de la Fiscalía General del Estado, 3/2001 sobre la "Actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería", en las visitas que los Fiscales realicen periódicamente a los centros de internamiento deberán comprobar, entre otros extremos, la existencia de módulos que garanticen la intimidad familiar, sus condiciones de separación e higiene, la dotación de servicios básicos para la convivencia, etc. y, en caso de observar deficiencias, deberán instar a las autoridades competentes a poner los medios que hagan posible el internamiento de los menores conjuntamente con sus padres o tutores".

situación fáctica de desamparo— la Ley de Extranjería (art. 35.3) y, de forma más precisa, el Reglamento de ejecución (aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre) en su art. 92 prevé su retorno o repatriación, en base al principio de reagrupación familiar. Este principio tiene su fundamento en el derecho reconocido a los menores a vivir con su familia y, por tanto, deberá aplicarse, como todas las normas relativas a los menores, en interés del menor. Sin embargo, ello no siempre sucede así. En efecto, al amparo del principio de reagrupación familiar, se producen expulsiones o repatriaciones de menores inmigrantes no acompañados sin considerar el superior interés del menor y sin las debidas garantías[280]. El principio de reagrupación familiar, expresión del derecho de los menores a vivir y relacionarse con su familia, no puede desnaturalizarse para legitimar decisiones en materia de extranjería contrarias al interés de los propios menores. Por tanto, el retorno o repatriación de estos menores, al amparo del principio de reagrupación familiar, sólo podría realizarse cuando quede debidamente garantizado, en atención a las circunstancias concurrentes, el interés superior de cada concreto menor[281].

5. La prioridad presupuestaria

En la actualidad, tanto a escala internacional, como estatal y autonómica, los poderes públicos han asumido formalmente el compromiso de dar prioridad a la protección de la infancia y adolescencia, a sus derechos y bienestar[282].

[280] Ver a este respecto el Informe del Defensor del Menor de Andalucía sobre los menores inmigrantes en Andalucía (diciembre 2003) y el Informe de SOS Racismo sobre "Menores en las fronteras: de los retornos efectuados sin garantías a menores marroquíes y de los malos tratos sufridos" (agosto 2004).

[281] A tenor de lo dispuesto en el Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería, las únicas situaciones que permiten evitar la repatriación del menor son: la existencia de un riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares (art. 92.4). En cambio, de forma más acertada, la Resolución del Consejo de Europa de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (97/C 221/03), la repatriación sólo es posible cuando el menor pueda ser debidamente acogido en su país de origen en atención a su edad, sus necesidades y su grado de autonomía. Por otra parte, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en la Observación General nº 6, de 1 de septiembre 2005 (CRC/GC/2005/6), establece que, al amparo del art. 9 de la Convención, debe procurarse que el menor inmigrante no acompañado se reuna con sus padres, salvo cuando el interés superior de aquél requiera prolongar la separación, habieda cuenta del derecho del menor a manifestar su opinión (art. 12); a continuación establece que "el retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redunda en el interés superior del menor. A fin de determinar esta circunstancia, se tendrá en cuenta, entre otras cosas: la seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socieconómicas, que encontrará el niño a su regreso, efectuando, en su caso, las organizaciones sociales un estudio sobre las condiciones del país; la existencia de mecanismo para la atención individual del menor; las opiniones del menor y de las personas que le atienden; el nivel de integración del menor en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen; el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiar; y la conveniencia de que haya continuidad en su educación".

[282] La Asamblea de Naciones Unidas en su declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, aprobada por Resolución de 3 de

La Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas en 1989, impone a los Estados el deber de adoptar, *hasta el máximo de los recursos de que dispongan*, todas las medidas administrativas, legislativas o de otra índole para hacer efectivos los derechos de los menores (art. 4)[283]. Asimismo, las instituciones de la Comunidad Europea han manifestado la voluntad de hacer de los derechos del niño una prioridad política y han instado a los Estados miembros a invertir en los niños y otorgar a esta materia prioridad presupuestaria. En efecto, según resulta de la Recomendación 1286, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre una estrategia europea para los niños, de 24 de enero de 1996, "la Asamblea constata que los derechos del niño están aún lejos de ser una realidad en nuestra rica y desarrollada Europa y que los niños son a menudo las primeras víctimas de los conflictos armados, de la recesión económica, de la pobreza, *y en particular, de las restricciones presupuestarias*". Por ello, recomienda al Consejo de Ministros "invite a los Estados integrados en el Consejo de Europa para que hagan de los derechos del niño una prioridad política... invirtiendo en los niños y dándoles *prioridad presupuestaria* para la concesión, en todos los niveles (nacional, regional o local), de recursos económicos equitativos y adecuados en relación con los dedicados a otros grupos de población"[284].

La prioridad presupuesta en esta materia ya había sido declarada por diversos legisladores autonómicos. En Cataluña, la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, en su Capítulo I recoge "los principios básicos relativos a los derechos del niño y el adolescente" y, bajo el título *prioridad presupuestaria,* dispone que "la Generalitat debe procurar que sus presupuestos tengan en cuenta *de forma prioritaria* las actividades de atención, formación, promoción, reinserción, protección, integración y ocio de los niños y los adolescentes en Cataluña. Asimismo, debe procurarse que los entes de la Administración local asuman dicha prioridad" (art. 16).

---

diciembre de 1986 (Resolución 41/86 XL), establece que "todos los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y el niño" (punto 1º). Asimismo, en la Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño, adoptada en la Cumbre Mundial a favor de la Infancia celebrada en Nueva York el 30 de septiembre de 1990, a la vista del problema de la pobreza infantil y teniendo en cuenta la existencia de medios y conocimientos para mitigar el sufrimiento de la infancia y potenciar su desarrollo, se comprometen por mejorar las condiciones de la infancia "de los huérfanos y niños de la calle e hijos de trabajadores migratorios... de los niños víctimas de malos tratos, de los niños que se encuentran en condiciones de desventaja desde el punto de vista social" (compromiso VII). Con esta finalidad se declaran dispuesto "a destinar los recursos que sean necesarios para cumplir con estos compromisos, como parte de las prioridades establecidas" en los Planes de Acción.

[283] Vid. FERNÁNDEZ CASADO, María Dolores, "Una aproximación al principio del interés superior del menor", en *Protección jurídica del menor*, Ed. Comares, 1997, pág. 250.

[284] Asimismo, se invita a los Estados a garantizar "el nivel actual de sus contribuciones y subvenciones a las diferentes organizaciones nacionales e internacionales que se ocupan de la protección del niño" (ver punto 7 vi) y vii de la Recomendación).

De modo similar se pronuncian la Ley de la Asamblea de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (art. 6); la Ley gallega 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia (disposición adicional 4°); Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención del meno (disposición adicional 7ª); la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, del menor (disposición adicional 4ª); la Ley de las Cortes de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (art. 5) o la Ley del País Vasco 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y adolescencia (art. 8).

De forma más taxativa y concreta, la Ley de Castilla-León 14/2002, de 29 de julio, de atención y protección a la infancia, ha establecido en su art. 6, bajo el título *"prioridad presupuestaria"*, que "la Junta de Castilla y León contemplará entre sus prioridades presupuestarias las actuaciones previstas en la presente Ley, *garantizándose que en ningún caso el incremento anual en las partidas correspondientes a estos programas en cada uno de los departamentos responsables de los mismos será inferior al porcentaje medio de aumento, para el correspondiente ejercicio, en los Presupuestos regionales*"[285].

Por tanto, como vemos, a la hora de elaborar los presupuestos respectivos —ya sean los de la Administración autonómica o, en su caso, la Administración local competente— deberán tenerse en cuenta, de forma prioritaria, las actividades de prevención, atención y protección a los menores. La efectividad de los derechos de los menores no debería verse afectada por la falta de recursos sociales básicos[286].

No obstante, aunque la prioridad presupuestaria había sido proclamada como una directriz a seguir en materia de infancia por algunos legisladores autonómicos —incluso antes de que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa dictara la referida Recomendación—, lo cierto es que se trata de un ámbito en el que todavía los recursos de las Administraciones públicas son insuficientes para hacer frente a las necesidades de asistencia y protección de los menores.

En la Memoria del año 2002 presentada por el Fiscal General del Estado al Gobierno, se advierte que algunas Fiscalías han puesto de relieve la falta de medios suficientes de algunas Administraciones públicas en materia de protección de menores. Así, "la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Canarias habla de baja dotación presupuestaria, escasez de recursos materiales y humanos". Asimismo, desde la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se apunta "la falta de plazas en centros". La consecuencia es que "*esta escasez general de medios está provocando que se afronten demasiado tarde determinadas situaciones de riesgo y que se piense en los centros de reforma como lugar de internamiento de muchos menores que con el transcurso del tiempo se han vuelto especialmen-*

[285] Ahora bien, la cuestión es si efectivamente existen vías jurídicas que permitan controlar el cumplimiento de este precepto.

[286] Así lo establece expresamente el art. 11.1 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

> *te molestos y problemáticos*"[287]. En la propia Memoria se pone de relieve la importancia de contar con los medios suficientes para desarrollar acciones de prevención o disminución de situaciones de riesgo que eviten una posterior situación de desamparo y la separación del menor de su familia que, en muchos casos, llevan a situaciones que hacen imposible la reintegración familiar[288].

Por otra parte, en los últimos años, el fenómeno de la inmigración y, en especial, la llegada de menores no acompañados por un adulto responsable de ellos, ha supuesto un incremento de los menores en situación de desamparo y, por tanto, de la necesidad de protección por parte de las Administraciones públicas. Sin embargo, los poderes públicos no han reaccionado con la eficacia requerida y con la dotación de recursos suficientes. En la actualidad, se pone de relieve la insuficiencia de recursos y servicios públicos destinados a hacer efectivo el derecho de estos menores a recibir atención y protección.

En Cataluña, el propio legislador se ha hecho eco de esta situación en el preámbulo de la Ley 8/2002, de 27 de mayo, de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, en el que se dice que "entre la población adolescente existe el problema creciente de las personas que han dejado el hogar, algunas de ellas de otros países, en ocasiones indocumentadas". La llegada de estos menores inmigrantes sin familia a nuestras ciudades ha planteado nuevas necesidades de asistencia. Las medidas de protección y los recursos tradicionales se han mostrado *insuficientes* y, en muchos casos, inadecuados. Así, en la referida Ley se dedica un capítulo a regular la "atención especial a la población adolescente con conductas de alto riesgo social", en el que se establece como uno de los principios de la actuación pública la "prioridad de la acción preventiva" de la marginación y la delincuencia y el fomento de la integración social de los menores; pues bien, para garantizar la eficacia de esta acción el legislador dispone expresamente que "*se han de habilitar los recursos económicos necesarios*" (art. 44 a). No obstante, transcurridos más de tres años desde el momento en que fue dictada esta Ley, la situación no ha mejorado y se sigue a la espera de que los poderes públicos habiliten los recursos necesarios[289].

---

[287] Debe tenerse en cuenta la gravedad de la situación. La falta de medios lleva, en ocasiones, a seguir la vía de la responsabilidad penal de los menores (incluso, pasando por alto el principio de presunción de inocencia) en busca de un recurso que garantice protección a los menores. En la actualidad, ante la falta de recursos en el ámbito de protección se acude, en algunos casos, al circuito de justicia juvenil para brindar al menor la asistencia necesaria. Esto supone una auténtica perversión del sistema que en ningún caso puede admitirse y es urgente corregir.

[288] *Memoria (año 2002) elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado*, Madrid, 2003, págs. 603-604.

[289] Ver el Informe y Recomendaciones del Síndic de Greuges al Parlamento de Cataluña (abril 2006) sobre "La situación de los menores inmigrantes no acompañados" (www.sindic.org).

Es evidente, que el deber que el legislador impone a las Administraciones competentes de brindar atención y protección a los menores y el consiguiente derecho de los menores a ser protegidos, sólo puede ser debidamente garantizado cuando existen los medios y recursos suficientes. Por tanto, es fundamental una adecuada política presupuestaria y dar debido cumplimiento al principio de prioridad presupuestaria.

> El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en las Observaciones finales realizadas tras el examen del segundo informe periódico de España (CRC/C/15/Add.185, de 7 de junio 2002), señala su preocupación por la falta de "una distribución equilibrada de recursos en los planos central, regional y local y que no todas las Comunidades Autónomas disfrutan del mismo nivel de políticas y servicios sociales". En especial, muestra su preocupación por los problemas económicos de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla para hacer frente a la protección de los menores inmigrantes no acompañados. Por ello, de conformidad con el art. 4 de la Convención, recomienda a España "estudiar vías para garantizar que todos los niños tengan acceso al mismo tipo de servicios, independientemente de dónde vivan, por ejemplo, estableciendo unos estándares mínimos para todo el país, así como un buen reparto de los recursos económicos con el fin de aplicar las disposiciones de la Convención. Asimismo, alienta al Estado a "identificar claramente sus prioridades con respecto a los temas de derechos de los niños, con el fin de garantizar que se asigne *la proporción más grande posible de los recursos disponibles* para una implementación total de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular a los niños que pertenecen a los grupos más vulnerables de la sociedad". Igualmente, recomienda al Estado a "*identificar la cantidad y proporción del presupuesto destinado a los niños a escala nacional, regional y local, para poder evaluar el impacto y efecto de los gastos en la infancia*".

Estoy segura que buena parte de nuestra sociedad espera y desea que las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas sean atendidas de forma inmediata y eficaz, como no puede ser de otro modo en un Estado que nuestra Constitución califica como "social".

CAPÍTULO IV
EL DERECHO DE LOS MENORES A LA PROTECCIÓN PÚBLICA. LOS MENORES EN SITUACIÓN DE RIESGO Y LOS MENORES EN DIFICULTAD SOCIAL: LA ACCIÓN ADMINSITRATIVA PROTECTORA

I. EL DERECHO DE LOS MENORES A LA PROTECCIÓN PÚBLICA. EL CARÁCTER GRADUAL DE LA ACCIÓN PROTECTORA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Los menores, como se ha visto en el capítulo anterior, tienen reconocido por nuestro Ordenamiento un conjunto de derechos. Los derechos que corresponden a toda persona por el hecho de serlo y, además, aquellos otros dirigidos a brindarles una especial protección dada su condición de personas en desarrollo y, por ello, con cierta dependencia de padres o tutores. De nuevo deben destacarse los derechos que forman parte del denominado estatuto jurídico indisponible de los menores, dada la naturaleza de orden público de las normas que los reconocen y, por tanto, de inexcusable cumplimiento por los poderes públicos: los derechos fundamentales y los reconocidos por la Convención de Derecho del Niño de Naciones Unidas y la Carta Europea de Derechos Niño[290].

Pues bien, con el fin de garantizar a los menores el respeto y el disfrute de sus derechos y, en definitiva, el desarrollo integral de su personalidad, el Ordenamiento les reconoce el derecho a recibir la protección, cuidados y formación necesarios. La responsabilidad de hacer efectivo este derecho corresponde en primer término a los padres o tutores. Así, nuestra Constitución (art. 39.3) impone a los padres la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad. Dada la importante función social encomendada a la familia, la propia Constitución atribuye a los poderes públicos el deber de colaborar con la misma en el cumplimiento de esta tarea (art. 39.1). Además, las Administraciones públicas deberán velar porque la familia cumpla debidamente sus funciones legales de asistencia y protección de

[290] STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ. 5.

los menores, inherentes al ejercicio de la patria potestad o la tutela civil. De forma que en el caso de falta o indebido cumplimiento de estos deberes legales de protección, las Administraciones públicas competentes deberán garantizar a los menores el derecho a recibir la asistencia necesaria a través de las instituciones jurídico-públicas de protección legalmente previstas. Así, las Administraciones competentes deberán intervenir siempre que conozcan una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, adoptando las medidas de protección necesarias[291].

La Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero (LOPJM), encomienda expresamente a los poderes públicos la obligación de velar para que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades (art. 12). Además, reconoce a los propios menores el *derecho* a recibir de las Administraciones públicas la asistencia y protección adecuada para el ejercicio de sus derechos y que se garantice su respeto (art. 10.1). El derecho de los menores a la asistencia y protección pública tiene un alcance general[292]; esto es, se reconoce a *todos* los menores que se encuentren en territorio español, con independencia de su origen, nacionalidad, condición o cualquier otra circunstancia como pudiera ser la forma de residencia (art. 1 en relación con el art. 10.3 y 4). A estos efectos, lo relevante es la situación de riesgo, desamparo o dificultad social que pueda padecer el menor, que obligará a la Administración competente a brindar la atención necesaria para garantizar el derecho a la asistencia y protección pública. Los propios menores podrán solicitar protección y tutela de la entidad pública competente (art. 10.2 a). Además, cualquier persona y, en especial, los profesionales más próximos a los menores, que detecten una posible situación de desprotección de un menor, deberán comunicar o denunciar esta situación a las autoridades y, a su vez, prestar al menor el auxilio inmediato que precise (arts. 13 y 14). Por tanto, las Administraciones públicas deberán establecer y garantizar los recursos y servicios adecuados para hacer efectivo el derecho de los menores a la protección pública y, en su caso, asumirán la guarda o la tutela de los menores en situación de desamparo[293].

---

[291] La Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989, encomienda a los padres la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño (art. 18.1). Para ello, atribuye a los Estados el deber de prestar la asistencia necesaria a los padres (art. 18.2). Los Estados también deberán velar por los menores y adoptar las medidas apropiadas para protegerlos cuando se encuentren bajo la custodia de los padres (arts. 3 y 19). Es más, la propia Convención reconoce a los menores el derecho a la protección y asistencia del Estado cuando su superior interés exija que no permanezcan en su medio familiar (art. 20). Sobre la relación entre familia y Administraciones públicas en la asistencia y protección a los menores ver, asimismo, las Directrices adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, puntos 11 a 19 (Directrices de RIAD).

[292] Ver lo dicho en el Capítulo III de este trabajo, en el epígrafe III, relativo a los principios rectores de la actuación pública en materia de menores, el apartado titulado "El alcance general de la protección pública a los menores. El principio de igualdad".

[293] En Cataluña, la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, atribuye a los padres la responsabilidad primordial de la crianza y formación

Nuestro Ordenamiento reconoce, pues, a los menores en situación de riesgo, desamparo o dificultad social el derecho a recibir atención y protección de las Administraciones públicas competentes. Este es un derecho que la propia Constitución ampara, ya que garantiza a los menores "la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos" (art. 39.4). Lo que nos lleva a la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Los Estados Partes de la Convención, entre ellos España[294], están legalmente comprometidos a asegurar a los menores la protección y el cuidado que fuera necesario para su bienestar (art. 3). La Convención reconoce a los menores en situación de desprotección el derecho a la protección y asistencia del Estado (art. 20)[295].

Por tanto, en aquellos casos que los padres no cumplan, o lo hagan indebidamente, con los deberes legales inherentes a la guarda del menor, deberán intervenir las Administraciones públicas. La actuación pública tiene, pues, carácter subsidiario respeto a las referidas obligaciones familiares. Las Administraciones intervendrán en defecto de padres o tutores, que son los primeramente obligados a velar por el adecuado desarrollo del menor.

Por otra parte, la actuación administrativa protectora deberá tener carácter gradual o progresivo. Tal como ha quedado apuntado en el Capítulo anterior de esta obra, la actuación de las Administraciones en materia de protección de menores se rige por el principio de subsidiariedad progresiva respecto de las obligaciones legales de la familia. Por tanto, la actuación administrativa protectora tendrá un carácter gradual, el alcance e intensidad de las medidas de protección está condicionado por el grado de desatención que padezca el menor. Por otra parte, la actuación administrativa deberá tener carácter flexible, esto es, las medidas de protección deberán adecuarse en cada momento a la cambiante situación del menor y de su entorno socio-familiar[296].

---

de los menores (art. 17.1 y 2). Por su parte, las Administraciones públicas deberán colaborar con los responsables del menor para favorecer el cumplimiento de sus deberes legales (art. 17.3). Además, las Administraciones tienen el deber de velar por la protección de los menores en el caso de mal uso de las facultades atribuidas a los padres, tutores o guardadores (art. 17.3). Así, en defecto de padres o tutores, las Administraciones públicas tienen la obligación de ejercer las funciones de asistencia y protección de los menores (art. 20). En el caso de que un menor se encuentre desamparado tiene derecho a ser protegido por la Administración pública (art. 19). En relación con el derecho de los menores a recibir protección de las Administraciones, ver entre muchas otras, el Auto Audiencia Provincial de Castellón de 12 diciembre 2002 (JUR 2003\74050).

[294] La Convención fue ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (B.O.E nº 313, de 31 de diciembre de 1990).

[295] Asimismo, la Constitución Europea reconoce a los menores el "derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar" (art. II-84). Este derecho había sido reconocido también por el art. 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01).

[296] Además, en aquellos casos en que el interés superior del menor hubiera hecho necesario adoptar medidas de protección que impliquen la separación de su familia, las Adminis-

En efecto, del examen del conjunto de legislación —estatal y autonómica— relativa a la atención pública de los menores, resulta que se distinguen distintos grados de actuación administrativa protectora, en función de la situación que padece el menor: menores en situación de riesgo, menores en situación de desamparo y menores en situación de dificultad social. A cada una de estas situaciones corresponde un tipo de intervención administrativa, de diferente alcance e intensidad, que se articula a través de unas concretas vías e instrumentos jurídicos de protección. El derecho de los menores en situación de riesgo, desamparo o dificultad social a recibir asistencia y protección de las Administraciones públicas tiene como finalidad última garantizarles en todo momento el disfrute de sus derechos y, en definitiva, su plena formación como personas. Así, las Administraciones competentes deberán intervenir con el fin de prevenir, detectar, valorar y neutralizar las referidas situaciones de especial vulnerabilidad o desprotección. El alcance e intensidad de la intervención administrativa vendrá condicionado por el grado de desprotección o exclusión social que padezca el menor.

Ahora bien, lo cierto es que no todos los Ordenamientos autonómicos han previsto y regulado con la misma claridad cada uno de los referidos ámbitos de intervención administrativa protectora. Aunque la protección de los menores desamparados y la consiguiente tutela de la Administración tiene alcance general, no sucede igual con los otros ámbitos de actuación —los menores en situación de riesgo y los menores en dificultad social—. La razón de esta imperfecta delimitación legal de los diversos grados de vulnerabilidad de los menores y la correlativa actuación pública, se explica por el distinto título competencial que pone en marcha la regulación de unas y otras situaciones de desprotección. Las consecuencias que de ello pueden derivar, en ocasiones denunciadas[297], son un cierto abuso de la técnica de la tutela administrativa —al reconducirse la mayor parte de las situaciones de desprotección al "desamparo"— y el consiguiente menoscabo del principio de subsidiariedad progresiva de la actuación de las Administraciones públicas en relación con las obligaciones legales de padres y tutores[298].

---

traciones deberán actuar en el entorno familiar estableciendo un plan de mejora dirigido a hacer posible el retorno del menor a la misma, claro está, siempre que ello fuera beneficioso para el menor.

[297] El Fiscal General del Estado, en la Memoria del año 2002 elevada al Gobierno (editada por el Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003, págs. 603-604), advierte que, debido a la escasez de medios, las Administraciones competentes no actúan ante situaciones de riesgo con el fin de prevenir el desamparo y se acude directamente a la tutela haciendo, en algunos casos, imposible el retorno del menor con sus familias. Vid. UTRERA GUTIÉRREZ, José Luis, "Menores en desamparo y adopción: los fallos del sistema legal de protección", publicado por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía en http://www.apdh.org/documentos.

[298] Sentencia Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2002\286398); Auto Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio de 2002 (JUR 2002\233517); Sentencia Audiencia Provincial Jaén de 10 de enero 2002 (AC 2002\166).

Las figuras de la tutela administrativa y la guarda administrativa constituyen los instrumentos legales a través de los cuales las Administraciones públicas devienen responsables de los deberes de guarda que, en primer término, corresponden a los padres o tutores. Pues bien, cuando el legislador estatal procedió en 1987 a reformar el Código Civil, incorporó a nuestro Ordenamiento estos instrumentos jurídicos para encauzar la protección pública de los menores al amparo del título competencial "legislación civil" (art. 172 C.c.)[299]. De forma que la regulación tiene así un alcance prácticamente general, se extiende a todas aquellas Comunidades Autónomas que carecen de competencia en esta materia[300]. En realidad, Cataluña y, mucho después, Navarra, han sido las únicas Comunidades Autónomas que ha procedido a regular ciertas instituciones de protección pública de menores al amparo del título competencia "legislación civil", y lo han hecho en términos prácticamente idénticos a la regulación estatal.

En cambio, las vías legales a través de las cuales las Administraciones públicas deben colaborar con la familia y velar por el cumplimiento de las funciones legales de protección de los menores y, en particular, la atención de los menores en situación de riego y dificultad social, han sido reguladas por los distintos legisladores autonómicos al amparo del título competencial asistencia social, servicios sociales o protección y tutela de menores. Competencias todas ellas asumidas por las diferentes Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos de Autonomía. De forma que la regulación de estas materias, aunque es similar, no es homogénea en cada una de las Comunidades Autónomas.

En el caso de la actuación administrativa ante situaciones de riesgo, el legislador estatal —de nuevo con el deseo de extender la protección a todos los menores con independencia del lugar en que se encuentre— procedió a contemplar la intervención administrativa en la orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (art. 12 y 17). Este ámbito protector ya había sido previsto en alguna Comunidad Autónoma, pero no en todas. Sin

[299] El legislador estatal por esta vía deseaba evitar regulaciones y prácticas divergentes. Cataluña ya había dictado en 1985 la Ley 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores, al amparo de la competencia atribuida por el art. 9.28 del Estatuto de Autonomía de 1979 en materia de instituciones públicas de protección y tutela de menores. En esta Ley, el legislador catalán atribuía a la Administración de la Generalitat la tutela de los menores en caso de defecto o inadecuado ejercicio de la patria potestad (art. 2 c). Pues bien, esta vía podía ser seguida por muchas otras Comunidades Autónomas, conduciendo a "regulaciones y prácticas divergentes" para encauzar la protección de menores. Sobre esta cuestión, remito a las consideraciones realizadas en el Capítulo II de esta obra, en el apartado sobre el título competencial "legislación civil. La controvertida regulación de la tutela y la guarda administrativa al amparo de este título competencial". Vid. DE PABLO CONTRERAS, Pedro *Comentarios a las Reformas... cit.*, págs. 64-65.

[300] Que son todas menos Cataluña, Aragón y Navarra. De nuevo remito al Capítulo II de este trabajo, el mismo epígrafe citado en la nota anterior.

embargo, a partir de ese momento, aquellas Comunidades Autónomas que han dictado Leyes en materia de protección de menores ya han previsto actuaciones administrativas ante situaciones de riesgo que perjudiquen el desarrollo del menor. En cambio, no todas las leyes dictadas con anterioridad lo contemplan. En cualquier caso, este ámbito protector, al igual que sucede en el caso de la asistencia a los menores en situación de dificultad social —que tampoco ha sido contemplada por todas las legislaciones autonómicas— quedaría igualmente cubierto a través de la legislación de servicios sociales, que obliga a las Administraciones a intervenir para brindar asistencia a todas las personas en situación de marginación, riesgo o inadaptación y, por tanto, y de manera especial, también cuando se trata de menores, ya que estos tienen expresamente reconocido el derecho a la asistencia y protección de las Administraciones públicas cuando se encuentren en situación de necesidad.

Por lo que se refiere a los menores en situación de riesgo y en situación de desamparo, estamos claramente en el ámbito protector tradicionalmente conocido como infancia en peligro. Sin embargo, cuando nos adentramos en el examen de la regulación del ámbito de los menores en situación de dificultad social —calificado por algunos legisladores como "conflicto social"— se observa que de nuevo, como sucedió tiempo atrás, se produce una cierta confusión entre la infancia en peligro y la infancia que se había conocido antaño como peligrosa.

El legislador estatal no ha delimitado claramente cada una de las referidas situaciones en que pueden encontrarse los menores y que comporta un distinto tipo y grado de intervención de las Administraciones públicas. Lo cierto es que tampoco ostentaría competencia para ello. El legislador estatal ha regulado en el Código Civil, al amparo del titulo competencial "legislación civil" (art. 149.1.8 de la Constitución), la figura de la tutela de la Administración de los menores en situación de desamparo (art. 172 del Código Civil). Asimismo, el legislador estatal ha previsto en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, actuaciones de protección para prevenir o reparar *situaciones de riesgo y dificultad social* (arts. 12 y 17); sin embargo, estos preceptos no tienen carácter de norma orgánica, sino que constituyen legislación supletoria de la que dicen las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social, ello explica que se trate de una regulación muy general que no entra en aspectos concretos[301].

Por su parte, las Comunidades Autónomas no siempre han procedido a regular y delimitar, con la claridad deseable, los distintos grados de intervención administrativa ante situaciones de desprotección que tienen diferente

[301] Unas páginas atrás se ha cuestionado está técnica legislativa. Ver en el Capítulo II, el epígrafe relativo a la competencia "asistencia social y servicios sociales".

alcance e intensidad. Sin embargo, del examen del conjunto de normativa autonómica sobre protección pública de menores, resulta que es posible distinguir diferentes situaciones de vulnerabilidad, que comportan también una actuación administrativa de distinto alcance y relevancia: los menores en situación de riesgo, desamparo y dificultad social. Pues bien, a continuación se analizan cada una de estas situaciones.

En primer lugar, se procederá a examinar el significado de la situación de riesgo; y las medidas de protección que podrán adoptar las Administraciones públicas competentes para neutralizar los factores que han provocado la misma. A continuación, se analizará la situación de dificultad social y la actuación administrativa protectora en este ámbito.

Debe advertirse que el orden lógico hubiera sido quizá, tras estudiar la situación de riesgo, pasar a analizar la situación de desamparo y consiguiente tutela de la Administración, ya que las medidas de protección frente a los menores en riesgo tienen por objeto, precisamente, prevenir su desamparo. Las situaciones de desamparo derivan, por lo general, de una previa situación de riesgo no detectada o tratada debidamente. Sin embargo, teniendo en cuenta que la tutela administrativa de los menores desamparados es el instrumento jurídico de protección más importante —tanto desde el punto de vista de la gravedad de la desprotección del menor, como de la intensidad de la intervención de la Administración— dedicamos a su análisis el grueso de este trabajo y, por ello, se ha optado por realizar su estudio con posterioridad, en capítulo aparte.

II. LA PROTECCIÓN PÚBLICA DE LOS MENORES EN SITUACIÓN DE RIESGO

Los menores padecen una situación de riesgo cuando su desarrollo personal o social se ve perjudicado —por unas u otras razones que, posteriormente, se examinarán— y, sin embargo, no concurren las circunstancias que permitirían calificar aquella situación como desamparo. Los perjuicios que padece el menor no tienen la intensidad o gravedad requerida para proceder a la declaración administrativa de desamparo y, por tanto, para la asunción de la tutela por la Administración y la consiguiente suspensión de la patria potestad o la tutela civil. Debe tenerse en cuenta que la intervención administrativa en situaciones de riesgo se desarrolla en el propio entorno socio-familiar del menor. En cambio, las medidas de protección en el ámbito del desamparo implican la separación del menor de su familia.

Así, en situaciones de riesgo de cualquier índole que pudieran perjudicar el desarrollo del menor, la Administración pública competente deberá intervenir en el entorno socio-familiar. Las Administraciones tienen encomenda-

da la función de detectar, valorar y eliminar, neutralizar o disminuir los factores de riesgo que podrían conducir a una situación de desamparo. La finalidad será garantizar el desarrollo integral de la personalidad del menor y el disfrute de sus derechos.

La actuación administrativa en este ámbito se enmarcaría en la función atribuida a las Administraciones públicas de *colaborar* con la familia en el cumplimiento de sus obligaciones legales respecto a los hijos. Así como en la tarea de vigilar o *velar* porque los padres o tutores cumplan debidamente sus obligaciones legales de protección. En última instancia, constatada una falta o indebido cumplimiento de las funciones legales de protección, las Administraciones competentes deberán *actuar de forma subsidiaria*, desplazando de forma *progresiva* a la familia con el fin de hacer efectivo al menor el derecho a la asistencia y protección pública[302].

> Así, tal como se declara en el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio 2002 (JUR 2002\233517) "en los casos en que el menor no cuente con la debida asistencia, pero no pueda imputarse falta o negligencia grave en el ejercicio de los deberes de guarda, o imposibilidad de realizarla, la situación no deberá calificarse como de desamparo, sino como de *riesgo*, en cuyo caso la actuación de los poderes públicos se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal o social en que se encuentra el menor y a promover los factores de protección del menor y su familia, conforme establece el artículo 17 de la LO 1/1996. Esta *distinción entre desamparo y simple riesgo* fue introducida por la Ley 1/96, ya que no aparecía en la anterior reforma llevada a cabo por la LO 6/1987, y se enmarca, tanto dentro de la propia actuación de los poderes públicos en beneficio del menor, como en el ámbito de sus facultades para velar por la protección de su familia de origen" [303].

Una vez incorporada a nuestro Ordenamiento (en la reforma del Código Civil de 1987) la figura de la tutela administrativa de los menores desamparados, la doctrina y los Tribunales comenzaron a poner de relieve la necesidad de actuar en una fase previa. Se trataba de evitar la grave afectación o incidencia en el derecho a la vida familiar del menor y sus padres que tienen las medidas de protección adoptadas en ejercicio de la tutela administrativa. Por ello, va tomando cuerpo la idea de que la Administración debe intervenir en un momento anterior, reparando las situaciones de riesgo y así prevenir el posible desamparo[304]. Por otra parte, la necesidad de que las Adminis-

[302] Ver a este respecto en el Capítulo II de este trabajo el epígrafe I dedicado al examen del "modelo constitucional de protección a los menores. La responsabilidad de la familia y los poderes públicos".

[303] Ver, asimismo, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 5 de diciembre 2002 (JUR 2003\66876) o el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio de 2002 (JUR 2002\233517).

[304] Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, "La desprotección social del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores", en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley orgánica de Protección del Menor. Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Universidad de La Coruña, 1999, pág. 35.

traciones actúen ante situaciones de riesgo que perjudiquen el desarrollo del menor, deriva no sólo de su obligación de garantizar el derecho de los menores a la asistencia y protección, sino también del deber que nuestro Ordenamiento les impone de colaborar con las familias y velar por el debido cumplimiento de sus obligaciones legales respecto a los menores.

Así, los Tribunales han ido proclamando de forma reiterada la necesidad de interpretar de forma restrictiva el concepto de desamparo y han remitido a la calificación de la situación del menor como de *riesgo*, con la consiguiente adopción de medidas administrativas de asistencia y protección en el propio entorno familiar[305]. Tal como se ha apuntado con anterioridad, la actuación administrativa ante situaciones de necesidad o especial vulnerabilidad debe tener carácter gradual, el alcance de la intervención está en función de la gravedad de la situación que padezca el menor y, por consiguiente, del grado de indebido cumplimiento de las funciones de protección por parte de los responsables legales de aquel. La intervención protectora ante situaciones de riesgo se dirige, precisamente, a *prevenir* el desamparo y a hacer innecesaria la adopción por la Administración de medidas de protección que suponen la separación del menor de su núcleo familiar. La actuación administrativa ante situaciones de riesgo, como se ha dicho, se desarrolla en el propio medio familiar y social del menor.

La senda marcada por los Tribunales y una parte de la doctrina fue seguida por algunas Comunidades Autónomas. Así, cuando en 1995 proceden a dictar Leyes sobre protección de menores, contemplan expresamente la situación de riesgo y las correspondientes medidas de protección y distinguen este ámbito protector de la situación de desamparo. Este es el caso de las Comunidades de Asturias, Murcia y Madrid. La Ley de la Comunidad de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia, prevé en su art. 50 la protección social de los menores en situaciones de riesgo a través del Sistema Público de Servicios Sociales, mediante las actividades de *prevención*, atención y reinserción correspondientes[306]. Asimismo, la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores, en su art. 15, bajo el título *actuaciones preventivas*, otorga carácter prioritario en materia de protección de menores a la *prevención* de las situaciones de desprotección con el fin de disminuir los factores de riesgo de marginación y evitar

[305] Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre 2002 (JUR 2002\286398) o Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 28 de mayo 2003 (JUR 2003\172571).

[306] La Ley de la Comunidad de Madrid 11/2003, de 27 de marzo, de servicios sociales, contempla la atención a los menores como uno de los sectores de actuación. Entre las líneas de actuaciones de los servicios sociales en este ámbito se prevé: la prevención de las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor y la intervención y seguimiento en estos casos y la protección jurídica y social de los menores en situación de desamparo (art. 21).

así repercusiones en el desarrollo del menor y garantizar los derechos que le asisten[307]. De igual modo, la Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia, prevé en los arts. 18 y 19 el establecimiento de medidas de apoyo a la familia para *prevenir* que la situación de riesgo de los menores pueda desembocar en una situación de desamparo.

Por su parte, el legislador estatal de nuevo trata de garantizar que la regulación de la protección de menores tenga cierta uniformidad y alcance general en todo el territorio del Estado. Así, al dictar la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, contempla expresamente la distinción entre menores en situación de riesgo y menores en situación de desamparo. El art. 12 de la Ley establece, como una de las formas de intervención pública para brindar protección a los menores, "*la prevención y reparación de situaciones de riesgo*". Por su parte, el art. 17 dispone que "*en situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientarán disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia. Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia*"[308]. Ahora bien, según se ha puesto de relieve con anterioridad, estos preceptos tienen carácter supletorio de los que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social, tal como se dispone en la disposición final 21ª de la propia Ley[309].

[307] La propia Ley prevé, en sus arts. 24 a 30, medidas de apoyo familiar dirigidas a brindar protección a los menores con el fin de mantener el menor en su entorno familiar y garantizarle su desarrollo integral. Corresponde a los municipios el desarrollo de los recursos familiares y a la Comunidad Autónoma la coordinación y colaboración con los servicios municipales. Asimismo, el apoyo familiar podrá prestarse a través de las instituciones colaboradores de integración familiar o de otras asociaciones no lucrativas o mediante entidades concertadas (art. 28).

[308] Una parte de la doctrina ha criticado la regulación del legislador estatal de la situación de riesgo, ya que no se concreta si en estos supuestos la intervención de las Administraciones públicas tiene para los padres carácter voluntario y, además, tampoco se dice nada acerca de los recursos que tendrían los responsables del menor para oponerse a la actuación de la Administración. Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, "La desprotección social del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores", en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley orgánica de Protección del Menor. Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Universidad de La Coruña, 1999, pág. 35. Ahora bien, respecto a las críticas de la doctrina, debe tenerse en cuenta que el legislador está regulando una materia competencia de las Comunidades Autónomas —"asistencia social"— y, por ello, no puede entrar en detalle ya que se trata de "legislación supletoria".

[309] Ver las críticas realizadas a este respecto en el Capítulo II de este trabajo, en el epígrafe en el que se examina el título competencial "asistencia social y servicios sociales". Así,

> En la Exposición de Motivos de la referida Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, se afirma lo que sigue: "*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 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 la tutela ordinaria*".

Con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero (LOPJM), casi todos los legisladores autonómicos han previsto expresamente en las respectivas Leyes sobre protección de menores la *situación de riesgo* y la adopción de concretas medidas de protección en este ámbito. Es más, algunos legisladores autonómicos han procedido incluso a definir o caracterizar legalmente la situación de riesgo[310].

Ahora bien, debe advertirse que este ámbito de actuación administrativa protectora no ha sido regulado por todos los legisladores autonómicos y delimitado de la situación de desamparo con la claridad deseable[311]. La falta de una clara delimitación entre situaciones de riesgo y desamparo y las consi-

---

DE PABLO CONTRERAS considera que esta norma no es conforme a la Constitución al invadir competencias atribuidas con carácter exclusivo a las Comunidades Autónomas. El autor se hace eco de la doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual el Estado no puede dictar válidamente normas con la pretensión de que sean supletorias en un ámbito en el que las propias Comunidades Autónomas tienen reconocida competencia. Cfr. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Situaciones de desamparo... *cit.*, pág. 61.

[310] Este es el caso de la Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (art. 41); la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor (art. 22); la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (art. 27); la Ley de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia (art. 25); la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (art. 56); la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia (art. 47); la Ley del País Vasco 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia (art. 51); la Ley de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (art. 34.3 en relación con el art. 45) o la Ley de La Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 40).

[311] Así sucede en este momento en el Ordenamiento catalán. La Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de protección de los menores desamparados, no contempla la intervención administrativa ante situaciones de riesgo. En el sistema jurídico catalán se produce en la actualidad una cierta confusión entre situaciones de riesgo y situaciones de desamparo. Entre las medidas de protección previstas en el marco de la tutela administrativa se prevé, incluso, la atención en la propia familia. No obstante, la obligación de las Administraciones públicas de actuar ante situaciones de riesgo que perjudiquen el desarrollo personal del menor con el fin de prevenir un posible desamparo, derivaría de las previsiones del Decreto 27/2003, de 21 de enero, de atención social primaria. No obstante, en abril 2006 se ha publicado un documento de Bases, abierto a la participación, con el fin de iniciar el proceso de elaboración de una nueva Ley de infancia que contemplaría la distinción entre riesgo y desamparo. Ver unas páginas más adelante lo relativo a la actual situación en Cataluña (apartado 4).

guientes medidas administrativas de protección en uno y otro ámbito, puede conducir a un cierto abuso del instrumento legal de la tutela administrativa. Ello podría suponer, por una parte, la lesión o menoscabo del derecho que asiste a los menores a vivir y relacionarse con su familia y, por otra, la vulneración del principio de subsidiaridad progresiva de la intervención administrativa respecto de las obligaciones familiares. El carácter gradual que ha de tener la actuación administrativa protectora exige intervenir de forma previa en el propio entorno del menor, con el fin de prevenir y reparar las situaciones de riesgo que podrían conducir al desamparo y consiguiente tutela de la Administración que supone, además, la suspensión de la patria potestad y la adopción de medidas que implican la separación del menor de sus padres o tutores privados.

1. Caracterización legal de la situación de riesgo

Los menores padecen una situación de riesgo cuando, como consecuencia de determinadas circunstancias personales, familiares o sociales, su bienestar y desarrollo se ve perjudicado, haciendo necesaria la intervención de las Administraciones públicas competentes con el fin de eliminar o neutralizar los factores que han conducido a esta situación.

Ahora bien, como se ha dicho, el grado de especial vulnerabilidad que caracteriza la situación de riesgo no tiene la gravedad, intensidad o persistencia propia del desamparo y, por tanto, no procede que la Administración asuma la tutela del menor con la consiguiente suspensión de la patria potestad. La actuación administrativa protectora en situaciones de riesgo se desarrolla en el entorno socio-familiar del menor y se dirige, precisamente, a prevenir el posible desamparo.

Las Administraciones públicas que, en primer término, tienen encomendada la función de *colaborar* con las familias y *velar* por el debido cumplimiento de sus deberes legales respecto a los menores, cuando detectan una situación de riesgo deberán dar un paso adelante e *intervenir* para garantizar a los niños y adolescentes el pleno desarrollo de su personalidad y el disfrute de sus derechos. El principio de subsidiariedad progresiva de la acción pública protectora respecto de la actuación de padres o tutores, obliga a las Administraciones competentes a intervenir ante situaciones de riesgo con el fin de prevenir una posible situación de desamparo. Nuestros Tribunales han establecido la necesidad de interpretar de forma restrictiva el desamparo y han proclamado el carácter gradual de las medidas administrativas de protección y, por tanto, la necesidad de actuar para reparar las situaciones de riesgo que perjudiquen el desarrollo del menor.

Así, en numerosas ocasiones, los Tribunales han dejado sin efecto la resolución administrativa de desamparo por considerar que, a la vista de los

hechos, no era procedente dicha declaración y la consiguiente aplicación de medidas de protección en el marco de la tutela administrativa. En cambio, han considerado que la situación del menor debía ser calificada y tratada como una situación de riesgo, que obliga a la Administración competente a adoptar medidas en el propio entorno socio-familiar del menor.

> En el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio de 2002 (JUR 2002\233517) —citado anteriormente— el Tribunal, a la vista de los hechos, declara que "algunas de las circunstancias que llevan a los Servicios Sociales de la Junta a asumir la tutela automática del menor no son constitutivas de una situación de desamparo, sino de *riesgo*, en las que la actuación de las entidades públicas debe ir dirigida a proporcionar al menor y a su familia el necesario apoyo moral y asistencial, dentro de la necesaria protección a la familia y a la infancia, que establece el artículo 39 de la Constitución". Por ello, deja sin efecto la resolución administrativa de desamparo y acuerda que el menor sea entregado a su madre. Asimismo, el Tribunal contempla una serie de medidas de protección dirigidas a neutralizar la situación de riesgo por cuya ejecución deberán velar los servicios sociales del Ayuntamiento[312].
>
> Asimismo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 5 de diciembre 2002 (JUR 2003\66876), el Tribunal acuerda "que no existe una situación del desamparo del menor, declarar la existencia de una *situación de riesgo* y se acuerde un *plan de intervención* a decidir por el organismo público competente y *de obligado cumplimiento para los padres*, plan de intervención que tendrá por finalidad hacer desaparecer la situación de riesgo".

Las circunstancias que caracterizan la situación de riesgo de los menores han sido expresamente previstas en algunas de las normas autonómicas sobre protección de menores[313]. Del examen del concepto legal de riesgo que nos ofrece esta legislación, resulta que la Administración pública competente deberá declarar la situación del riesgo del menor cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando el menor no reciba una adecuada atención física, psíquica o educativa por parte de las personas responsables de su guarda y se produzca alguna de las siguientes situaciones:

   — omisiones de carácter *leve* en el cuidado del menor, con una probabilidad reducida de producirse un episodio severo de forma inmediata, y sin que tales omisiones supongan un grave perjuicio para su salud física o emocional.

---

[312] Ver, entre muchas otras, Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre 2002 (JUR 2002\286398); Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 28 de mayo 2003 (JUR 2003\172571); Auto Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 2 de octubre 1999 (AC 1999\6444).

[313] Así, la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (art. 28), la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia (art. 49); el Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo, de medidas de protección jurídica del menor (art. 16); la Ley de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (art. 45)

— en caso de que el menor esté sometido a un patrón o a episodios *aislados* de descuido de carácter *leve* que inciden en varias áreas concernientes a sus necesidades principales.

b) Cuando los padres o responsables del menor le impongan castigos físicos o emocionales que, sin constituir episodio severo o patrón crónico de violencia, perjudiquen su desarrollo.

c) Cuando la situación sea potencialmente perjudicial para el desarrollo físico, psíquico o emocional del menor, pero éste tenga una relación satisfactoria y adecuada con alguno de los miembros de la familia o una edad y estatus físico, cognitivo, emocional o temperamental que reduzca su vulnerabilidad ante aquella situación perjudicial.

Asimismo, el legislador ha considerado como situación de riesgo cualquier otra circunstancia que de persistir pudiera conducir al menor a una situación de desamparo. Es más, los diversos legisladores autonómicos prevén que la falta de colaboración de la familia en la neutralización de los factores de riesgo, comportará la declaración de desamparo cuando la situación de vulnerabilidad del menor se agrave[314].

> En Cantabria, la ley 1/2004, de 1 de abril, integral para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas, prevé que cuando una mujer con menores a su cargo sea víctima de la violencia de género, deberá intervenir la Administración autonómica y, en caso de apreciarse una situación de riesgo, ponerlo en conocimiento de la Fiscalía o de los órganos judiciales competentes para que tramiten la orden de protección y alejamiento del agresor para la mujer y los hijos. En el caso de que la mujer no colabore en la tramitación y resolución de la orden de protección, la Administración podría proceder a la declaración de desamparo de los menores (art. 25).

En definitiva, los factores que permitirían calificar la situación del menor como de riesgo en lugar de desamparo serían: el tipo y características de la desprotección, las características del menor y las particularidades del entorno socio familiar. En cuanto a las características de la situación de desprotección, se trataría de incumplimientos leves o aislados que no producen graves perjuicios al menor, pero que hacen necesaria cierta intervención administrativa. Por lo que se refiere al menor, se tendrá en cuenta si tiene los recursos suficientes para protegerse por sí mismo y reclamar ayuda; para ello deberá considerarse si su desarrollo físico y emocional es normal y si mantiene una relación positiva con algún miembro de la familia que pudiera servirle de apoyo. En lo que respecta a las características del entorno sociofamiliar, se considerará si la familia tiene conciencia del problema y si está

[314] Ver, a este respecto, entre otras, la Sentencia Audiencia Provincial Murcia de 4 noviembre 2002 (JUR 2003\62942).

motivada y colabora en la neutralización de los factores que llevaron a la situación de riesgo. Por otra parte, además de los factores de riesgo, los servicios sociales deberán considerar los factores de protección, esto es, todas aquellas situaciones del entorno socio-familiar del menor que pueden constituir una base o fundamento sobre las que apoyar la intervención administrativa dirigida a erradicar los elementos de riesgo.

2. La actuación administrativa protectora: detección, prevención, intervención

Las Administraciones públicas competentes deberán acometer las acciones oportunas para prevenir, detectar, valorar y eliminar, neutralizar o disminuir los factores de riesgo que perjudiquen el desarrollo personal o social de los menores.

A) *La detección de las situaciones de riesgo*

La *detección* de las situaciones de riesgo es la acción que pone en marcha la intervención administrativa dirigida a garantizar una adecuada asistencia y protección de los menores. Es fundamental que la detección sea temprana, ya que se incrementan las posibilidades de éxito de la intervención. Esta actuación administrativa se enmarca en la función atribuida a las Administraciones de *velar* por el debido cumplimiento de las obligaciones legales de padres o tutores (art. 39.2 de la Constitución)[315]. Las acciones administrativas de *detección* no suponen una intervención directa de los profesionales respecto a los menores, sino que se dirigen a conocer las situaciones de riesgo que puedan producirse. Las Administraciones competentes pueden llevar a cabo actuaciones de *detección* a través de diversos medios: mediante proyectos diseñados con este fin; estableciendo mecanismos de coordinación con otras instituciones o servicios (cuerpos policiales, centros sanitarios, de enseñanza, deportivos, lúdicos u otros con incidencia en el ámbito de la infancia); a partir de los datos obtenidos de la intervención en casos individuales o familiares[316]. Por tanto, la situación de riesgo podrá ser detectada a través

[315] En el caso de Cataluña, la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, establece en su art. 17.3 que "*Las Administraciones públicas deben velar por la protección de los niños en el caso de mal uso de las facultades de los padres o de las facultades atribuidas a otras personas que los cuiden y también para que los padres, tutores o guardadores dispongan de los medios de información y formación adecuados para ayudarlos a cumplir sus responsabilidades hacia los niños y los adolescentes*".

[316] Vid. VALLS, Marina, "La intervenció dels serveis socials d'atenció primària en el tractament de la infancia-adolescencia en risc", *Congrés Europeu d'Atenció a la infancia 1992*, Generalitat de Catalunya, pág. 238.

de las demandas provinentes del propio entorno del menor o bien, de forma indirecta, cuando la alerta acerca de esta situación proviene de otros servicios, personas o entidades.

Es importante destacar que todas aquellas personas y, en especial, los profesionales que tengan conocimiento de que un menor padece una situación de riesgo deberán comunicarlo a la Administración, ya sea a través de los servicios sociales o por cualquier otra vía[317]. La Administración deberá garantizar la absoluta confidencialidad y reserva de la denuncia o comunicación. Por otra parte, al efecto de que la Administración competente pueda detectar las situaciones de riesgo que pudieran padecer los menores, deberán establecerse mecanismos de colaboración y coordinación de los servicios sociales con el sistema educativo, sanitario y policial. Es fundamental detectar y reparar las situaciones de riesgo y así prevenir una posible —y más traumática para el menor y su familia— situación de desamparo.

B) *La prevención y la intervención en situaciones de riesgo. Las medidas de apoyo y protección*

Una vez detectada y verificada una situación de riesgo, la Administración competente deberá emprender las acciones oportunas para eliminar o minimizar los factores que han conducido a la misma, con el fin de garantizar los derechos que asisten al menor y su plena formación como persona. Ahora bien, es posible distinguir dos niveles de intervención: la prevención y la intervención socio-familiar[318].

Las *actuaciones preventivas* pueden tener un alcance general o particular. La *prevención general* se dirige a toda la población y podrá desarrollarse a través de programas de información y sensibilización o de intervención comunitaria. La efectividad de estas acciones exige la debida formación de los profesionales que las desarrollan. Por lo que se refiere a la *prevención particular*, se desarrollará mediante planes diseñados para los casos concretos; en especial, a través de medidas de apoyo y colaboración con la familia para facilitar el cumplimiento de sus obligaciones legales. De forma que la acción preventiva podrá incidir sobre los propios menores o en su entorno familiar y social[319].

[317] Art. 13 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Así, por ejemplo, en relación con la denuncia de un particular de una posible situación de riesgo y el seguimiento realizado de la misma por el Defensor del Menor de Andalucía, ver la queja 03/1985 del Informe del Defensor del Menor al Parlamento (año 2003).

[318] Vid. VALLS, Marina, "La intervenció... *cit.*, pág. 239.

[319] Cuando las Directrices de RIAD (aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución45/112/ de 14 de diciembre de 1990) se refieren a la colaboración de los poderes públicos con la familia para *prevenir* situaciones de riesgo de menores,

La propia Constitución impone a los poderes públicos el deber de asegurar la protección de la familia y de los hijos (art. 39). En consecuencia, las Administraciones competentes deberán prestar a la familia las medidas de apoyo necesarias para asegurar la protección integral de los hijos y, en definitiva, garantizar a los menores el pleno desarrollo de su personalidad[320].

La actuación preventiva es distinta a la intervención administrativa en el entorno socio-familiar. Esta última es posterior a la detección de la situación de riesgo y podrá o no ser posterior a la acción de prevención. *La intervención socio-familiar* tiene por objeto modificar o neutralizar una concreta situación de riesgo mediante los servicios y recursos necesarios, actuando sobre el propio menor y su entorno. Así, es necesario comenzar por realizar un estudio de la situación del menor que permita elaborar un diagnóstico de la situación. Una vez realizado el diagnóstico, deberá diseñarse un plan de intervención individualizada que permita neutralizar o minimizar los factores de riesgo. La intervención administrativa protectora se desarrolla e incide sobre el propio menor y su entorno socio-familiar. Además, una vez aplicado el plan de intervención, la Administración competente deberá realizar el seguimiento de la evolución del menor en su medio familiar y social[321].

La Administración deberá asistir y apoyar a la familia con el fin de neutralizar los factores que han provocado la situación del riesgo del menor. Ahora bien, para la efectiva eliminación de estos factores de riesgo es fundamental que la familia del menor también colabore con la Administración. Por ello, será esencial exponer claramente a la familia los objetivos que se

---

establecen que los Estados deberán adoptar medidas y elaborar programas para dar a las familias la oportunidad de aprender las funciones y obligaciones respecto a sus hijos y fomentar una buena relación entre ellos. Asimismo, se prevé que los Estados deberán prestar "especial atención a los niños de familias afectadas por problemas creados por cambios económicos, sociales y culturales rápidos y desiguales, en especial a los niños de familias indígenas o de inmigrantes y refugiados" (puntos 15 y 16).

[320] Por está razón, en la mayoría de las Comunidades Autónomas la protección del menor se ha vinculado a la protección de la familia. Así, por ejemplo, en Valencia el órgano competente en materia de protección de menores es la "Dirección General de la Familia, Menor y Adopciones"; en Andalucía, la "Dirección general de la Infancia y la Familia"; en Madrid, la "Comisión de Tutela del Instituto Madrileño del Menor y la Familia". Así lo pone de relieve JOYA SOTO, Maribel, en la Conferencia titulada "*Estudi de la regulación de la protecció jurídica del menor en desemparament a les comunitats autònomes de Valencia, Andalucia y Madrid en comparació al sistema normatiu de Catalunya*", pronunciada en el Seminari Infancia i adolescencia en risc, organizado por la Diputació de Barcelona y la FEDAIA, noviembre 2003. En Cataluña, la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia, que durante un tiempo estuvo enmarcada en la Consellería de Justicia, en la actualidad forma parte de la Consellería de Bienestar Social y Familia.

[321] Art. 29 de la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (art. 28); art. 49 de la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia o art. 53.1 y 2 de la Ley del País Vasco 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia. Ver, asimismo, a modo de ejemplo, el caso a que se refiere el Auto de la Audiencia Provincial de Soria de 14 de diciembre de 2000 (JUR 2001\79466).

persiguen a través de la intervención administrativa y lograr que se comprometa y participe en su consecución. La colaboración de la familia es un elemento clave e imprescindible en el éxito de la intervención administrativa protectora.

> En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2002\286398), se brinda al caso un tratamiento propio de una situación de riesgo, ya que el Tribunal considera que no se trata de una situación de desamparo. La Administración había declarado la situación de desamparo y asumido la tutela. Sin embargo, el Tribunal anula dicha resolución, ya que, entre otras cuestiones, *considera la disposición de la familia a colaborar con la Administración* y el gran esfuerzo realizado por superar unos hábitos de conducta propios del medio en el que se desenvuelven y que resultaban perjudiciales para la menor. Por otra parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 5 de diciembre de 2002 (JUR 2003\66876), se declara que no concurre una situación de desamparo sino de riesgo y *se impone a los padres la obligación de aceptar y cumplir el plan de intervención que acuerde la Administración competente, con la advertencia de que el incumplimiento de esta obligación por parte de los padres "podrá determinar un cambio de situación"*.

La importancia de la colaboración de la familia con la Administración en la neutralización de los factores de riesgo, explica que las normas que han regulado este ámbito protector y, de igual modo, los Tribunales, hayan establecido que la falta de colaboración de los responsables del menor podrá comportar la declaración administrativa de desamparo, cuando la evolución de la situación del menor así lo requiera[322]. Ahora bien, en este último caso la declaración de desamparo no constituye un castigo a la familia. Por tanto, la familia no lo deberá sentir como tal; por ello, será importante que viva la nueva fase que se abre como la vía más adecuada para brindar una eficaz asistencia y protección al menor. La actuación de los servicios sociales deberá ser percibida por la familia como una intervención de carácter continuado, aún cuando la Administración competente para actuar en cada caso sea distinta[323]. Por ello, debe destacarse la importancia de la colaboración y coordinación administrativa para preservar el interés superior de los menores.

---

[322] Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia (art. 58), Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (art. 45.2), Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (art. 31.2), Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia (arts. 53.2 y 79), Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo, de medidas de protección jurídica del menor (art. 18.3).

[323] La Administración local será generalmente la competente para actuar en el ámbito el riesgo y, en cambio, corresponde a la Administración autonómica la competencia para declarar el desamparo y asumir la tutela. Por otra parte, en el caso de ser asumida por la Administración autonómica la tutela del menor, los servicios sociales de atención primaria deberán seguir actuando con la familia y colaborar con la Administración que ostenta la tutela para hacer posible el posterior retorno del menor con su familia. Ver, en este sentido, por ejemplo, las previsiones del art. 55.4 de la Ley del País Vasco 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia.

Pues bien, como se ha dicho, en el momento que la Administración detecta un menor en situación de riesgo deberá emprender las acciones oportunas para neutralizar los factores que han llevado a la misma[324]. En primer lugar y de forma prioritaria, se realizarán aquellas actuaciones dirigidas a prevenir que la situación del menor pudiera agravarse, generalmente a través de medidas de apoyo a la familia y de atención inmediata al menor. Por otra parte, se deberá estudiar y valorar la situación del menor y de su entorno y, a la vista de los resultados, establecerse un plan de actuación y, en concreto, determinar las medidas a adoptar. En definitiva, la actuación administrativa se dirigirá a mejorar el entorno socio-familiar del menor y a asegurar la plena atención de sus necesidades.

En la regulación de este ámbito protector se contemplan, pues, un conjunto de medidas de apoyo y protección, de carácter social, técnico o económico, dirigidas a eliminar los factores de riesgo. Así, entre las medidas legalmente previstas deben destacarse:

a) Medidas de apoyo a la familia a fin de mejorar el entorno familiar y hacer posible la permanencia del menor en el mismo. En situaciones carenciales o de insuficiencia de recursos, estas medidas podrán consistir en prestaciones económicas o en especie. Así, cuando la necesidad del menor tiene su origen en la falta de ingresos de sus padres, en la deficiencia o falta de la vivienda, o cuando estas circunstancias constituyen un obstáculo para la reintegración de un menor a su familia, las Administraciones deberían proporcionar una ayuda económica para neutralizar o minimizar estos factores.

Por lo que se refiere a las ayudas económicas familiares que, en general, se prestan a través de los servicios sociales básicos, comunitarios o de atención primaria, se conciben como un recurso complementario que debe formar parte del proyecto de intervención familiar. Las ayudas se conceden a las familias para que puedan atender a las necesidades básicas de los menores a su cargo cuando carecen de recursos económicos suficientes. De este modo se intenta que el menor esté debidamente atendido en su entorno familiar y prevenir una posible situación de desamparo[325].

b) Establecimiento de programas compensadores de carácter socioeducativo. La finalidad de las intervenciones de carácter educativo sería brindar a

[324] Acerca de las medidas de protección previstas por la legislación autonómica, ver el art. 32 de la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor; el art. 78 en relación con el art. 52 de la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia; los arts. 20 y 21 del Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo, de medidas de protección jurídica del menor; o el art. 42 de la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores.

[325] En Andalucía, para cubrir estas ayudas se suscriben convenios entre las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Asuntos Sociales y las Corporaciones Locales (ver el Informe Especial del Defensor del Menor de Andalucía al Parlamento del año 2003, epígrafe 5.8 "La Administración local y los menores").

los padres estrategias alternativas para el cuidado o la educación de sus hijos. En algunos casos los padres se comprometen mediante un denominado "contrato conductual" a adoptar determinadas conductas respecto a sus hijos con el fin de brindarles la debida asistencia y protección[326]

c) Asistencia acompañada del menor a centros de carácter educativo[327].

> El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en las Observaciones finales realizadas tras el examen del segundo informe periódico de España (CRC/C/15/Add.185, de 7 de junio 2002), constata "el elevado número de faltas de asistencia y el alto nivel de abandono escolar y la dificultad de integración escolar" en especial de los menores de zonas de nivel socioeconómico bajo y los niños de familias inmigrantes. Por ello, recomienda al Estado garantizar la asistencia regular a los centros educativos y la reducción de las tasas de abandono escolar[328].

d) Ayuda a domicilio dirigida a favorecer el cuidado y la atención del menor y a hacer posible su permanencia en la familia. El servicio de ayuda a domicilio proporciona, mediante personal especializado, una serie de atenciones preventivas, asistenciales y rehabilitadotas, con el fin de hacer posible la permanencia del menor en su medio familiar[329].

e) Atención en centros de día en los que, fuera del horario escolar, se desarrolla una función preventiva a través de actividades de ocio y cultura con

---

[326] Ver a este respecto el caso a que se refiere la Sentencia Audiencia Provincial de Málaga de 20 de junio 2003 (JUR 2003\190845).

[327] En Cataluña, la Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias, al regular las medidas de apoyo destinadas a los menores, encomienda a las Administraciones públicas adoptar medidas para "prevenir y tratar el absentismo y fracaso escolar". Para ello dispone que "el Gobierno, conjuntamente con la Administración local, debe establecer planes contra el absentismo escolar" (art. 32.3). En la Memoria elevada por el Fiscal del General del Estado al Gobierno del año 2002, se pone de relieve el problema del absentismo escolar y "lo limitado de las posibilidades legales de reacción frente al mismo". Así, la Fiscalía de Huesca da cuenta del incremento de comunicaciones sobre el absentismo que ha dado lugar a la comparecencia de los padres para advertirles de su obligación de procurar una educación adecuada para sus hijos; el contacto del Ministerio Fiscal con las familias ha permitido "detectar situaciones que pudieran ser tributarias de intervención administrativa, por lo que esos casos se ponen en conocimiento del servicio competente para su estudio y adopción, en su caso, de las medidas de protección adecuadas". En los casos más graves, la Fiscalía ha imputado a los padres el delito de abandono de familia. Por otra parte, la desescolarización reiterada o continuada constituye una circunstancia que puede dar lugar a la declaración de desamparo y consiguiente asunción de la tutela por la Administración. Ver los hechos contemplados en la Sentencia Audiencia Provincial de Málaga de 20 de junio 2003 (JUR 2003\190845).

[328] La Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores, tipifica como infracción la conducta de los responsables del menor consistente en no gestionar la plaza escolar correspondientes, no procurar que asista al centro escolar (art. 118.1 b) y c) o impedir la asistencia al centro escolar (art. 118.2 d). Asimismo, se tipifica como infracción la conducta de los responsables de los centros de no poner en conocimiento de la Administración las situaciones de absentismo escolar.

[329] Así, este servicio integra, por ejemplo, actuaciones de carácter doméstico (como limpieza, planchado de ropa, cocina, etc.), personal educativo, socio-comunitario, prestación de ayudas técnicas, etc. Sobre la forma como debe prestarse este servicio, ver las Recomendaciones del Defensor del Menor de Andalucía a raíz de la Queja 3/4503, en el Informe Especial al Parlamento del año 2003, págs. 185 a 189.

el fin de compensar las deficiencias socio-educativas de los menores y potenciar su desarrollo personal y la integración social de los menores y sus familias. Asimismo, se contempla la existencia de centros de atención a la primera infancia o atención precoz[330].

f) Intervención psico-terapéutica. Estas actuaciones se dirigen a abordar aspectos emocionales, cognitivos, de comportamiento y relacionales, tanto del menor como de la familia.

> En el caso a que se refiere el Auto Audiencia Provincial de Vizcaya de 3 de febrero 1999 (AC 1999\3911), la madre de la menor había celebrado con los servicios sociales un denominado "contrato terapéutico" por el que se comprometía a seguir un tratamiento adecuado para tratar su alcoholismo, el incumplimiento de este acuerdo comportó la declaración de desamparo y consiguiente atribución de la tutela a la Administración.

g) Programas formativos para adolescentes que han abandonado el sistema escolar y que requieren una formación profesional que facilite su inserción laboral.

Asimismo, podrá contemplarse la colaboración de voluntarios en el apoyo a las familias con menores en situación de riesgo. En esta línea, quizá debiera estudiarse la posibilidad de prever la existencia de familias voluntarias de apoyo.

Las medidas legalmente previstas en este ámbito protector se desarrollan, como se ha visto, en el entorno socio-familiar del menor. Estas medidas se caracterizan por no requerir la separación del menor de su familia. Es más, la actuación administrativa ante situaciones de riesgo se dirige precisamente a prevenir el desamparo y de este modo evitar la adopción de medidas que sí implicarían dicha separación[331].

---

[330] En Cataluña, el Decreto 261/2003, de 21 de octubre, regula los servicios de atención precoz y los configura como un derecho subjetivo de los menores, desde el momento de su concepción hasta que cumplan los seis años, con trastornos en su desarrollo o con riesgo de padecerlos. La atención precoz se desarrolla a través de un conjunto de actuaciones de detección, prevención, diagnóstico e intervención de carácter multidisciplinar. Estos servicios se prestan en el entorno del menor o en un establecimiento específico (CDIAP, centros de desarrollo infantil y atención precoz).

[331] De este modo la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor (art. 22), la Ley de Aragón12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (art. 56), la Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (art. 41), en Galicia el Decreto 42/2000, de 7 de enero, que refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia (art. 27.1). Sin embargo, de forma excepcional, la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia, ha contemplado la guarda administrativa entre las medidas de protección aplicables en situaciones de riesgo; así, en esta Comunidad Autónoma, los padres u otros responsables del menor que no puedan atenderlo debidamente, podrán solicitar a la Administración que se haga temporalmente responsable de su guarda, lo que implicaría la separación temporal del menor de su familia. Más adelante, al final del Capítulo V de este trabajo, se examina brevemente la distinción entre las figuras de la tutela y la guarda voluntaria administrativa.

En general, la aplicación de las medidas de asistencia y apoyo en el entorno socio-familiar de los menores en situación de riesgo, requiere la actuación de personal especializado. Alguna legislación autonómica contempla la intervención de un *técnico responsable del caso* que realizará, además, el seguimiento del menor y su entorno familiar, incluso como medida preceptiva compatible con la aplicación de otras medidas[332]. Por otra parte, en este ámbito podría desempeñar un destacado papel la figura de la mediación familiar, al efecto de neutralizar situaciones derivadas de una crisis en las relaciones familiares de los menores[333].

Las diferentes medidas de atención al menor o recursos de apoyo familiar podrán prestarse de manera simultánea cuando se desee incidir en los distintos factores o aspectos que han provocado la situación de riesgo. Por tanto, podrán acordarse medidas de asistencia y colaboración con la familia y, de manera simultánea, actuaciones dirigidas directamente a la atención y protección del menor en situación de riesgo. En cualquier caso, para que las medidas de apoyo adoptadas den los frutos deseados, será fundamental que las Administraciones competentes cuenten con los medios personales y materiales necesarios. Debe hacerse hincapié en la importancia de la acción administrativa desarrollada en este ámbito protector, ya que se dirige a *prevenir* situaciones de desamparo y, por tanto, a hacer innecesaria la traumática separación del menor de su entorno familiar.

Los padres o responsables del menor, como se ha dicho, deberán colaborar con las Administraciones a fin de alcanzar los objetivos que en última instancia se persiguen mediante estas actuaciones y prestaciones. Las medidas de protección adoptadas por la Administración competente en el marco del plan de intervención resultan de obligado cumplimiento por los padres o responsables del menor[334]. En el supuesto de que la familia no se aviniera a colaborar con la Administración y la situación de riesgo del menor se agravará, podrá darse un paso adelante y proceder a declarar el desamparo con la consiguiente asunción de la tutela por la Administración autonómica[335]. Cuan-

[332] Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo (art. 21.2). Ley de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia (art. 26 d).

[333] En Cataluña, la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, dispone en su art. 22.1 que "La Generalitat, por medio del Departamento que sea competente, debe establecer un sistema de mediación y asesoramiento a nivel territorial que ha de intervenir, a solicitud de los interesados, con la finalidad de garantizar la efectividad del derecho de los niños y los adolescentes a relacionarse con sus familias y en las cuestiones relacionadas con la problemática de los conflictos familiares que afecten, de forma directa o indirecta, a los niños y los adolescentes". No obstante, la Ley catalana 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar, solo legitima a los miembros de la pareja y no, en cambio, a los propios hijos, para instar la mediación familiar en las cuestiones que hacen referencia a los hijos comunes menores de edad.

[334] Así lo afirman los Tribunales en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 5 de diciembre de 2002 (JUR 2003\66876).

[335] Así se prevé, por ejemplo, en el art. 79.2 de la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia; arts. 18.3 en relación con el art. 24.4 del

do la competencia para intervenir en uno y otro ámbito protector estuviera atribuida a Administraciones públicas distintas, la Administración competente para actuar en situaciones de riesgo —por lo general, la Administración local— comunicará a la Administración autonómica el agravamiento de la situación del menor al efecto de que intervenga y, en su caso, declare su desamparo y asuma su tutela.

La situación de riesgo del menor cesa cuando desaparecen las circunstancias o se neutralizar los factores que dieron lugar a su declaración y a la consiguiente adopción de las medidas de atención, o bien cuando las referidas circunstancias han quedado debidamente compensadas. Asimismo, cesa la situación de riesgo cuando se ha derivado en una situación de desamparo y la Administración competente ha asumido la tutela del menor. La finalización de la situación de riesgo deberá ponerse en conocimiento de las personas y entidades a las que se notificó en su día el inicio de la misma[336].

No obstante, el fin de la situación de riesgo y, en su caso, de las medidas de apoyo y protección que se hubieran aplicado, no implica que la Administración no deba continuar realizando el *seguimiento* de la evolución del menor a través de los servicios sociales competentes. La finalidad del seguimiento es velar por la consolidación de la situación a la que se ha llegado mediante la intervención administrativa y por la correcta evolución del menor. Por otra parte, si la situación del menor hubiera derivado en desamparo, sin perjuicio de las medidas que adopte la respectiva Administración autonómica en el marco de la tutela, deberán disponerse, asimismo, por la Administración competente, medidas de asistencia y apoyo a la familia tendentes a hacer posible la posterior reintegración familiar del menor.

3. La Administración competente para intervenir ante situaciones de riesgo. La colaboración interadministrativa

A) *Competencias locales y autonómicas para actuar en situaciones de riesgo*

En cuanto a la Administración competente para intervenir en situaciones de riesgo de los menores, en buena parte de los casos la normativa autonómica distribuye las competencias entre la Administración autonómica y las entidades locales. Asimismo, se contempla la colaboración de entidades privadas con la Administración[337]. Debe tenerse en cuenta que la protección de

Decreto del Gobierno Valenciano 83/2001, de 22 de mayo, de medidas de protección jurídica del menor.

[336] Así lo establece el art. 54 de la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia, y el art. 33 de la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor.

[337] Este es el caso de la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia (art. 50); en Galicia el Decreto 42/2000, de 7 de enero, que refunde la

los menores en situación de riesgo se arbitra a través del sistema público de servicios sociales.

> Por otra parte, la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local, atribuye a los municipios competencia en materia de prestación de servicios sociales (art. 25.2 k) y art. 26.1 c). Por tanto, los municipios podrán crear servicios y realizar actividades dirigidas a garantizar el apoyo a las familias y la protección de los menores[338].

Así, aunque la situación no es idéntica en cada una de las Comunidades Autónomas, de forma general, corresponde a la Administración autonómica la promoción, planificación, programación, supervisión y coordinación de las actuaciones dirigidas a la atención de los menores en situación de riesgo. Por su parte, corresponde a las Administraciones locales y, en especial, a la municipal por ser la más próxima al ciudadano, la información, detección, prevención, valoración, intervención y seguimiento de las medidas de protección concretas en el entorno socio-familiar del menor[339]. Las medidas de protección y apoyo previstas en este ámbito se han encauzado en gran medida a través de los servicios sociales básicos, comunitarios o de primer nivel, ya que son los más próximos a las familias y, por ello, la puerta de acceso al sistema de servicios de protección social.

> En Asturias, por ejemplo, la Ley 1/1995, de protección de menores, en el marco de la legislación sobre servicios sociales, atribuye a la *Administración autonómica* competencia para la elaboración de los programas de prevención; coordinación de los servicios de las diferentes Administraciones dirigidos a la prevención; y la creación de los recursos que hagan posible el ejercicio de las referidas competencias. La prestación, gestión y desarrollo de programas de protección de menores por los municipios queda supeditada a la planificación de la Administración autonómica. Por otra parte, *los municipios* deberán colaborar, a través de los servicios sociales, en la ejecución y evolución de los programas y actividades de prevención[340]. Además, también es competencia de los municipios la protección de

normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia (art. 27); o la Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (arts. 44 y 45).

[338] Se hace eco de los conflictos surgidos en un primer momento entre la Administración autonómica y la Administración local en materia de protección de menores, PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, "La desprotección social...*cit.*, pág. 33.

[339] Ley del Principado de Asturias 1/1995, de Protección de Menores (arts. 16 y 28); Ley de la Comunidad Andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor (art. 18); Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (arts. 11, 12, 15 y 45.3); Ley de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (art. 50) en relación con la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de servicios sociales; Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (arts. 76, 77); Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (arts. 50 y 126); Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia (art. 11 y 45); Ley de Galicia 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia (art. 5); Ley del País Vasco 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia (art. 104); Ley Foral de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (art. 8).

[340] Corresponden a los municipios, entre otras, las siguientes funciones: informar y asesorar a la población en materia de protección de menores; promover y colaborar en programas

los menores en el seno de la familia mediante la adopción de medidas de apoyo familiar; por su parte, la Administración autonómica deberá coordinar y apoyar la actuación de los municipios en el cumplimiento de esta función (art. 28).

De forma similar, en la Comunidad Valenciana, las entidades locales tienen atribuida la competencia para el desarrollo y aplicación de los recursos de apoyo familiar en el marco de la legislación en materia de acción social, de protección de menores y de régimen local[341]. Por su parte, la Administración autonómica deberá coordinar y apoyar la actividad de las entidades locales.

En Castilla y León, la Ley 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia (art. 50), encomienda a las *entidades locales*, de conformidad con la legislación sobre servicios sociales, la detección y valoración de la situación de riesgo y, en colaboración con las demás Administraciones y servicios públicos y privados, aquellas actuaciones dirigidas a garantizar al menor los derechos que le asisten, a disminuir los factores de riesgo y a promover los factores de protección del menor y su familia. Por su parte, corresponde a la Administración autonómica la coordinación general en este ámbito. Además, la propia Ley atribuye a la Administración autonómica la aplicación de una serie de medidas de protección: las medidas que impliquen la separación del menor de su familia —en esta Comunidad se contempla la guarda administrativa voluntaria como una medida de protección de los menores en situación de riesgo—; las medidas que requieran actuaciones para las que no se cuente con el acuerdo de los padres o tutores; y la aplicación de aquellas medidas de apoyo a la familia que fuera necesario adoptar una vez finalizada la tutela, tras reintegrar el menor a su medio familiar. Por otra parte, este legislador autonómico ha previsto que en aquellos casos en que siendo competentes para actuar las entidades locales no lo hicieran, habiendo sido requeridas para ello, la Administración autonómica procederá a intervenir.

Una cuestión que no debe pasarse por alto es la referida a la financiación de la acción protectora encomendada a las entidades locales. Pues bien, en el caso de Cataluña, los entes locales deben financiar el coste de los servicios sociales de atención primaria de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local y la legislación de asistencia y servicios sociales. El Decreto 27/2003, de 21 de enero, de atención social primaria, establece que la Administración de la Generalitat, de acuerdo con sus disponibilidades presupuestarias, colaborará en la financiación de estos servicios a través de la formalización de convenios de colaboración y el otorgamiento de subvenciones (art. 20)[342]. De forma general, el convenio administrativo se configura como el instrumento a través del cual se articula el traspaso de recursos de

de sensibilización con otras instituciones; crear programas de coordinación con el sistema educativo y sanitario orientados a la detección de situaciones de riesgo; colaborar con la Administración autonómica en la elaboración, ejecución y evaluación de programas de prevención (art. 16).

[341] No obstante, corresponde a la Administración autonómica la competencia para asumir la guarda administrativa como medida de protección de los menores en situación de riesgo. Ver el Decreto 93/2001, de 22 de mayo, sobre medidas de protección jurídica del menor (arts. 17 y 22).

[342] Ver, asimismo, la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (disposición adicional 1ª) o la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (art. 129).

las Administraciones autonómicas a las Administraciones locales para la financiación de los servicios de protección a los menores.

B) *El procedimiento dirigido a verificar la situación de riesgo y determinar las medidas de protección. La colaboración y coordinación administrativa*

La actuación administrativa en el ámbito de los menores en situación de riesgo, como se ha dicho, ha sido regulada de forma desigual por las distintas Comunidades Autónomas. Así, sólo algunas normas autonómicas han previsto expresamente la tramitación de un procedimiento administrativo dirigido a verificar y, en su caso, declarar la situación de riesgo y adoptar las medidas de atención y apoyo necesarias[343].

En aquellos casos que la actuación administrativa suponga una interferencia o intromisión en el derecho a la vida familiar, la Administración debería tramitar un procedimiento administrativo con el fin de acordar las necesarias medidas de protección del menor. En el curso de este procedimiento se deberá escuchar necesariamente al menor y dar audiencia a los padres u otros responsables. Asimismo, se realizarán los estudios y solicitarán los informes que permitan constatar la situación del menor y, en su caso, establecer las medidas de atención, protección o apoyo más convenientes. El procedimiento finalizará con una resolución administrativa que deberá ser debidamente notificada a los interesados y comunicada al Ministerio Fiscal y, en su caso, podrá ser recurrida ante los Tribunales, a través del procedimiento especial previsto en los artículos 779 y 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil[344].

Por otra parte, dado que se trata de un ámbito en el que tienen atribuidas competencias tanto las Administraciones autonómicas como las Administraciones locales, las diversas normas prevén ciertos mecanismos de coordinación. Así, la Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores, establece que la Administración local competente para tramitar el procedimiento dirigido a verificar el riesgo y acordar las medidas de protección, deberá comunicar el inicio del procedimiento y su resolución final al

[343] Este sería el caso de la Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (art. 44); Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (art. 30); Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art.41); Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (arts. 51.2, 52, 53, 55.2 y 57); Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (arts. 44 h) y 55); Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo (art. 15).

[344] Las medidas de protección acordadas por la Administración con el fin de neutralizar los factores de riesgo serían de obligado cumplimiento para los padres o tutores; tal como se afirma en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 5 de diciembre 2002 (JUR 2003\66876). Según se ha puesto de relieve con anterioridad, la falta de colaboración de los responsables del menor en la desaparición de los factores de riesgo conduciría a la declaración de desamparo y la consiguiente asunción de la tutela por la Administración competente.

órgano de la Administración autonómica competente en materia de protección de menores. Además, la propia Ley dispone que, cuando la Administración local competente no proceda a tramitar y resolver el procedimiento, el órgano competente de la Administración autonómica, previo requerimiento a la Administración local, podrá proceder a declarar la situación de riesgo del menor y adoptar las oportunas medidas de asistencia. En este último caso, la Administración autonómica notificará a la Administración local la resolución para la ejecución de las medidas de protección acordadas[345].

Sin embargo, otros legisladores autonómicos, como el de la Rioja, han atribuido a la Administración autonómica la competencia para apreciar la situación de riesgo y establecer las medidas de apoyo y protección. En este caso, será la Administración autonómica la que notifique la resolución a los servicios sociales de base[346].

No obstante, de forma general corresponderá a las entidades locales aplicar las medidas de apoyo y ayuda familiar, en ejercicio de la competencia que la Ley de Bases de Régimen Local les reconoce en materia de "prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social" (arts. 25.2 k) y 26.1 c)[347].

Por tanto, como se ha visto, no todas las Comunidades Autónomas atribuyen a la misma Administración las competencias para establecer acciones y programas de detección, prevención e intervención frente a las situaciones de riesgo de los menores. Las Administraciones locales tienen, por lo general, la competencia para velar —a través de los servicios sociales básicos o de atención primaria y, en coordinación fundamentalmente con el sistema educativo y sanitario— por el adecuado desarrollo de los menores en su entorno socio-familiar. Una vez detectada la situación de riesgo, también corresponderá generalmente a las Administraciones locales adoptar las medidas de asistencia y apoyo en el entorno socio-familiar del menor que permitan neutralizar los factores de riesgo. En cambio, en general, será la Administración autonómica la que asuma la guarda administrativa y, en su caso, la tutela de los menores desamparados. Por todo ello, son fundamentales los mecanismos de colaboración y coordinación administrativa en esta materia.

---

[345] Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (art. 44.1 y 4 y 5). Por otra parte, la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia, en el art. 51, establece que cuando los servicios sociales de las entidades locales tengan conocimiento de que un menor se encuentra en situación de riesgo, deberá comunicárselo a la Administración autonómica para la adopción de las medidas que corresponda aplicar a ésta; en esta Comunidad se contempla la guarda administrativa entre las medidas de protección de los menores en situación de riesgo.

[346] Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores, (art.41) aunque también se contempla la intervención de las Corporaciones Locales (art. 3). Ver, asimismo, la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (art. 30) o la Ley de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia (art. 27).

[347] Así lo afirma expresamente el art. 27.2 de la Ley de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia.

> En Andalucía, el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, por el que se establece el régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa, establece en su art. 7, bajo el título *Coordinación administrativa,* que "los menores sujetos a medidas de protección tienen derecho a que las Administraciones Públicas que intervengan en su caso actúen de forma coordinada, en beneficio de su situación personal y familiar" [348].

Así, cuando la competencia para intervenir ante situaciones de riesgo correspondiera a una Administración local y está constatará que las medidas de asistencia y apoyo no dan los frutos deseados y la situación del menor se agrava, caminando hacía el desamparo, deberá comunicar a la Administración autonómica la situación del menor al efecto de que proceda, en su caso, a declarar el desamparo y asumir la tutela. En este caso, la Administración local debería remitir a la Administración autonómica copia del expediente administrativo en el que consten todas las actuaciones practicadas[349]. Por otra parte, deberá suceder lo mismo a la inversa. Esto es, cuando la Administración autonómica hubiera dado por finalizada la tutela y reintegrado el menor a su familia, deberá remitir copia del expediente a la Administración local competente al efecto de que ésta realice el seguimiento del menor en su familia.

De nuevo debe subrayarse la importancia de la cooperación y coordinación entre los distintos servicios y Administraciones implicadas. Por otra parte, la coordinación no debe limitarse a las políticas públicas en materia de protección de menores, sino que ha de alcanzar a las actuaciones concretas. La colaboración y coordinación administrativa no puede dejarse a la voluntad de los profesionales, es necesario articular instrumentos legales que la garanticen.

En el ámbito de los servicios sociales, alguna Comunidad Autónoma ha previsto la figura del "*profesional de referencia*". En el momento que un menor accede al sistema de servicios sociales de atención a la infancia y adolescencia, se le asignaría un profesional de referencia que podría ser un trabajador o educador social. Cada persona tendría un profesional de referencia en el nivel de atención primaria y cuando pasara a ser atendido por los servicios especializados se le asignaría, asimismo, un profesional de referencia en ese nivel. Ambos profesionales deberán coordinarse para desarrollar en conjunto el proyecto de intervención establecido.

---

[348] Ver, asimismo, la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (arst. 127 y 128); o la Ley de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección de los menores (disposición adicional 1ª).

[349] El Decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid 121/1988, de 23 de noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor, establece en su art. 6.1 que para la adecuada instrucción del expediente de declaración de desamparo "se solicitarán los informes a los servicios sociales generales de los municipios en que hubiera residido, sobre el menor y su familia".

Por otra parte, también podría ser útil la existencia de una "tarjeta social" en la que figuraría el nombre y dirección del centro de servicios sociales que corresponda a cada persona. La identificación de la tarjeta podría servir para acceder al expediente de esa persona. Por tanto, el eje de la intervención sería la persona, con independencia de la Administración que actúa en el caso. La tarjeta social permitiría coordinar las diversas intervenciones realizadas desde los distintos recursos o Administraciones sobre un mismo menor o familia[350].

4. La protección de los menores en situación de riesgo en Cataluña en la actualidad

Por lo que se refiere a Cataluña, la actual legislación de protección de menores no ha contemplado expresamente los menores en situación de riesgo y la consiguiente actuación administrativa protectora en este ámbito. La Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sólo regula la protección de los menores de desamparados[351]. Con posterioridad, la Ley 8/2002, de 27 de mayo, ha incorporado un nuevo ámbito de actuación: la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social. Sin embargo, las circunstancias que se tienen en cuenta para apreciar la situación del menor como de "conflicto social" —en los términos del presente trabajo, menores en situación de "dificultad social"— no son las mismas que conducen a calificar la situación del menor como de "riesgo" y, por ello, tampoco coinciden siempre las medidas que debe adoptar la Administración en uno u otro caso[352].

Ahora bien, aunque en Cataluña la legislación sobre protección de menores no ha contemplado expresamente, hasta este momento, la situación de riesgo de los menores, lo cierto es que las Administraciones deberán igualmente proceder a detectar, prevenir e intervenir en estos casos, tal como impone la legislación sobre servicios sociales[353]. En efecto, el Decreto legislativo 17/

[350] Las figuras del "profesional de referencia" y la "tarjeta social" han sido previstas en la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2003, de 27 de marzo, de servicios sociales (arts. 25 y 26).

[351] Por esta razón, de forma anómala, la ley prevé entre las medidas de protección de los menores desamparados la protección en la propia familia. No tiene sentido declarar un menor en desamparo y asumir su tutela, con la consiguiente suspensión de la patria potestad, y delegar la guarda en la propia familia. Esta situación sólo se explica por la falta de regulación de la situación de riesgo.

[352] Aunque existen elementos comunes, se trata de situaciones distintas y, por ello, caracterizadas legalmente de modo diferente. La situación del menor se calificaría como de *dificultad social* cuando tiene un comportamiento antisocial que comporta ciertos riesgos para sí mismo o terceras personas; fundamentalmente se trata en este caso de prevenir o evitar que el menor se adentre en el campo de la responsabilidad penal o justicia juvenil. En cuanto a la situación de *riesgo*, la intervención administrativa tendrá como finalidad prevenir que pueda llegarse a una situación de desamparo.

[353] No obstante, en los últimos tiempos se propugna desde distintos sectores la reforma de la legislación sobre infancia y adolescencia y, entre otras cuestiones, se propone incorporar

1994, de 16 de noviembre, de asistencia y servicios sociales, estructura un sistema de servicios sociales de responsabilidad pública para garantizar a todos los ciudadanos las prestaciones y servicios que hagan posible el pleno desarrollo de su personalidad, en especial, en caso de limitaciones y carencias (art. 1). La atención y promoción del bienestar de la infancia y la adolescencia constituye una de las áreas de actuación (art. 10.2b).

El actual sistema de servicios sociales se estructura en dos niveles: los servicios de atención primaria y los servicios de atención especializada (art. 9). Los servicios de atención primaria constituyen el primer nivel de atención al ciudadano, el más próximo al ámbito familiar y social. Por ello, deberán desempeñar un papel esencial en el ámbito de los menores en situación de riesgo, ya que las medidas de protección se aplican en el propio entorno socio-familiar del menor[354]. La proximidad de estos servicios a las familias y, por tanto, a los menores, los hace idóneos para asumir la función de informar, detectar, prevenir, valorar las situaciones de riesgo y, en su caso, promover las medidas dirigidas a neutralizar los factores que han provocado la misma y, de este modo, prevenir un posible desamparo y evitar así la adopción de medidas más traumáticas que pudieran hacer necesario separar el menor de su familia.

En efecto, a través de los servicios de atención social primaria deberán llevarse a cabo las funciones de detección, valoración, prevención, intervención, tratamiento y seguimiento de aquellas personas o familias que tengan carencias que comprometan su desarrollo personal e integración social; en el caso que nos ocupa estas personas serían los menores[355]. Entre la tipología de servicios legalmente previstos se contemplan expresamente: 1) *los servicios básicos de atención*: que constituyen un conjunto de acciones profesionales realizadas por un equipo técnico con fin el detectar y prevenir situaciones de riesgo social, para lo cual promueven mecanismos para conocer, prevenir e intervenir en personas y familias. 2) *los servicios de atención domiciliaria*: acciones desarrolladas en el hogar de la persona o familia con dificultades de desarrollo. 3) *servicios residenciales de estancia limitada*: para casos puntuales de atención social urgentes. 4) *servicios de centros abiertos para niños y adolescentes*: en los que está expresamente previsto atender a menores en

el ámbito de los menores en situación de riesgo y las consiguientes medidas administrativas de apoyo y protección.

[354] La atención social primaria tiene como ámbito territorial de actuación "el área básica de servicios sociales" (ABSS)) formada por: 1) un municipio de más de veinte mil habitantes; 2) un conjunto de municipios de hasta veinte mil habitantes integrados en una comarca; 3) los municipios de menos de veinte mil habitantes que se constituyan en ABSS cuanto tengan medios suficientes; estos municipios también podrán prestar los servicios de este nivel que el ayuntamiento quiera promover (art. 14 del Decreto Legislativo 17/1994, de 16 de noviembre). Ver, asimismo, el art. 7 del Decreto 27/2003, de 21 de enero, de atención social primaria.

[355] Decreto 27/2003, de 21 de enero, de atención social primaria (arts. 3.4, 8 y 9).

situación de riesgo; se trata de un servicio diurno —se presta fuera del horario escolar— en el que realizan tareas dirigidas a estimular el desarrollo personal del menor, a prevenir y evitar el agravamiento de la situación de riesgo, a la adquisición de aprendizajes básicos y tareas dirigidas a compensar las deficiencias socioeducativas y conseguir la socialización. Los destinatarios de este último tipo de servicios son expresamente los menores de 18 que viven en el ámbito del área básica respectiva y que necesitan un soporte asistencial o formativo, en especial, los menores en situación de riesgo[356].

La intervención de los servicios de atención primaria para neutralizar las situaciones de riesgo hace necesaria en muchos casos la colaboración de los servicios de atención especializada; los de segundo y tercer nivel[357]. Por otra parte, los servicios de atención primaria deberán derivar ciertos casos, de forma total o parcial, a los servicios de atención especializada[358]. En primer término, corresponderá a los servicios sociales de atención primaria detectar, prevenir e intervenir ante a situaciones de riesgo de los menores. En cambio, cuando la situación de riesgo se agrava, de forma que podría derivarse en una situación de desamparo, deberán intervenir los servicios especializados de la Administración de la Generalitat.

Así, en Cataluña, las Administraciones han venido distinguiendo dos tipos de situaciones: "riesgo" y "alto riesgo" o desamparo. El desamparo se ha identificado con la situación de "alto riesgo social"[359]. Ahora bien, mientras el Ordenamiento catalán ha establecido los factores de alto riesgo social que permiten apreciar el desamparo de un menor, no ha hecho lo mismo con los factores que permiten identificar una simple "situación de riesgo". No obstante, desde la doctrina se ha propuesto establecer los límites entre simple riesgo y alto riesgo social atendiendo a la percepción y actuación de la familia en cuyo seno debe intervenirse para neutralizar los factores que han provocado aquella situación[360]. Así, la situación sería de *simple riesgo* cuando la familia reconoce y acepta que el menor tiene problemas y carencias que es necesario remediar y está dispuesta a colaborar en la aplicación del plan o

[356] Art. 13.1 y anexo 1 del Decreto 27/1003, de 21 de enero, de atención social primaria.

[357] Los servicios sociales de atención especializada constituyen el nivel de actuación específica dirigida al diagnóstico, valoración, tratamiento, apoyo y rehabilitación de personas con problemas sociales pertenecientes a colectivos —como los menores— caracterizados por sus especiales necesidades. Una de las áreas de actuación expresamente contemplada es la atención a la familia, la infancia y adolescencia. La competencia para la prestación de estos servicios corresponde: los servicios especializados del segundo nivel a las Comarcas y los de tercer nivel a la Administración de la Generalitat (Decreto Legislativo 17/1994, de 16 de noviembre, de asistencia y servicios sociales (arts. 9.3 y 11 b) y c), 17 a) y 19 a).

[358] Acerca de los criterios a tener en cuenta para derivar un caso a los servicios de atención especializada, VALLS, Marina, "La intervenció dels serveis socials... *cit.*, pág. 240.

[359] Art. 9 del Decreto 2/1997, de 7 de enero, de protección de los menores desamparados.

[360] Vid. ARAMBURU, Lourdes y VAL, Mª Asunción, "La coordinació entre el serveis socials d'atención primària y els especialitzats en infancia", *Congrés Europeu d'Atenció a la Infancia 1992*, Generalitat de Catalunya, pág. 243.

programa de intervención diseñado por la Administración. En cambio, la situación se calificaría como de *alto riesgo* cuando la familia no asume ni acepta que el menor padezca carencias, o cuando no asume el compromiso de colaborar para superarlas. En este último caso, de agravarse la situación del menor, sería necesaria la declaración de desamparo con la consiguiente asunción de la tutela por la Administración autonómica y la suspensión de la patria potestad.

Por tanto, en aquellos casos en que los profesionales de los servicios sociales de atención primaria actúen frente a un menor en situación de riesgo y la familia no acepte la situación, o se niegue a adoptar las medidas necesarias para superarla, deberán dar entrada a los servicios sociales de atención especializada que, en su caso, podrán realizar las acciones oportunas para proceder a declarar aquel menor en situación de desamparo. Asimismo, los servicios sociales de atención primaria podrían detectar desde el primer momento una situación de desamparo y, en ese caso, derivarán directamente el caso hacia los servicios especializados y procederán a coordinarse con los mismos para, a su vez, emprender las acciones tendentes a mejorar el entorno familiar del menor y hacer posible la posterior reintegración del menor a su familia.

En el supuesto de que los servicios sociales de atención primaria consideraran necesario derivar el caso a los servicios sociales de atención especializada, generalmente deberían realizar previamente el estudio de la situación del menor y un primer diagnóstico. Asimismo, será oportuno que desde estos servicios se informe o explique a la familia del menor y, en su caso, al propio menor, los límites de los servicios de atención primaria y la necesidad de una intervención más especializada para una asistencia más eficaz. Por otra parte, los servicios sociales de atención primera deberán informar sobre la situación que se deriva y remitir el conjunto del expediente a los servicios de atención especializada y, en su caso, colaborar con los mismos en el seguimiento de la familia[361].

Las Administraciones públicas competentes para brindar protección a los menores deberán actuar de forma coordinada. De modo que cuando los servicios sociales de atención primaria derivan el caso a los servicios de atención especializada deberá considerarse la actuación realizada hasta ese momento y, en su caso, podrá acordarse la intervención conjunta o coordinada. La situación de riesgo ha podido derivar en situación de desamparo de la que conocerá la Administración de la Generalitat. Sin embargo, en el supuesto de que fuera necesario separar al menor de su familia, los servicios de atención primaria del municipio o, en su caso, de la comarca, continuarán trabajando con la familia al objeto de hacer posible el retorno del menor con la misma.

[361] Vid. VALLS, Marina, "La intervenció dels serveis socials...*cit.*, pág. 240.

> Por otra parte, el Gobierno de la Generalitat dictó el Decreto 261/2003, de 21 de octubre, mediante el que se regulan los servicios de atención precoz a menores, en desarrollo de las previsiones del art. 29 de la Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias. La atención precoz se configura como el conjunto de actuaciones de tipo preventivo, de detección, diagnóstico e intervención de carácter interdisciplinar dirigidas a los menores, con trastorno en su desarrollo o con riesgo de padecerlos, desde el momento del nacimiento hasta los seis años. El referido Reglamento configura el servicio de atención precoz como un derecho subjetivo de todos los menores dentro de la referida franja de edad, también los menores extranjeros que se encuentren en Cataluña. El servicio tiene carácter gratuito y el procedimiento para acceder puede iniciarse de oficio (por los propios centros de atención precoz o a partir de los casos detectados por los servicios sanitarios, sociales o educativos) o mediante solicitud de los padres, tutores o guardadores. Corresponde al Departamento de Bienestar Social y Familia de la Administración de la Generalitat reconocer el derecho y, en su caso, declarar la extinción del mismo.

Por tanto, como vemos, aunque en Cataluña la legislación sobre protección de menores no contempla expresamente la protección de los menores en situación de riesgo, la necesidad de que las Administraciones intervengan en este ámbito deriva de la legislación sobre servicios sociales. No obstante, para una más eficaz actuación administrativa en materia de protección de menores, parece necesaria una Ley que regule de forma global cada una de las situaciones de desprotección y la consiguiente intervención administrativa. Esta Ley debería establecer con claridad, los principios y directrices que rigen la actuación administrativa en esta materia. En la situación actual existe un cierto peligro de abuso o uso indebido del instrumento legal de la tutela administrativa y, con ello, de pasar por alto la exigencia de interpretar de modo restrictivo el concepto de desamparo. Lo que sería contrario al principio de subsidiariedad progresiva de la intervención pública respecto de las obligaciones familiares y al carácter gradual y flexible que debe tener en este ámbito la actuación administrativa.

Por otra parte, al venir prevista la intervención administrativa en situaciones de riesgo de los menores en la legislación de servicios sociales, sin considerar las especificidades y principios que rigen la actuación en materia de menores, también se corre el riesgo de pasar por alto el principio esencial del interés superior del menor o la necesidad de escucharles en todas las actuaciones que les afecten. La legislación de servicios sociales no brinda a los menores un tratamiento específico, sino que los contempla como un posible beneficiario más de estos servicios, cuando lo cierto es que la actuación administrativa en materia de menores debe regirse por unos concretos y específicos principios[362].

[362] Los principios rectores de las actuaciones administrativas en materia de menores han sido analizados en el capítulo III de este trabajo.

Por último, otra de las críticas que ha de hacerse al actual sistema catalán de protección de menores es que viene diseñado por varias normas con rango de ley y múltiples decretos. De forma que la regulación vigente es confusa y difícil de conocer, lo que chocaría con el principio de seguridad jurídica[363]. No obstante, en abril de 2006, el Departamento de Bienestar Social y Familia ha publicado un documento de Bases para un proyecto de Ley de infancia, con el que se inicia el debate público para la elaboración de una nueva Ley integral, en la que ya se delimitarían las situaciones de riesgo y desamparo.

Pues bien, una vez analizado el ámbito protector de los menores en situación de riesgo, la secuencia lógica, a la luz del carácter gradual que debe tener la actuación administrativa protectora, llevaría a examinar la protección pública de los menores en situación de desamparo, a través de la figura de la tutela de la Administración. Sin embargo, en este momento no nos adentramos en el examen de este segundo nivel de intervención ya que, al constituir esta materia el objeto principal de esta obra, será analizado ampliamente más adelante. Por tanto, a continuación se examina el tercer nivel de intervención: la actuación administrativa frente a los menores en situación de dificultad social.

III. LA ATENCIÓN A LOS MENORES EN SITUACIÓN DE DIFICULTAD SOCIAL

En primer lugar, y con el fin de evitar posibles confusiones, parece oportuno comenzar por señalar la finalidad que tiene la intervención de las Administraciones públicas en este ámbito. Pues bien, las actuaciones y medidas protectoras desarrolladas por las Administraciones frente a los menores en situación de dificultad social tienen como objeto su *protección*. Por tanto, las Administraciones públicas desarrollan una actividad protectora y no reformadora. La actuación administrativa se dirige a prevenir o neutralizar situaciones de inadaptación, marginación, exclusión o dificultad social de los menores y, en su caso, evitar que puedan caminar hacia el campo de la delincuencia juvenil[364]. La actuación administrativa ante situaciones de riesgo tiene por

[363] Los problemas que presenta el actual sistema legal de protección de menores en Cataluña también fueron puestos de relieve en el marco del Seminari Infancia i adolescencia en risc, organizado por la Diputació de Barcelona y la FEDAIA en noviembre 2003, por JOYA SOTO, Maribel, "*Estudi de la regulación de la protecció jurídica del menor en desemparament a les comunitats autònomes de Valencia, Andalucia y Madrid en comparació al sistema normatiu de Catalunya*"; y por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "*Marc general de regulació de l'acció socioeducativa amb infancia*".

[364] Ver las Directrices adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil en resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990 (Directrices de Riad).

objeto, según hemos visto, prevenir el posible desamparo del menor. En cambio, la intervención de las Administraciones públicas ante situaciones de dificultad social se dirige a detectar, prevenir y neutralizar la marginación o exclusión social de los menores y, de este modo, garantizarles el pleno de desarrollo de la personalidad y evitar que puedan caer en el mundo de la delincuencia juvenil. Por ello, desde mi punto de vista, es fundamental que la actuación protectora de los poderes públicos alcance también a los menores que padecen estas situaciones.

No obstante, desde algunos sectores se cuestiona y, en su caso, critica que las Administraciones puedan intervenir y adoptar medidas frente a los menores en situación de dificultad social. La razón que se invoca es que estos menores no han cometido ningún acto ilícito. Y, desde luego, en esto estamos de acuerdo. Sin embargo, como se ha dicho, no se trata de aplicar medidas de reforma sino de *protección*. Detrás de las referidas críticas se esconde el temor a que, como sucedió antaño, de nuevo vuelvan a confundirse la infancia en peligro con la infancia que se denominó peligrosa[365]; las medidas de protección con las medidas de reforma. Sin embargo, la situación actual, tanto en el plano legislativo como en el ejecutivo, es bien distinta. Por otra parte, la realidad de la infancia y adolescencia en nuestro país pone de relieve la existencia de menores en situación de dificultad social. Por tanto, los poderes públicos están obligados a arbitrar las medidas que permitan garantizar a estos menores el desarrollo integral de su personalidad y el disfrute de sus derechos[366].

> Así, por ejemplo, en el Informe del Defensor del Menor de Andalucía al Parlamento del año 2003, se pone de relieve el problema de la conflictividad y la violencia escolar. La *violencia escolar* hace referencia a situaciones graves de conflictividad en el entorno educativo y en las que concurren factores de especial relevancia, como agresiones físicas o sexuales, robos o vandalismo. En cambio, la *conflictividad escolar* englobaría los supuestos de violencia escolar y, además, comprende otras situaciones de menor gravedad o intensidad[367]. En la actualidad,

[365] Según vimos en el Capítulo I de este trabajo, la legislación preconstitucional enmarcaba en el ámbito de la reforma la actuación de las Administraciones frente a los menores en situación de marginación o dificultad social. Los antecedentes históricos son una de las razones que explican los recelos que en la actualidad suscita la intervención de las Administraciones en este ámbito.

[366] Sobre la situación en Francia, LAHALLE, Amina, "Assistance éducative et maltraitance", en *Enfance et violences*, sous la direction de Jacqueline Rubellin-Devichi et Michel Andrieux, Université Lyon, 1992, págs. 95-101

[367] Así, el referido Informe remite a un Informe del Defensor del Pueblo español del que resulta que un 4'1% de los alumnos de secundaria dicen haber sufrido agresiones físicas, un 1'7% manifiestan haber sufrido acoso sexual y un 0'6% denuncian haber sido amenazados con armas. Además, de este Informe resulta que un 33'8% de alumnos han padecido alguna situación conflictiva leve, cifra que un estudio de 2003 del Instituto de Evaluación y Asesoramiento Educativo (IDEA) eleva hasta el 49% del total del alumnado. Por otra parte, estudios posteriores "elevan hasta un 18% la incidencia de casos de agresiones físicas, hasta el 2'5% los supuestos de agresión sexual y al 2% las amenazas con armas". En las Islas Baleares ha sido creado, mediante el Decreto 27/2005, de 20 de mayo, el Observatorio y el Comisionado para la convivencia escolar en los centros educativos.

la violencia en la escuela no es un suceso pasajero o excepcional, sino un problema estructural. Por ello, entre las medidas propuestas por el Defensor del Menor, se apunta la necesidad de incorporar a los centros profesionales especializados en las resolución de estas situaciones. De la Queja 02/1369 de la que se hace eco el informe, resulta que, desde el sistema educativo, se suele reaccionar frente a las referidas situaciones con medidas disciplinarias (expulsiones), lo que lleva a que muchos de estos menores acaben formando grupos que vagan por las calles y que, en ocasiones, tienen conductas marginales[368].

Por otra parte, en el referido Informe también se aborda la cuestión de los adolescentes en crisis. Muchos padres no saben dónde acudir para solicitar ayuda y atención para su hijo en casos de amenazas o agresiones a los padres o a sí mismo, cuando consumen drogas o tienen conductas antisociales frente a las que los padres no saben reaccionar. Según se pone de relieve en el Informe, estas cuestiones son objeto de un buen número de consultas al Defensor del Menor[369]. Además, en el Informe se advierte del problema de la aparición de bandas.

---

[368] En el Ayuntamiento de Madrid fue creado en abril de 2002 un grupo especializado de la policía local conocido como "policía de escuela" formado por agentes tutores. En un primer momento había 37 miembros y en julio de 2005 la cifra era de 105 agentes tutores que operan en los distintos distritos de la ciudad. Los agentes actúan sin uniforme y en coches sin distintivo para lograr una mayor proximidad a la ciudadanía y, en particular, a los menores. Colaboran con los responsables de los centros escolares e institutos del distrito respectivo. Entre sus funciones cabe destacar la detección de casos de absentismo escolar o acoso; la colaboración con los centros escolares en la localización y comunicación a los padres de determinados hechos o situaciones conflictivas; funciones de mediación con las familias; mediación entre pandillas; hacen de puente entre unos centros docentes y otros, etc. (el diario El País de 3 de julio 2005 se hace eco de la existencia de este grupo policial).

[369] En Cataluña, del estudio del año 2005 sobre "La violencia de los jóvenes en la familia" (realizado por Paco Romero, Carmé Cànovas, Anna Melero y Montserrat Antolín) resulta que, desde el año 2001 hasta el 2004, han aumentado considerablemente el número de denuncias por violencia de adolescentes hacía su familia. La madre es generalmente la víctima y también es la que suele presentar la denuncia (75% de los casos). Por lo que se refiere a las características de la agresión, en el 87% de los casos se trata de agresiones físicas, en un 21'60% agresiones verbales y en un 13'8% se utiliza un elemento de intimidación en la agresión (uso de un cuchillo). El origen de la agresión proviene en un 55% de los casos de la negativa del adolescente a aceptar la autoridad o las normas familiares y en un 17% por la demanda de dinero. Del estudio resulta que estas situaciones se resuelven en un 30'2% de los casos sin ninguna intervención o mediante Intervención extrajudicial (mediación-reparación). Por lo que se refiere al perfil de los adolescentes, en un 79'3% son chicos y en un 20'7% chicas y el 71'55% tienen más de 16 años. Además, en el estudio se distinguen dos tipos de agresores: aquellos que han cometido otros hechos delictivos (un 53'4%) y los que sólo han cometido este tipo de delito (46'6%); el primer grupo corresponde a adolescentes con conductas de riesgo (dificultades escolares, desempleo, consumo de drogas, etc.) y con familias en situaciones inestables que han requerido intervenciones profesionales; el segundo grupo serían adolescentes con familias sin aparente desestructuración. Los profesionales que intervienen en estos casos de violencia doméstica consideran que las medidas aplicables deben ser distintas de las previstas para otro tipo de ilícito. Así, propugnan intervenir desde el ámbito de la salud mental, la mediación comunitaria o los servicios sociales. La existencia de este tipo de problemas también resulta de los Informes del Fiscal General del Estado; en la Memoria del año 2002 elevada al Gobierno, se hace eco de la situación planteada por la Fiscalía del TSJ de Canarias y pone de relieve "la carencia de recursos para menores con trastornos graves de conducta por problemas de tipo educacional, psicológico o psiquiátrico", y añade "se ha hablado mucho, con las instituciones competentes, sobre la necesidad de este recurso, dada la gran cantidad de menores, pero "si bien se han realizado estudio al respecto, no hay visos de que se encuentre cercana su creación y siguen trasladándose los niños a la Península con el consiguiente desarraigo".

Sin embargo, como veremos, la intervención administrativa en este ámbito no ha sido contemplada en todas las Comunidades Autónomas y, en aquellas que se ha previsto, son muy pocas o podría decirse casi ninguna las actuaciones que en la práctica se están desarrollando por las Administraciones públicas. En buena medida debido a la falta de recursos para disponer los servicios y desarrollar las acciones protectoras necesarias. Ahora bien, el escatimar recursos en este ámbito protector puede hacer necesario incrementarlos en el ámbito de reforma o justicia juvenil. Por ello, desde el pragmático punto de vista del principio de eficiencia de la Administración, sería aconsejable destinar más recursos públicos para prevenir y eliminar situaciones de inadaptación, marginación o exclusión social[370]. Por otra parte, ni que decir tiene que el principio del interés del menor exige una mayor intervención de las Administraciones para brindar asistencia a los menores en situación de dificultad social.

En la práctica se está poniendo de relieve un cierto abuso de la actuación en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores, pasando incluso por alto el principio de presunción de inocencia, ante la insuficiencia o carencia de servicios y recursos en el ámbito protector. Así, en la Memoria elevada al Gobierno en el año 2002 por el Fiscal General del Estado, se advertía que la escasez general de medios en el ámbito protector supone "que se piense en los centros de reforma como el lugar de internamiento de muchos menores que con el transcurso del tiempo se han vuelto especialmente molestos y problemáticos, pretendiendo que aquéllos se conviertan en el último eslabón de la red de protección". Manifestaciones en sentido similar han sido realizadas en diversos foros por abogados y fiscales que operan en este ámbito. Pues bien, esta es una patología inadmisible a la que de modo urgente debe ponerse remedio. No puede hacerse derivar al ámbito punitivo o de reforma situaciones de desamparo o dificultad social que tienen que ser tratadas exclusivamente a través de medidas protectoras. Máxime cuando esta derivación se produce para atajar la escasez de medios y recursos para aplicar medidas de protección.

Por otra parte, en los últimos tiempos se alzan voces que solicitan un endurecimiento de la responsabilidad penal exigible a los menores. Sin embargo, poco o nada se dice de la responsabilidad de las Administraciones públicas en la prevención y tratamiento de la marginación y exclusión social que, en general, es el caldo de cultivo de la delincuencia infantil y juvenil. Actuación pública que también es expresión del derecho reconocido a los menores

[370] En el punto 45 de las Directrices de RIAD, adoptadas por la Asamblea de Naciones Unidas (resolución 45/112, de 14 de diciembre 1990), se establece que "los organismos gubernamentales deberán asignar elevada prioridad a los planes y programas dedicados a los jóvenes y suministrar suficientes fondos y recursos de otro tipo para prestar servicios eficaces... en particular de prevención y tratamiento del uso indebido de drogas y alcohol".

a ser asistidos y protegidos por las Administraciones públicas cuando padezcan una situación de riesgo o dificultad social que perjudique su desarrollo personal o social[371].

1. Caracterización legal de la situación de dificultad social

La atención pública a los niños y adolescentes en situación de dificultad social ha sido contemplada tan solo por algunos legisladores autonómicos. Este es el caso de la legislación de la Comunidad de Madrid (1995), Galicia (1997), Andalucía (1998), Castilla-La Mancha (1999), Aragón (2001), Cataluña (2002), Navarra (2005) y, en cierta manera, La Rioja (2006)[372]. No obstante, debe advertirse que no coincide en todas ellas el marco legal de actuación.

En efecto, en algunos casos —a mi juicio de forma indebida— el legislador autonómico ha incorporado en el ámbito de actuación de los menores en dificultad social la ejecución por la Administración de las medidas acordadas por los Jueces en el campo de la responsabilidad penal. En estos casos, efectivamente, se entrelazan peligrosamente la acción protectora y la tradicionalmente denominada reformadora[373]. Precisamente este proceder explica las reticencias y recelos que suscita la intervención administrativa frente a estos menores.

En cambio, en otros casos, de forma a mi juicio más acertada, el legislador ha regulado y tratado de forma distinta la atención a los menores en dificultad social (ámbito en el que la acción administrativa tiene fundamentalmente carácter *protector*-educativo) y los menores a los que el Juez ha condenado por la realización de una conducta tipificada como delito o falta[374].

---

[371] Arts. 12 y 17 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Ver, asimismo, la Convención de Derechos del Niño de 1989 (arts. 3.2, 33, 39, 40.3 b).

[372] Ley de la Comunidad de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (arts. 67 a 69 y 75); Ley de la Comunidad de Galicia 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia (arts. 37 y 38); Ley de Andalucía 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor (art. 40); Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (arts. 62 y 63); Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (arts. 78 y 79); Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, reformada por la Ley 8/2002, de 27 de mayo (arts. 43 a 45); Ley Foral de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (art. 83); y la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores, que acoge un concepto amplio de riesgo que comprende los menores en situación de dificultad social (art. 40).

[373] En el Capítulo I de esta obra, al examinar los antecedentes históricos, se pone de relieve como en la legislación de 1948 se atribuía a los Tribunales Tutelares de Menores la facultad *reformadora* para actuar frente a menores que hoy calificaríamos en situación de exclusión social (licenciosos, vagos y vagabundos). En la actualidad, es necesario contemplar medidas *protectoras* dirigidas a evitar y, en su caso, neutralizar estas situaciones con el fin de garantizar a estos menores el pleno desarrollo de su personalidad.

[374] Así sucede en Cataluña, donde la aplicación por la Administración de las medidas adoptadas por los jueces y tribunales en el marco de la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero,

Por otra parte, por lo que se refiere al ámbito subjetivo de actuación —los menores que podrían encontrarse en situación de dificultad social— tampoco tiene el mismo alcance en todos los casos. Así, la Ley de la Comunidad de Madrid y la de Cataluña se refieren a los "*adolescentes*", aquellos menores que hubieran cumplido los doce años[375]. En cambio, de forma más amplia, la legislación de Andalucía, Castilla-La Mancha, Galicia, Aragón, Navarra y la Rioja incluyen en este ámbito a todos los menores, tanto los niños como los adolescentes; por tanto, también los menores de doce años.

En cuanto a la caracterización legal de los menores u adolescentes en situación de dificultad social, aunque en líneas generales es bastante similar, lo cierto es que existen algunas diferencias. Por un lado, la legislación de Madrid y siguiendo sus pasos Cataluña, pone el acento en la *conducta* del menor y su resultado: adolescentes "cuya *conducta altera de manera grave las pautas de convivencia y comportamiento social generalmente aceptadas*"; el resultado de esta conducta es la creación de un riesgo de causar perjuicios a terceras personas o causarse daños ellos mismos. En cambio, en Galicia, Andalucía, Castilla-La Mancha y Navarra, se caracteriza a estos menores partiendo de la *situación* que sufren y las consecuencias que ello comporta: los menores que por padecer una *situación de grave inadaptación* pudiesen encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismos o a terceros.

Por otra parte, la legislación de Galicia y Castilla-La Mancha también contempla expresamente, entre los menores en situación de dificultad social, aquellos que no habiendo alcanzado todavía la edad para exigirles responsabilidad penal (menores de 14 años) han realizado alguna conducta tipificada como delito o falta[376]. En este caso se plantea el problema de que, al suspen-

---

de responsabilidad penal de los menores, han sido reguladas por la Ley catalana 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil. Asimismo, la Ley Foral de Navarra, 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, distingue los menores en conflicto social (art. 83 y 84) y los menores sujetos al sistema de reforma (art. 86 a 90).

[375] Aunque la Ley catalana 37/1991, reformada por la Ley 8/2002, no establece expresamente que quedan comprendidos en este ámbito de intervención los menores de más de doce años, así resulta del hecho de referirse a los "*adolescentes*", ya que la Ley 8/1995, de 26 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, establece que se entiende por "adolescente" toda persona con una edad comprendida entre los doce años y la mayoría de edad establecida por la ley.

[376] La Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en su art. 3 dispone, bajo el título *Régimen de los menores de catorce años,* que cuando el autor de los hechos "sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y *dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél* conforme a lo dispuesto en la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero". Las posibles dudas sobre si el traslado de los particulares del caso a la entidad de protección debía hacerse en todos los supuestos, quedo zanjada tras la Circular 1/2000, del Fiscal General del Estado, en

derse las actuaciones policiales y judiciales en su fase inicial, no llega a determinarse si el menor cometió o no el ilícito, si es culpable o inocente o el grado de participación que pudo tener en los hechos. Por tanto, no queda establecido si efectivamente había responsabilidad penal ni la medida que, en su caso, le hubiera correspondido. De forma que podrían ser considerados en situación de dificultad social y verse sometidos a una intervención administrativa protectora sin haberse comprobado si, efectivamente, existe causa que lo justifique. Por otra parte, la Administración ve dificultada la intervención protectora si entre los particulares del caso remitidos por el Fiscal no figura el grado de participación del menor en el ilícito penal y las circunstancias que rodearon su comisión[377].

En cualquier caso, de la caracterización legal de estas situaciones resulta que estaríamos ante menores en situación de dificultad social, menores que padecen alguna forma de marginación, inadaptación o exclusión social. Por tanto, son menores en situación vulnerable que necesitan una especial atención y protección. Por otra parte, tras estas conductas o situaciones de grave inadaptación se ocultan muchas veces casos de abandono, malos tratos y, en definitiva, situaciones de desamparo. Sin embargo, existen ciertas diferencias en cuanto al origen del riesgo que las referidas situaciones de dificultad social podrían comportar para el propio menor o para terceros. Para unos legisladores, el riesgo proviene de la realización de conductas que alteran de manera *grave* las pautas de convivencia o comportamiento social generalmente aceptadas. Para otros, la situación de *grave* inadaptación que padece el menor sería el origen del riesgo. Así parece que en unos casos, de forma cuestionable, se ha definido la situación desde la perspectiva de la infancia peligrosa y, en cambio, en otros —de forma más acertada— se ha caracterizado desde la óptica de la infancia en peligro[378].

---

la que se establece que será el Fiscal el que determinará en cada caso la procedencia o no de remitir este testimonio a la entidad de protección. Sobre algunos problemas planteados por la aplicación de este precepto, ver el Informe del Defensor del Menor de Andalucía al Parlamento (año 2003), págs. 69-73.

[377] Para solventar esta cuestión el Defensor del Menor de Andalucía se pregunta si no sería conveniente estudiar la posibilidad de realizar una interpretación del art. 3 LORPM que hiciera posible que las actuaciones policiales y judiciales previas al proceso, cuando el acusado es menor de 14 años, se desarrollen hasta el estado procesal más avanzado posible sin llegar a afectar a la inimputabilidad del menor. Por otra parte, la falta de aclaración sobre la comisión del ilícito, también plantea el problema de si el perjudicado puede ostentar la condición de víctima. Ver el Informe del Defensor del Menor de Andalucía al Parlamento (año 2003), págs. 71-73.

[378] Debe tenerse en cuenta que este ámbito –hoy de protección- en la legislación preconstitucional había sido considerado de reforma. Y todavía parecen quedar algunos vestigios de aquel origen que es conveniente corregir en interés de los menores a los que debe brindarse atención y protección por las Administraciones públicas a través de los recursos y servicios pertinentes. En el Derecho comparado se acogería una concepción similar de los menores en situación de dificultad social; así, la STEDH de 12 de mayo 2002, asunto D.G. contra Irlanda (TEDH 2002\26) se refiere a un menor que por padecer un desorden de la personalidad "*representaba un peligro para sí mismo y para los demás*" (Ap. 18).

En todo caso, la "conducta antisocial" del menor o la "situación de inadaptación" deberá revestir cierta gravedad. A la hora de calificar la situación del menor como de dificultad o inadaptación social para dar paso a la intervención administrativa en este ámbito, deberá aplicarse un criterio restrictivo. Debe tenerse en cuenta que, en muchos casos, la conducta de los adolescentes no se ajusta a los valores o normas generales de la sociedad como consecuencia del proceso de maduración y crecimiento y, sin embargo, este comportamiento tiende a desaparecer espontáneamente cuando llegan a la edad adulta. La mayoría de los expertos considera que el calificar o tratar a un menor como un inadaptado, extraviado o predelincuente puede contribuir a que éste desarrolle pautas permanentes de comportamiento indeseables. Por todo ello, en estos casos serán fundamentales las acciones de prevención[379].

Como vemos, de la caracterización legal de los menores en situación de dificultad social resulta que existe un cierto riesgo de entrelazar o confundir el ámbito que tiempo atrás se conoció como "infancia peligrosa" (próximo a la delincuencia juvenil) y la infancia desasistida o en peligro. En efecto, se trataría de menores en situación de dificultad social, marginación o exclusión. En término legales, menores no adaptados socialmente o con comportamientos o conductas antisociales capaces de generar un riesgo para sí mismos o para terceros. En estos casos, la acción administrativa ha de tener carácter protector-educativo y preventivo. Con el fin de evitar la exclusión social de estos menores es necesario adoptar medidas dirigidas a neutralizar o minimizar los factores que han conducido a aquella situación. En aquellos casos en los que el legislador también contempla en este campo la ejecución por la Administración de las medidas judiciales impuestas a los menores en el ámbito de la responsabilidad penal, la acción administrativa se dirigirá, asimismo, a la reinserción social de estos menores. Aunque —como he puesto de relieve— sería deseable delimitar con meridiana claridad uno y otro ámbito de actuación y no tratarlos conjuntamente.

En definitiva, la actuación administrativa frente a estos menores se dirige fundamentalmente a brindarles la asistencia y protección necesaria a fin de prevenir la inadaptación, la marginación y, en última instancia, la exclusión que podría llevarles a la delincuencia infantil. Por ello, se echa de menos una regulación más generalizada de este ámbito protector. En un momento en que son numerosas las voces que, aduciendo un aumento de los delitos y faltas cometidos por los menores, propugnan la modificación de la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, al objeto de endurecer las penas y reducir la edad penal; los poderes públicos tienen la obligación de actuar a fin de prevenir y,

[379] Ver a este respecto el punto 5 e) y f) de las directrices de RIAD de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (aprobadas por Resolución 45/112, de 14 de diciembre, de 1990).

en su caso, neutralizar aquellos factores capaces de generar situaciones de dificultad social.

> En todas las medidas concernientes a los menores, también las adoptadas por los órganos legislativos, judiciales o administrativos, el interés del menor ha de ser la consideración primordial[380]. Por ello, el remedio a la delincuencia infantil no puede ser rebajar la edad penal, ni el endurecimiento de las penas, sino la generalización de las medidas administrativas de carácter preventivo. Todos tenemos una parte de responsabilidad en los delitos o faltas cometidos por los menores.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM), no contempla la responsabilidad penal de los menores de catorce años (art. 3). Según se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley, esta edad "se ha concretado en los catorce años, con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado".

Por tanto, aunque a los menores de catorce años no se les exige responsabilidad penal ello no significa que no sea necesario adoptar otro tipo de medida. Pues bien, según resulta del art. 3 de la LORPM, corresponde a las Administraciones públicas adoptar las medidas necesarias de apoyo y protección, de carácter educativo o asistencial, en el entorno socio-familiar de estos menores[381]. Es necesario actuar sobre aquellos factores que pueden conducir o han conducido a situaciones de inadaptación social capaces de generar riesgos para el propio menor o para terceros y, en última instancia, prevenir la delincuencia infantil y juvenil. Así lo exige el principio del interés superior del menor. Debe tenerse en cuenta que esta actuación pública no tiene por objeto proteger a la sociedad de estos menores sino asistir y proteger a los propios menores y garantizarles el pleno desarrollo físico, psíquico y social.

---

[380] Art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

[381] Asimismo, el art. 18 de la LORPM establece, bajo el título *Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar*, que "El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el art. 3 de la presente Ley".

2. La acción administrativa educadora-protectora. Las Administraciones competentes

Las Administraciones públicas competentes deberán elaborar y aplicar programas dirigidos a prevenir y detectar aquellas situaciones de dificultad social, marginación, inadaptación o exclusión social que puedan padecer los menores[382]. Una vez detectada alguna de estas situaciones, se ha de proceder a su valoración con el fin de diseñar un plan de intervención dirigido a corregir o eliminar los factores que han conducido a la misma. Cuando lo que se detecta son menores concretos que sufren alguna de estas situaciones, será necesaria la intervención socio-familiar mediante un tratamiento individualizado de carácter fundamentalmente socio-educativo. Para hacer frente a este tipo de situaciones, las Administraciones deberán actuar de modo preferente en el entorno socio-familiar del menor. La intervención administrativa se dirigirá a neutralizar los factores que han determinado la situación de dificultad social y conseguir la plena integración socio-familiar de los menores y, en su caso, de sus familias[383].

En la legislación de Madrid y Cataluña se establece que la acción preventiva deberá incidir en los factores de riesgo que originen la marginación y, para ello, se propugna fomentar actividades que favorezcan los procesos de *integración social* del menor[384]. A tal fin, las Administraciones deberán fa-

[382] A estos efectos, en las Directrices de RIAD, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas (mediante resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990) para la prevención de la delincuencia juvenil, se encomienda a los Estados el deber de formular en todos los niveles de gobierno *planes generales de prevención* que, entre otras cosas, comprendan: el análisis de fondo del problema y reseñas de programas y servicios, facilidades y recursos disponibles; funciones bien definidas de los organismos, instituciones y personal competentes que se ocupan de actividades preventivas; mecanismos para la coordinación de las actividades de prevención entre los organismos gubernamentales y no gubernamentales; políticas, estrategias y programas basados en estudios de pronósticos que sean objeto de seguimiento permanentes y evaluación en el curso de su aplicación; métodos para disminuir de forma eficaz las oportunidades de cometer actos de delincuencia juvenil; la participación de la comunidades mediante una amplia gama de servicios y programas; la cooperación interdisciplinaria entre las Administraciones estatal, autonómica y local y la participación del sector privado; la participación de los propios menores en las políticas y procesos de prevención de la delincuencia; y personal especializado en todos los niveles (apartado 9). Las propias Directrices disponen que los programas de prevención "deberán planificarse y ejecutarse sobre la base de conclusiones fiables que sean resultado de una investigación científica, y periódicamente deberán ser supervisados, evaluados y readaptados en consonancia con esas conclusiones" (apartado 48).

[383] Así se afirma, por ejemplo, en el art. 37.2 de la Ley gallega 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia; el art. 62 de la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 marzo, del menor; y el art. 40.2 de la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor.

[384] Ahora bien, por lo que se refiere a los programas y medidas concretas de actuación, el legislador catalán necesariamente se había de distanciar de las previsiones de la Ley de la Comunidad de Madrid, ya que en el primer caso no se contempla la ejecución de las medidas penales y, en cambio, en el segundo sí. Así, el legislador catalán habla de "programas de *educación y prevención*" (art. 45) y, en cambio, la Ley de Madrid habla de "programas de *prevención y reinserción*" (art. 69). De manera que necesariamente difiere el contenido de los programas y las medidas de actuación.

vorecer el trabajo de los educadores de calle y los equipos de los servicios sociales de atención a la infancia y la adolescencia. La legislación catalana hace especial hincapié en el compromiso de establecer los recursos necesarios y la financiación adecuada para llevar a cabo esta tarea; aunque lo cierto es que en la práctica este es un ámbito protector en el que queda todo por hacer.

Entre las medidas legalmente previstas de carácter preventivo y de apoyo destacan: la atención especializada socioeducativa o terapéutica; el asesoramiento educativo; programas de socialización complementarios a la escuela; la formación ocupacional de carácter prelaboral o ayuda profesional dirigida a facilitar al menor los medios que permitan su inserción en el mundo laboral; la atención en centros abiertos, talleres u otros servicios; la atención en el propio entorno socio-familiar del menor; el seguimiento de los menores desinternados tras cumplir una medida penal con soporte socio-pedagógico. Además, se prevé la posibilidad de aplicar otras medidas educativas o terapéuticas que resulten aconsejables en cada caso. En ciertos supuestos se prevé que la atención socioeducativa o terapéutica podría comportar el ingreso del menor en un centro especializado[385]. Asimismo, en aquellos casos en que se ha incorporado al ámbito de los menores en dificultad social la atención y protección de aquellos niños o adolescentes que, no habiendo alcanzado la edad requerida para exigirles responsabilidad penal (14 años), han cometidos ilícitos penales, se contempla como medida extrajudicial la conciliación, la mediación y la reparación del daño[386].

Una de las finalidades a alcanzar con la aplicación de estas medidas será responsabilizar al menor de sus actos[387]. Así, el legislador de Castilla-La

[385] Aunque deberá tratarse de situaciones extremas. En las Directrices de RIAD para la prevención de la delincuencia juvenil (adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990) se establece que el ingreso en un centro será el último recurso a emplear, deberá limitarse al supuesto en que del comportamiento del niño o adolescentes hubiera derivado un grave peligro físico o psicológico para el propio menor y ni los padres o tutores, ni el propio menor, ni los servicios comunitarios o residenciales puedan hacer frente a dicho peligro por otro medio que no sea el ingreso en la institución (ver apartado 46). Del Auto del Juzgado de Primera Instancia de Cantabria de 11 de febrero 2003 (JUR 2003\60023) resulta que para internar al menor con las máximas garantías es necesaria autorización judicial.

[386] En algunos casos, las medidas de protección previstas para atender los menores en situación de dificultad social se asemejan a ciertas medidas contempladas en el ámbito de la responsabilidad penal. Pues bien, lo que no puede admitirse es que, ante la falta de recursos en el ámbito protector con el fin de evitar, precisamente, que ciertos menores caminen hacia el circuito de la justicia juvenil, se pase por alto la presunción de inocencia de los menores para ofrecerles un recurso que garantice su protección. En la actualidad, se acude en ciertos casos al ámbito penal para brindar a los menores una asistencia que no tienen garantizada en el ámbito protector debido a la falta de recursos.

[387] Así lo ha dispuesto expresamente el legislador catalán en los arts. 45 y 46 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social, según redacción de la Ley 8/2002, de 27 de mayo.

Mancha y el de Navarra han previsto la aplicación por la Administración de programas de autonomía personal para los menores de más de dieciséis años. Este programa supone realizar el seguimiento de un menor durante un período de tiempo determinado y la aplicación de un plan de formación dirigido a conseguir la progresiva integración social y laboral del menor, su independencia y autonomía[388].

Por otra parte, será posible la aplicación simultánea de distintas medidas. Los menores podrán recibir atención y tratamiento desde diferentes programas cuando así resulte conveniente. En todo caso, la actuación administrativa desarrollada en este ámbito deberá regirse por el principio del interés superior del menor, ser respetuosa con los derechos que el ordenamiento reconoce a los menores y dirigirse a garantizar su plena formación como personas. Además, para la eficacia de las medidas será de gran importancia conseguir el compromiso y participación voluntaria del propio menor en la formulación, desarrollo y ejecución de las mismas y, en su caso, de la familia. Por otra parte, también será esencial establecer los necesarios mecanismos de colaboración y coordinación entre los diferentes servicios y recursos públicos.

La mayor parte de las medidas previstas en esté ámbito suponen una cierta intervención en el entorno socio-familiar de menor. No se trata tan sólo de medidas de apoyo a la familia que de forma indirecta inciden sobre el menor. Ni de limitarse a vigilar el debido cumplimiento por parte de los responsables del menor de sus deberes legales de protección. De forma general, las medidas dirigidas a conseguir que el menor supere sus dificultades o inadaptación social afectarán, con mayor o menor alcance, al derecho a la vida familiar y, por tanto, podrían incidir en el ejercicio de la patria potestad o la tutela civil. Como se ha dicho, en algún caso podrían, incluso, llegar a comportar de forma excepcional el ingreso del menor en un centro para brindarle tratamiento especializado —piénsese en menores drogodependientes o con trastornos graves de comportamiento—[389].

Por ello, en el supuesto que los menores y, en su caso, la familia rechacen las medidas, la Administración debería gozar del privilegio de la denominada autotutela declarativa y ejecutiva que le habilite para imponer la aplicación de las medidas asistenciales y educativas que garanticen la dignidad del menor, sus derechos y el desarrollo de su personalidad[390]. De otra forma, para brindar

[388] Art. 64 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del menor de Castilla-La Mancha y art. 85 de la Ley Foral de Navarra15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia.

[389] Sobre las condiciones en las que es posible realizar el ingreso del menor en un centro con fines educativos de forma acorde con el art. 5.1 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ver la STEDH de 12 de mayo 2002, asunto D.G. contra Irlanda (TEDH 2002\26).

[390] La sociedad y, por tanto, los poderes públicos tienen la obligación de actuar y brindar asistencia a los menores que, por ejemplo, son víctimas del alcohol, las drogas u otras sustancias. En cuanto al papel del consentimiento del menor en la aplicación de tratamientos de

protección a estos menores sería necesaria la autorización judicial. Ahora bien, la falta de colaboración y consentimiento de los padres para aplicar esta clase de medidas —de carácter protector y educativo, dirigidas a garantizar al menor el pleno desarrollo de su personalidad— pondrá de relieve la falta de asistencia que recibe el menor por parte de los responsables de su crianza y formación, lo que en definitiva podría constituir un supuesto de desamparo que debería conducir a la asunción de la tutela por la Administración.

Sin embargo, por razones históricas, el legislador de Cataluña, Castilla-La Mancha y Navarra han establecido que en la aplicación de estas medidas deberá recabarse el consentimiento del menor y su familia[391]. En el caso de que faltara el consentimiento de los representantes legales del menor o se opusieran a la aplicación de la medida, la Administración deberá solicitar autorización judicial, tras escuchar (legislación catalana) o dar conocimiento (legislación de Castilla-la Mancha y Navarra) al Ministerio Fiscal[392]. Por tanto, en este ámbito, a diferencia de lo que sucede en el marco de la tutela administrativa de los menores desamparados, en las referidas Comunidades Autónomas, el legislador no atribuye a la Administración su tradicional privilegio

deshabituación de consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, debe tenerse en cuenta que el Reglamento que desarrolla la Ley orgánica de responsabilidad penal de los menores (aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio) establece que si el menor no presta su consentimiento para iniciar el tratamiento o, una vez iniciado, lo abandona, la Administración que aplica la medida de "tratamiento ambulatorio", acordada por el Juez penal, no debe iniciar el tratamiento o debe suspenderlo y poner el hecho en conocimiento del juez. En estos casos el Juez deberá aplicar otra medida adecuada a las circunstancias, según resulta del art. 7 e) de la LORPM. La necesidad de consentimiento se explica por el hecho de que se trata de aplicar una medida penal, decidida en ejercicio de la facultad reformadora. La cuestión es si el consentimiento del propio menor es necesario para aplicar una medida protectora o, si en estos casos, podría recabarse el consentimiento de sus representantes legales o de la Administración que, en su caso, podría asumir la tutela.

[391] En el caso de Cataluña, ha de tenerse en cuenta que los menores que en la actualidad califica la Ley como "población adolescente con conductas de alto riesgo social", tiene su antecedente inmediato en la derogada Ley 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores, que contemplaba en el Título V "la prevención de la delincuencia infantil y juvenil". Pues bien, el art. 49 de la referida Ley, siguiendo los pasos de la legislación preconstitucional, disponía que las medidas preventivas "se adoptarán siempre con el consentimiento del representante legal, previamente consultado y oído el menor". La necesidad de consentimiento se explica porque la Administración ejerce la *facultad reformadora*. Además, en nuestro derecho histórico, la necesidad de recabar el consentimiento del representante legal para aplicar medidas de prevención también se explica porque la patria potestad se concebía como un "*derecho*" de los padres y no, como sucede hoy, una "potestad función".

[392] Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social, según redacción de la Ley 8/2002, de 27 de mayo (art. 47); la derogada Ley 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores, ya había contemplado medidas de prevención de la delincuencia infantil y juvenil (art. 51) y había previsto que para su adopción era necesario "el consentimiento del representante legal" (art. 49). Ver, asimismo, la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (art. 63.2); y la Ley Foral de Navarra15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (art. 84.2 y 3).

de autotutela para imponer la aplicación de medidas de asistencia y protección a los menores en situación de dificultad social. De forma que en caso de faltar el consentimiento de los padres o tutores, la Administración no podrá acordar medidas de protección sin autorización judicial.

En cambio, la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores, ha tipificado como infracción administrativa la conducta de los padres o responsables del menor consistente en no colaborar con la Administración competente "en la evitación y resolución de las situaciones de desprotección del menor" (art. 118.2 l) y el incumplimiento de las resoluciones administrativas en materia de atención y protección de menores (art. 118.2 n). En esta Comunidad, no sólo no se requiere el consentimiento de los padres para adoptar medidas de protección en situaciones de inadaptación (art. 40 en relación con el 42.2), sino que se tipifica como infracción la falta de cooperación.

Ahora bien, como se ha dicho, aunque el legislador no lo ha previsto expresamente al regular este ámbito de actuación administrativa, lo cierto es que cuando los servicios sociales —generalmente los de atención primaria— constaten que la situación de dificultad social padecida por un menor va unida al desamparo, deberán proceder a instar a la Administración autonómica competente la declaración de desamparo para que asuma la tutela del menor (de nuevo debe insistirse en la importancia de la colaboración y coordinación administrativa).

En muchos casos, la falta de colaboración de los padres u otros responsables del menor en situación de dificultad social con los servicios sociales en la aplicación de medidas de integración, educación y prevención, pondrá de relieve la falta o indebido de cumplimiento por parte de aquellos de los deberes legales de protección y la consiguiente situación de desamparo del menor. Así, en el caso que la Administración autonómica procediera a declarar al menor desamparado y asumir su tutela, la aplicación de las oportunas medidas de protección ya no requieren del consentimiento de los padres o responsables, pues la propia Ley anuda a la tutela de la Administración la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria. Una vez asumida por la Administración autonómica competente la tutela de un menor desamparado que se encuentra, además, en situación de grave dificultad social, no solo se adoptarán las medidas de protección propias de la tutela sino también aquellas otras de carácter asistencial y educativo que fueran necesarias para favorecer la plena integración social del menor[393].

[393] Así, por ejemplo, la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, contempla el acogimiento residencial de los menores toxicómanos sujetos a amparo en centros específicos en los que se garantizará la asistencia y tratamiento que requiera su situación (art. 39). Además, el Decreto andaluz 42/2002, de 12 de febrero, dispone en su art. 8.2 que "en los casos en que el Ministerio Fiscal en aplicación de los artículos 3 y 18 de la

Además, en el caso de menores con conductas de alto riesgo social también sería posible que los padres de forma voluntaria soliciten a la Administración competente la guarda del menor, cuando se vean incapaces de controlar la situación del menor y, en consecuencia, de cumplir debidamente con sus deberes legales de protección[394]. El art. 172.2 del Código Civil establece que "cuando los padres o tutores, por *circunstancias graves*, no puedan cuidar al menor podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario"[395]. Según han afirmado los Tribunales, es indiferente que las circunstancias determinantes de la guarda administrativa "provengan de los propios padres o tutores o de los propios menores (pensemos en casos de toxicomanía o conflictividad que sobrepasen las capacidades de atención de la familia) o de circunstancias ajenas al ámbito familiar".

> En este sentido se manifiesta el Auto de la Audiencia Provincial de Soria de 7 de octubre de 1998 (AC 1998\7899). En el caso del que conoce el Tribunal, la madre había solicitado la intervención de los servicios sociales "debido a los graves problemas de conducta de su hijo que superaba su capacidad de respuesta para controlar la situación sin poder cumplir adecuadamente en esos momentos sus deberes asistenciales hacia el menor". La Administración procedió a declarar al menor en situación de desamparo y a asumir la tutela. Esta situación fue aprovechada por el padre —separado de la madre y quien no tenía atribuida la guarda y custodia del hijo— para enfrentar al menor con la madre. El padre se opone a la resolución de desamparo y el Tribunal concluye que "no es acertada la calificación de dicha situación como desamparo del menor... sino más bien estamos ante el supuesto de "la guarda asistencial encomendada transitoriamente a la Administración" cuando los que ostentan la patria potestad, por circunstancias graves, no puedan prestarle la debida asistencia material o moral". Así, a través de este instrumento legal la Administración podrá adoptar las medidas que permitan "ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, buscando su formación integral en los diversos aspectos individual, familiar y social". Ver, asimismo, el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Cantabria (Santander nº 1) de 11 febrero 2003 (JUR 2003\60023).

En cuanto a la Administración competente para intervenir. La legislación de Galicia, Andalucía, Castilla-La Mancha y la Rioja atribuye a la Administración autonómica la competencia para desarrollar las acciones de prevención e integración y la aplicación de las oportunas medidas de asistencia y

---

Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, remita a la Administración de la Junta de Andalucía testimonio de los datos que considere precisos respecto a determinados menores, y ésta, previa valoración de las circunstancias concurrentes, asuma su guarda o tutela, podrá acordar asimismo la aplicación de programas específicos para dichos menores, así como proceder a su institucionalización por el período y con las condiciones que estimen más beneficiosas para producir un cambio positivo en su conducta".

[394] Sobre esta cuestión ver la Queja 03/2687 ante el Defensor del Menor de Andalucía de la que se hace eco del Informe presentado por esta institución al Parlamento del año 2003, pág. 232.

[395] En Cataluña, art. 9 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

apoyo al menor. En cambio, el legislador de Madrid ha atribuido a los servicios sociales de atención primaria, prestados por las Administraciones locales, el desarrollo de los programas de prevención y reinserción de los adolescentes en conflicto social. Asimismo, en Cataluña, se atribuye a los servicios sociales de atención primaria, que también prestan las Administraciones locales, la función de promover programas educativos y preventivos dirigidos a fomentar la capacidad crítica, el autocontrol y el sentido de la propia responsabilidad de los adolescentes con conductas de alto riesgo social; la competencia para desarrollar acciones de prevención y detección correspondería, pues, a las Administraciones locales, en concreto, a los municipios y comarcas. Ahora bien, cuando valorada la situación del menor se concluya la necesidad de un tratamiento especializado, los servicios sociales de atención primaria procederán a derivar el caso a los servicios sociales de atención especializada[396].

En cualquier caso, en este ámbito, como en todas las actuaciones públicas dirigidas a la protección de menores, son esenciales la colaboración y coordinación administrativa, tanto a nivel nacional como internacional. Así, en las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil[397] se establece que "deberá intensificarse, en los planos nacional, regional e internacional, el intercambio de información, experiencia y conocimientos técnicos obtenidos gracias a los proyectos, programas, prácticas e iniciativas" relacionadas con la prevención y "deberá promoverse e intensificarse la cooperación regional e internacional". Asimismo, se fomentará "la interacción y coordinación, con carácter multidisciplinario e intradisciplinario, de los organismos y servicios económicos, sociales, educativos y de salud" con las Administraciones públicas, sistema judicial e instituciones privadas "y deberán establecerse los mecanismos apropiados a tal efecto".

IV. LA RELEVANCIA DE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES EN LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN SITUACIÓN DE RIESGO Y DIFICULTAD SOCIAL

Las Administraciones locales han de desempeñar un papel fundamental en la protección de los menores, ya que son las más próximas al entorno sociofamiliar en el que, de forma preferente, deberá desarrollarse la acción admi-

[396] El Decreto catalán 27/2003, de 21 de enero, de la atención social primaria, dispone en su art. 3.2b) que la atención social primaria tiene como ámbito territorial de su actuación el Área Básica de Servicios Sociales (ABSS) de la que es competente la Administración local correspondiente; según resulta del propio Decreto, el municipio o la comarca. Ver, asimismo, el art. 9 del Decreto legislativo 17/1994, de 16 de noviembre.

[397] Las Directrices de RIAD fueron aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990 (ver los apartados 60 a 66).

nistrativa protectora. No obstante, como ha podido observarse, las competencias locales no tienen el mismo alcance en las diversas Comunidades Autónomas. Del examen del conjunto de normas autonómicas sobre protección de menores resulta que, aunque existen ciertos elementos comunes en cuanto a la participación de las entidades locales, también encontramos algunas diferencias.

En primer término, las competencias de las Administraciones locales sobre asistencia y protección de menores derivarían de lo dispuesto en la propia legislación de régimen local. En efecto, el art. 25.2 k) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local (LBRL), establece que los municipios ejercerán, en todo caso, competencias en materia de "prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social". Los municipios, según resulta del citado precepto, deberán ejercer sus competencias en el marco de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas. Así, las diversas leyes autonómicas sobre protección de menores habrían de contemplar la actuación de las Administraciones locales en esta materia. Por otra parte, la creación y prestación de servicios sociales, en el caso que nos ocupa destinados a la protección de menores, es una competencia inherente a la competencia genérica que el propio art. 25.1 atribuye a los municipios para promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades de su comunidad.

Además, el art. 26 de la citada LBRL impone a los municipios de más de veinte mil habitantes la obligación de prestar, por sí o asociados, "servicios sociales". Pues bien, del examen de la legislación autonómica de servicios sociales y, en particular, en Cataluña, resulta que el área básica de servicios sociales está formada por un municipio de más de veinte mil habitantes o por el conjunto de municipios de hasta veinte mil habitantes. Las áreas básicas tienen encomendada la función de prestar y gestionar los servicios sociales generales o de atención primaria que constituyen la puerta de acceso al sistema de servicios sociales[398].

Por tanto, los municipios podrán promover toda clase de actividades y crear servicios dirigidos a garantizar la asistencia y protección a los menores, en la medida que con ello contribuyen a satisfacer las necesidades de su comunidad. Por otra parte, los municipios deberán participar en el ejercicio de las competencias que afecten a la esfera de intereses de su comunidad. Así, la legislación estatal o autonómica de protección de menores deberá contem-

[398] En este sentido, en Cataluña el Decreto legislativo 17/1994, de 16 de noviembre, de asistencia y servicios sociales (arts. 14 y 15) Ver, asimismo, por ejemplo, la Ley andaluza 2/1998, de 4 de abril, de servicios sociales (arts. 19 y 18); en Asturias, Ley 1/2003, de 24 de febrero, de servicios sociales (arts. 10, 16 y 17); en Galicia, Ley 4/1993, de 14 de abril, de servicios sociales (arts. 21 y 22), en Madrid, Ley 11/2003, de 27 de marzo, de servicios sociales (arts. 31 y 46).

plar la actuación asistencial y protectora de las Administraciones locales. Como hemos visto, la legislación autonómica atribuye, de forma general, a las Administraciones locales la función de informar, detectar, prevenir y, en su caso, valorar e intervenir en situaciones de riesgo. En el caso de detectarse situaciones de posible desamparo, los servicios sociales de atención primaria derivarían el caso a los servicios sociales especializados de la Administración autonómica. La Administración autonómica asumirá la tutela del menor y adoptará las oportunas medidas de protección. Sin embargo, los servicios sociales locales deberán seguir actuando en el entorno socio-familiar del menor con el fin de hacer posible la posterior reintegración familiar. La legislación autonómica sobre protección de menores generalmente ha enmarcado la actuación de las Administraciones locales en el entorno socio-familiar del menor. Por otra parte, las entidades locales tienen encomendada la función de prevenir y detectar las situaciones de desprotección y, a tal efecto, será fundamental la debida coordinación con los servicios sanitarios y educativos u otros servicios presentes en su ámbito territorial.

Asimismo, las Administraciones locales deberán desempañar un papel esencial en la detección y prevención de situaciones de marginación, exclusión o dificultad social. Debe tenerse en cuenta que la propia LBRL contempla la prestación de servicios sociales dirigidos a la promoción y reinserción social (art. 25.2k). Sin perjuicio de que aquellos casos que requieran una intervención individualizada y especializada deban ser derivados a los servicios sociales especializados que, generalmente, prestarán las Administraciones autonómicas. De nuevo será fundamental establecer mecanismos de coordinación entre los diversos servicios y recursos de las Administraciones competentes. Este es un ámbito de actuación administrativa en el que queda mucho por hacer. No cabe duda que los menores en situación de exclusión o dificultad social gozan del derecho a recibir asistencia, apoyo y, en definitiva, protección de la Administraciones competentes, ya que sufren una situación que perjudica claramente su desarrollo personal y social. Por tanto, las Administraciones deben garantizarles los derechos que le asisten y actuar para prevenir y, en su caso, neutralizar los factores que han provocado aquella situación y promover la protección del menor[399]. Los poderes públicos no pueden esperar para intervenir a que el menor cometa un ilícito penal para exigir la consiguiente responsabilidad penal. Las Administraciones deben actuar de forma previa y detectar y prevenir aquellas situaciones de marginación y exclusión social que tantas veces conducen a los menores al mundo de la delincuencia juvenil. Las Administraciones locales son las mejor situadas para llevar a cabo esta labor de detección y prevención al ser las más próximas al ciudadano.

[399] Así resulta de lo dispuesto en el art. 17 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Ahora bien, para una eficaz actuación administrativa en materia de protección de menores es esencial contar con los medios personales y materiales necesarios. Así, no puede pasarse por alto la cuestión de la financiación de la importante —tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo— acción protectora encomendada a las entidades locales. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las diversas normas sobre protección de menores han proclamado la *prioridad presupuestaria*[400]. De forma que en la elaboración de los presupuestos de las entidades locales deberá atenderse de forma prioritaria a la actividad de asistencia y protección a los menores. Por tanto, es esencial que, tanto la Administración del Estado como las autonómicas, colaboren con las Administraciones locales[401]. El convenio interadministrativo se configura de forma general como el instrumento a través del cual se articula el traspaso de recursos de las Administraciones autonómicas a las Administraciones locales para la financiación de los servicios de protección a los menores. No obstante, se contempla, asimismo, la concesión de ayudas, subvenciones, transferencias u otras prestaciones económicas para la ejecución de programas, servicios o actuaciones que se ajusten a la planificación o programación de la Administración autonómica[402].

Por otra parte, en materia de financiación deberán tenerse en cuenta las Observaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, tras el examen del informe presentado por España (CRC/C/15/Add. 185, de 7 de junio 2002), en el que pone de relieve la preocupación por la falta de equilibrio en la distribución de recursos a nivel central, regional y local. Por supuesto, las Administraciones locales son las que se encuentran con mayores problemas para financiar las actividades y servicios dirigidos a brindar protección a los menores. En las citadas Observaciones, según se puso de relieve páginas atrás, se recomienda al Estado español "identificar la cantidad y proporción del presupuesto destinado a los niños a escala nacional, regional y local, para poder evaluar el impacto y efecto de los gastos en la infancia".

---

[400] Sobre la prioridad presupuestaria en esta materia, me remito a las consideraciones realizadas en el Capítulo III de este trabajo, al examinar los principios rectores de la actuación pública en materia de menores.

[401] En el caso de Cataluña, los entes locales deben financiar el coste de los servicios sociales de atención primaria de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local y la legislación de asistencia y servicios sociales. Pues bien, el Decreto 27/2003, de 21 de enero, de atención social primaria, establece que la Administración de la Generalitat, de acuerdo con sus disponibilidades presupuestarias, colaborará en la financiación de estos servicios a través de la formalización de convenios de colaboración y el otorgamiento de subvenciones (art. 20).

[402] Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (disposición adicional 1ª); Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (art. 129); Ley de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de protección a la infancia y la adolescencia (art. 27.2); Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (disposición adicional 4ª y 5ª); Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (disposición adicional 1ª y 2ª). Por otra parte, las propias entidades locales establecerán en sus presupuestos las dotaciones precisas para la financiación de la prestaciones de aquellos servicios sociales que hubieran dispuesto (art. 25 k) en relación con el art. 112 de la LBRL).

CAPÍTULO V
LA PROTECCIÓN PÚBLICA DE LOS MENORES DESAMPARADOS. LA TUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN

En el capítulo anterior se han examinado las situaciones de riesgo y dificultad social de los menores y las actuaciones de detección, prevención, valoración, diagnóstico, asistencia y protección que deben desarrollar las Administraciones publicas en cada uno de los referidos ámbitos. Ahora nos adentramos en el análisis de la situación de desamparo y de la actividad administrativa de protección de los menores desamparados. En especial, será objeto de estudio la técnica de la tutela administrativa de los menores desamparados.

La acción administrativa protectora desarrollada en este ámbito se caracteriza por ser la que de modo más intenso afecta o incide en el derecho a la vida familiar. La patria potestad o la tutela civil quedan legalmente en suspenso en el momento que la Administración competente asume la tutela de un menor desamparado. Así, como veremos, el instrumento legal de la tutela administrativa y las medidas de protección previstas en el marco de la misma sitúan la acción administrativa desarrollada en este ámbito en la frontera entre el Derecho administrativo y el Derecho privado. De ahí han derivado algunos de los problemas que se plantean en la práctica a la hora de determinar el régimen jurídico de la actividad administrativa y el alcance de su control judicial.

Pues bien, a continuación se comenzará por examinar el concepto legal de desamparo y las circunstancias que caracterizan esta situación. El siguiente paso será analizar las vías a través de las cuales la Administración podrá detectar y conocer la existencia de menores desamparados. Para pasar a continuación a estudiar el procedimiento *administrativo* a través del cual la Administración competente deberá verificar y, en su caso, declarar la situación de desamparo.

I. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO

La Ley ha vinculado a la resolución administrativa mediante la que se declara la situación de desamparo de un menor, la atribución automática a la

Administración de la tutela y, de forma simultánea, la suspensión de la patria potestad o la tutela civil. Una vez detectada o conocida una posible situación de desamparo, la Administración competente deberá iniciar el oportuno procedimiento administrativo con el fin de verificar la situación del menor y, en su caso, proceder a la declaración de desamparo. La resolución administrativa de desamparo comporta la asunción automática de la tutela por la Administración y la suspensión de la patria potestad o la tutela civil. A partir de este momento, la Administración está legitimada para adoptar medidas de protección del menor que comportan la separación de su familia y, por tanto, afectan al derecho a la vida familiar. En este proceso, como vemos, la declaración de desamparo es el hito fundamental. Por ello, comenzaremos por analizar el concepto de desamparo, con el fin de conocer las circunstancias que podrán llevar a la Administración competente a declarar la situación de desamparo de un menor.

1. **El concepto legal de desamparo**

El propio legislador brinda el concepto de desamparo y contempla las condiciones que deben concurrir para que las Administraciones procedan a declarar desamparado a un menor. En efecto, como veremos a continuación, cuando el Código Civil incorpora al Ordenamiento estatal la figura de la tutela administrativa de los menores desamparados, precisa normativamente algunas de las circunstancias que deberán tener en cuenta las Administraciones para considerar al menor en situación de desamparo. De forma similar, el legislador catalán también encomienda a la Administración competente asumir la tutela de los menores desamparados y establece expresamente una serie de factores en cuya presencia deberá procederse a la declaración de desamparo.

Por otra parte, en el marco de las previsiones del Código Civil, las diversas leyes autonómicas sobre protección de menores, han detallado de forma pormenorizada una serie de circunstancias que podrían comportar la declaración de desamparo. Este conjunto de normas vendría a delimitar o acotar el ámbito dentro del cual las Administraciones deberán proceder a declarar el desamparo. De este modo se ha reducido el margen de apreciación que tienen las Administraciones para dictar la resolución de desamparo. Debe tenerse en cuenta que la Ley anuda a esta declaración la atribución automática de la tutela a la Administración y la suspensión de la patria potestad o la tutela civil.

A) *El concepto de desamparo en el Código Civil*

La Ley 21/1987, de modificación del Código civil, incorpora a nuestro Ordenamiento la figura de la tutela administrativa y brinda, por primera vez,

un concepto legal de desamparo. En efecto, el art. 172 del Código civil dispone que "*se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*"[403].

A partir de esta definición legal, el desamparo se ha conceptuado como la situación de hecho de desprotección en la que se encuentra el menor, como consecuencia de que faltan sus padres o tutores o que estos no cumplen adecuadamente o incumplen las obligaciones de protección establecidas para la guarda de los menores. Así, las circunstancias que caracterizarían el desamparo, tal como han declarado los Tribunales, serían: por un lado, la privación de la necesaria asistencia moral o material del menor; por otro, el incumplimiento o indebido cumplimiento de las funciones de protección establecidas legalmente para la guarda de los menores. La situación de desprotección tendría precisamente su origen en la falta o inadecuado desempeño de las obligaciones legales de protección que corresponden a padres o tutores[404].

Sin embargo, el concepto de desamparo que brinda el Código Civil ha sido criticado por su falta de precisión[405]. Debe tenerse en cuenta que corresponde a las Administraciones públicas verificar y, en su caso, declarar a un me-

[403] La figura del desamparo venía a sustituir la del "abandono", que preveía el derogado art. 174 del Código Civil al regular la adopción de los menores abandonados; adopción que se caracterizaba por no requerir el consentimiento de los padres o del tutor, sin perjuicio de que debían ser oídos si fueren conocidos o se presentaren. El "abandono" era un concepto ligado a la "adoptabilidad" del menor. El referido precepto disponía que "*se considerará abandonado el menor de catorce años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación. Para apreciar la situación de abandono será irrelevante que ésta se haya producido por causas voluntarias o involuntarias*"; a continuación señalaba que "*la entrega del menor en una casa o establecimiento benéfico se considerará también como abandono en los siguiente casos: a) cuando, el menor hubiere sido entregado sin datos que revelen su filiación; b) cuando, aun siendo conocida la filiación, constare la voluntad de los padres o guardadores de abandonar al menor manifestada con simultaneidad a su entrega o inferida de actos posteriores*". La situación de abandono, según disponía el propio precepto, debía ser "apreciada y declarada por el Juez competente para conocer el expediente de adopción". En cuando a los antecedentes y génesis de este precepto, BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo... cit.*, págs. 24-27.

[404] Se pronuncian sobre el concepto de desamparo, entre muchas otras, las siguientes resoluciones judiciales: Auto Audiencia Provincial de Cádiz de 17 de mayo 2002 (AC 2002\1225); Auto Audiencia Provincial de Toledo de 13 de diciembre de 2002 (AC 2002\379); Sentencia Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre 2002 (JUR 2002\286398); Auto Audiencia Provincial Cantabria de 24 septiembre 2002 (JUR 2003\8154); Auto Audiencia Provincial Burgos de 22 de julio 2002 (JUR 2002\233517); Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 19 de mayo 2001 (JUR 1001\303272). Ver, asimismo, la jurisprudencia recogida en el anexo de este trabajo.

[405] La regulación del art. 172 fue completada por la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, (disposición final 5ª). Esta Ley mantiene la definición de desamparo que había establecido la anterior (Ley 21/1987); sin embargo, completa la regulación de aspectos anteriormente no previstos, como el órgano competente para apreciar el desamparo o el efecto de la tutela de la Administración de "*suspender*" la patria potestad o la tutela ordinaria.

nor desamparado. De modo que la amplitud con la que el Código Civil caracteriza esta situación supone dejar a las Administraciones competentes un gran margen de apreciación; una importante discrecionalidad interpretativa o de juicio para valorar y apreciar en cada caso si el menor está desamparado. Frente a la parca o escueta definición legal, lo cierto es que las situaciones de desamparo se manifiestan a través de múltiples y variadas formas y condiciones[406]. Por ello, los diversos legisladores autonómicos han procedido a completar el concepto de desamparo que brinda el Código Civil, reduciendo en cierta medida el margen de estimación o valoración de la Administración. Así, al dictar las respectivas Leyes autonómicas sobre protección de menores, han contemplado expresamente un conjunto de factores y circunstancias que deberán ser consideradas por la Administración para declarar el desamparo de un menor: como la existencia de malos tratos físicos o psíquicos; los abusos sexuales, la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución; los trastornos graves de los padres que impidan el cumplimiento de sus deberes de protección u otras situaciones de desprotección similares[407]. Ahora bien, en la medida que esta legislación autonómica no ha sido dictada al amparo del título competencial "legislación civil" (art. 149.1.8 de la Constitución), las precisiones que realizan sobre el concepto de desamparo quedan enmarcadas en las previsiones del art. 172 del Código Civil. Es más, de forma general,

[406] Así se afirma expresamente en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria de 9 de marzo de 1993 (AC 1993\316).

[407] Por ejemplo, la Ley de la Comunidad de Extremadura 4/1994, de 24 de noviembre, de protección de menores, dispone en su art. 5 que "*en los términos del Código civil*, se consideran desamparo de menores aquellas situaciones de desprotección que puedan constituir grave riesgo para el normal desarrollo físico, psíquico o social de un menor"; a continuación, el art. 6 precisa que "se considerarán situaciones de desamparo, en todo caso valorables por la autoridad administrativa, las siguientes: a) el abandono voluntario del menor; b) la existencia de malos tratos físico o psíquicos; c) el trastorno mental grave de los padres o guardadores de hecho, que impida el adecuado ejercicio de la patria potestad o del derecho de guarda y educación; d) la drogadicción o alcoholismo habitual de las personas que forman parte de la unidad familiar, en especial, de los padres o guardadores de hecho, o de los menores con el consentimiento de estos; e) los abusos sexuales por parte de miembros de la unidad familiar o de terceros con el consentimiento de éstos; f) la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución; g) cualquier otra situación de desprotección que traiga causa en el incumplimiento o el inadecuado ejercicio de la patria potestad o de los deberes de protección establecidos por las Leyes, siempre que ello incida en la privación de la necesaria asistencia moral o material". En términos similares ha sido concretada la situación de desamparo por la Ley asturiana 1/1995, de 25 de enero, de protección de menores en su art. 31; por la Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marco, de la infancia en su art. 22.1; por la Ley de la Comunidad de las Islas Balares 7/1995, de 21 de marzo, de protección de menores, en el art. 5; por la Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores, en su art. 46; la Ley gallega 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia, en su art. 17; la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores, en su art. 49.2; la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención del menor, en su art. 23; la Ley de la Comunidad de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de protección a la infancia y a la adolescencia, en su art. 29; la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor, en su art. 36; la Ley de las Cortes de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (art. 59); la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia, en sus arts. 55 y 56; y la Ley de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre (art. 50).

las propias normas autonómicas hacen una remisión a lo establecido en este precepto.

B) *El concepto de desamparo en el Ordenamiento catalán*

En Cataluña la situación es diferente. En el marco de las previsiones del art. 149.1.8 de la Constitución, el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 atribuye a la Generalitat competencia en materia de "conservación, modificación y desarrollo del derecho civil catalán" (art. 9.2). Así, en la medida que esta Comunidad Autónoma ya contaba con una Compilación en la que se regulaba alguna institución dirigida a la protección de menores, tenía reconocida competencia para regular la figura de la tutela administrativa de los menores desamparados[408]. Esta competencia ha permitido al legislador catalán dictar normas específicas al respecto y establecer un concepto propio de desamparo, sin quedar vinculado por las previsiones del Código Civil.

En efecto, según se ha puesto de relieve con anterioridad, el legislador estatal había procedido a "civilizar" una institución jurídica de raíces administrativas por la vía de regularla a través del título competencial legislación civil e incorporarla al Código Civil. Por esta vía se trataba de garantizar que la institución de la tutela administrativa de los menores desamparados tuviera un alcance prácticamente general y, de ese modo, garantizar a todos los menores el derecho a la asistencia y protección pública en las mismas condiciones. En otro caso, cada una de las Comunidades Autónomas hubiera podido prever un singular medio de protección de estos menores en ejercicio de la competencia reconocida en materia de asistencia social o protección y tutela de menores[409]. En definitiva, como el propio legislador estatal reconoce, se trataba de impedir prácticas divergentes[410]. No obstante, como se ha

[408] En efecto, la Compilación regulaba ciertos aspectos de la adopción, lo que permitía no sólo regular esta institución sino las que tuvieran conexión con la misma. Tal como resultaba de la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 88/1993, de 12 de marzo, F.J. 3 y STC 156/1993, de 6 de mayo, F.J.1).

[409] Lo curioso es que siendo Cataluña la única Comunidad Autónoma que actualmente regula la figura de la tutela administrativa y define el desamparo en una norma dictada al amparo del título competencial "legislación civil" (de forma reciente también Navarra ha invocado este título competencial para regular algunas instituciones de protección pública en la Ley foral 15/2005, de 5 de diciembre), fue la primera Comunidad Autónoma que reguló el ejercicio de estas funciones tutelares por la Administración en una norma que se calificaba a sí misma como administrativa: la actualmente derogada Ley 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores. De modo que fue precisamente el legislador catalán el que, al regular esta materia en una norma administrativa, despertó las inquietudes que llevaron al legislador estatal a utilizar el título competencial legislación civil, camino seguido posteriormente por el propio legislador catalán.

[410] Ver el Capítulo II de esta obra, cuando se analizan las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección de menores, el epígrafe "legislación civil. La controvertida regulación de la tutela administrativa al amparo de este título competencial".

dicho unas líneas antes, los diversos legisladores autonómicos, al amparo de la referida competencia en materia de asistencia social o protección y tutela de menores, han procedido, asimismo, a precisar ciertas cuestiones relativas a la figura de la tutela de la Administración y, en concreto, las circunstancias que determinarán la declaración administrativa de desamparo. El resultado es que el concepto de desamparo es prácticamente el mismo en todos los casos y el régimen jurídico de la tutela administrativa muy similar.

Pues bien, según se ha dicho, cuando el legislador catalán regula la figura de tutela administrativa brinda una definición propia de "desamparo" que, debe advertirse, no difiere sustancialmente de la acogida en el conjunto del Estado. Así, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, dispone en su art. 2.2 lo que sigue:

"*Se considera que el menor está desamparado:*

a) Cuando faltan las personas a las cuales 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 menor.
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.
c) Cuando el menor presenta signos de malos tratos físicos o psíquicos, de abusos sexuales, de explotación u otros de naturaleza análoga".

Este concepto legal de desamparo debe ser completado con las circunstancias previstas en el actual Reglamento de protección de los menores desamparados, aprobado por Decreto 2/1997, de 7 de enero. Circunstancias que son, asimismo, similares a las previstas por el resto de Comunidades Autónomas en sus respectivas leyes de protección de menores. El art. 9.2 del Reglamento dispone que los equipos técnicos competentes, de la Administración de la Generalitat, deberán valorar la existencia de un conjunto de factores de riesgo a los efectos de apreciar y, en su caso, proponer la declaración de desamparo. A tenor del citado precepto, "existen factores de riesgo social cuando, en relación al menor, concurran indicios de los supuestos siguientes, por parte de los padres, tutores o guardadores:

a) que el menor sea abandonado por parte de las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de las funciones de guarda;
b) que se haya producido negligencia en el cumplimiento de las obligaciones alimentarías, de higiene, salud o educativas del menor;
c) que los padres, tutores o guardadores o las personas que convivan o estén relacionadas directamente con el menor padezcan una enfermedad mental que repercuta negativamente en aquél[411];

d) que los padres, tutores o guardadores o las personas que convivan o estén relacionadas directamente con el menor sean drogodependientes y ello repercuta negativamente en aquél[412];
e) que se hubieran suministrado al menor sustancias psicotrópicas sin causa médica justificada o cualquier otra sustancia tóxica;
f) que se haya infligido al menor maltratos físicos o psíquicos, abusos sexuales, explotación u otros de naturaleza análoga;
g) que no haya vínculos afectivos o estos tengan muchas carencias, por incumplimiento de los deberes de protección establecidos por la ley para la guarda de los menores por parte de los padres, tutores o guardadores;
h) que se induzca al menor a la mendicidad[413], a la delincuencia o a la prostitución;
i) que se produzca cualquier desatención imprudente que atente contra la integridad física o psíquica del menor;
j) que se produzca desescolarización reiterada o continuada[414];
k) que se aprecien objetivamente otros factores que impidan el desarrollo integral del menor".

Además, con posterioridad, la Ley catalana 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias, han previsto expresamente una nueva circunstancia que, por suponer vulneración de los derechos del menor o peligro de causar perjuicios en su desarrollo personal, podrá llevar a la Administración a declarar el desamparo. El legislador catalán contempla y trata de prevenir el traslado

[411] Esta circunstancia fue la causa principal de la declaración de desamparo en el caso a que se refiere el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 25 de abril de 1997 (AC 1997\903). Ver, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 18 de marzo de 1997 (AC 1997\472), la enfermedad mental de la madre y su imposibilidad de atender al menor lleva a suprimir el régimen de visitas, dada la imposibilidad de reintegración familiar y la necesidad facilitar la integración del menor en la familia acogedora.

[412] En relación a esta causa general de desamparo ver el Auto Audiencia Provincial de Málaga de 30 septiembre 2002 (JUR 2003\70336) o el Auto Audiencia Provincial de Valladolid de 12 junio 2003 (JUR 2003\190254).

[413] Esta fue una circunstancias que determinó la declaración de desamparo en el supuesto a que se refiere el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de marzo de 1996 (AC 1996\519). Con relación a los menores utilizados para la mendicidad, la Memoria del año 2002 del Fiscal General del Estado se hace eco de la situación denunciada por Fiscalía del Tribunal de Justicia de Cataluña que pone de relieve que estos niños "en su mayoría rumanos, niños que habitualmente se encuentran en la calle acompañados de adultos que carecen de documentación y por tanto no se puede acreditar si existe relación e parentesco entre ellos o no. Esta Fiscalía considera *imprescindible plantear esta cuestión a nivel institucional, para que todos los que tienen la obligación, entre ellos la Fiscalía de Menores, de velar por los menores en situaciones de riesgo y promover la adopción de medidas necesarias para su protección, sean capaces de unificar actuaciones para evitar que por cuestiones de falta de medios o de interés, estos menores no tengan derecho a la protección establecida y regulada en nuestras leyes*". Ver la Memoria del Fiscal General del Estado del año 2002 elevada al Gobierno, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2003, págs. 615-616.

[414] Por lo que se refiere a esta causa de desamparo ver las consideraciones realizadas más adelante, en el epígrafe en el que se analiza "la falta de los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad del menor" como una causa de desamparo.

de menores al extranjero con el fin de practicarles la ablación del clítoris[415]. Así, el art. 31.1 a) de la Ley, bajo el título *"traslado de niños y adolescentes a otros países por decisión familiar que vulnera sus derechos"*, ha establecido lo que sigue:

"El traslado o riesgo de traslado de un niño o adolescente a otro país, por decisión familiar, que ponga en peligro la continuidad de su desarrollo, si se tiene conocimiento de que no se cumplirán las condiciones efectivas para que éste sea posible, puede comportar: la declaración, por el órgano competente de la Administración de la Generalitat, *de la situación de desamparo*, con la consiguiente asunción de la tutela por la propia Administración de la Generalitat, la automática suspensión de la potestad del padre y la madre o de la tutela ordinaria, y la adopción de las medidas de protección que corresponda en aplicación de la legislación catalana"[416].

> El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en las Observaciones finales realizadas a la vista del segundo informe periódico de España (CRC/C/15/ Add. 185, de 7 de junio 2002), manifiesta su preocupación "ante los casos de mutilación de los genitales femeninos que se practican en España a las niñas de origen subsahariano". Por ello, recomienda a España que "realice un estudio para evaluar el alcance y la naturaleza de la mutilación genital femenina (MGF) practicada en España o en el extranjero a niñas que viven en España" y, además, que adopte "las medidas que sean necesarias para prohibir esta práctica". Debe tenerse en cuenta que el art. 24.3 de la Convención de Derechos del Niño, dispone que "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los

[415] La Ley de Cantabria 1/2004, de 1 de abril y la Ley de Canarias 16/2003, de 8 de abril, para la prevención y protección de las mujeres contra la violencia de género, contemplan como una forma de violencia la "mutilación genital femenina" y la definen como "el conjunto de procedimientos que implican una eliminación parcial o total de los genitales externos femeninos o lesiones causadas a los órganos genitales femeninos por razones culturales, religiosas o, en general, cualquier otra que no sea de orden estrictamente terapéutico, aun cuando se realicen con el consentimiento, expreso o tácito, de la víctima" (ver arts. 3 de las respectivas leyes). Asimismo, en relación con esta cuestión y la noción de maltrato en las sociedades pluriculturales, COSTA-LASCOUX, Jacqueline, « La maltraitance, une notion relative », en *Enfance et violences*, sous la direction de Jacqueline Rubellin-Devichi et Michel Andrieux, Université Lyon, 1992, págs. 103-114.

[416] El propio precepto contempla que, en el caso de que el traslado del menor ya se hubiera realizado o fuera inminente, la Administración de la Generalitat podrá dirigirse al Ministerio Fiscal para que ejerza las oportunas acciones jurisdiccionales y solicite del juez la activación de los controles policiales o, en su caso, la repatriación del menor. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la Administración, para adoptar la decisión más conveniente para el superior interés del menor, deberá valorar y ponderar los derechos que pudieran verse afectados. Así, la Administración deberá considerar el derecho del menor a vivir y relacionarse con su familia, reconocido por la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (art. 9.1) y el derecho al respeto a la vida privada y familiar reconocido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (art. 8). En la STC 221/2002, de 25 de noviembre, la ponderación entre el derecho a la vida familiar y el derecho a la integridad moral que se considera vulnerado con la simple puesta en peligro –por tanto, sucede lo mismo en el caso del derecho a la integridad física- da como resultado la protección prioritaria de éste ultimo por exigencia del principio del interés superior del menor.

niños". La previsión expresa de esta causa de desamparo en la legislación catalana vendría a dar cumplimiento a este mandato y a la referida recomendación.

Pues bien, si tuviéramos que reconducir el conjunto de factores y circunstancias que el legislador catalán ha previsto expresamente como características de la situación de desamparo a una sola de ellas, diríamos que se considerará que el menor está desamparado cuando faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad o existe riesgo o peligro grave para su normal desarrollo físico, psíquico o social. Es más, esta causa ha sido expresamente prevista en el art. 2.2 b) de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre. Asimismo, el art. 9.2 k) del Reglamento de desarrollo, cierra el elenco de circunstancias que podrán llevar a la declaración de desamparo, aludiendo a la concurrencia de otros factores "que impidan el desarrollo integral del menor".

Por ello, cuando el legislador catalán incorpora la figura de la tutela administrativa al Código de Familia (siguiendo los pasos del legislador estatal que ya la había incorporado al Código Civil) y se ve obligado a recoger o acotar la esencia del desamparo en un único precepto, lo caracteriza como "una situación de hecho en la que *faltan al menor los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad*" (art. 164.1 de la Ley 9/1998, de 15 de Julio, del Código de Familia)[417].

En el referido precepto nada se dice del origen de esa situación de hecho, caracterizada por la ausencia de elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad. Así, lo esencial es el *resultado*, la situación de desprotección, y no tanto las causas que lo han producido. Sin embargo, de interpretar el art. 164.1 del Código de Familia en relación con el art. 2.2 de la Ley 37/1991, resulta que esta situación de hecho tiene generalmente su origen en la falta de las personas legalmente obligadas a velar por el menor o cuando estas personas no cumplen o no lo hacen debidamente, por unas u otras razones, con sus deberes legales de protección. En cualquier caso, para el legislador lo fundamental es la situación de desprotección que padece el menor. Una vez verificada esta situación, la Administración declarará el desamparo y, por tanto, asumirá la tutela del menor, con la consiguiente suspensión de la patria potestad o la tutela civil. Las causas que han llevado al desamparo tendrán importancia fundamentalmente a la hora de determinar la medida de protección más conveniente para cada concreto menor.

[417] De forma reciente (abril 2006) se ha publicado el Anteproyecto de Ley por el cual se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia. Pues bien, el art. 226-1,2 del Anteproyecto establece que "se consideran desamparados los menores que se encuentran en una situación de hecho en la que les faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad, siempre que para su protección efectiva sea necesario aplicar una medida que implique la separación de la persona menor de su núcleo familiar".

En definitiva, como vemos, el Ordenamiento catalán brinda a la Administración competente para apreciar y, en su caso, declarar la situación de desamparo, un conjunto de elementos de juicio, al efecto de que pueda precisar si un determinado menor padece esta situación.

2. Análisis de las circunstancias que caracterizan la situación de desamparo

El desamparo, según se ha visto, constituye una situación objetiva de desprotección que pone en grave peligro o perjudica el desarrollo físico, psíquico o social del menor. Esta situación tiene su origen en la falta de asistencia o inadecuada atención que recibe el menor por parte de los responsables legales de su guarda. Como consecuencia de esta situación, el menor no tiene garantizado el goce de todos sus derechos y el desarrollo integral de su personalidad. Lo determinante es, pues, el *resultado* que se produce: el desarrollo evolutivo de la personalidad del menor se ve perjudicado; cuestión esencial dada la condición del menor de persona en desarrollo o formación. En estos casos, la Administración pública competente deberá intervenir a través de los servicios sociales y hacer efectivo el derecho del menor a la asistencia y protección pública. Por tanto, al efecto de determinar si un menor se encuentra en situación de desamparo, la Administración deberá considerar las circunstancias reales del menor, los datos objetivos, con independencia de las razones que hubieran conducido a aquel estado; aunque estos últimos también serán tenidos en cuenta a la hora de establecer el plan de intervención y acordar la medida de protección más conveniente.

Ahora bien, ya se ha dicho que, tanto el legislador estatal como los autonómicos, han previsto expresamente una serie de factores y circunstancias que de concurrir determinarían la declaración desamparo. Se trata de situaciones de desprotección caracterizadas porque faltan al menor los elementos básicos para el pleno desarrollo de su personalidad. Pues bien, a continuación se examinan las situaciones más destacables, a las que sería posible reconducir prácticamente todo los supuestos legalmente previstos:

A) *La falta o inadecuado cumplimiento de los deberes legales de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores*

Los menores, como vimos páginas atrás, tienen legalmente reconocida capacidad jurídica pero no tienen atribuida plena capacidad de obrar. La capacidad de obrar de los menores es progresiva. De forma que el menor es sujeto de derechos, es titular de los derechos que el Ordenamiento le reconoce pero, dada su condición de persona en desarrollo, no puede ejercer por sí

mismo todos sus derechos hasta alcanzar la mayoría de edad. Por ello, el derecho básico de los menores es el recibir la asistencia y protección que les garantice el disfrute de todos sus derechos y el pleno desarrollo como personas. En primer lugar, el Ordenamiento atribuye a los padres o tutores la obligación de hacer efectivo este derecho a la asistencia y protección. Las Administraciones públicas tienen encomendada la tarea de apoyar y *colaborar* con las familia y *velar* por el debido cumplimiento de sus obligaciones legales y, en última instancia, *actuar de forma subsidiaria* a fin de garantizar al menor la atención y protección necesaria.

En la medida que la familia es la primeramente obligada a brindar asistencia a los menores (art. 39.3 de la Constitución), el Ordenamiento contempla un conjunto de instituciones jurídico-privadas de protección. De forma destacada la patria potestad y la tutela civil. La patria potestad que corresponde a los padres comprende una serie de deberes y facultades de contenido personal inherentes a la guarda: velar por los hijos menores, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarles y procurarles una formación integral[418]. Las mismas obligaciones se imponen al tutor civil[419]. Pues bien, la falta o inadecuado cumplimiento de estos deberes legales de protección *personal* del menor constituyen la fuente del desamparo[420].

Así, el legislador estatal ha definido el desamparo como la situación de hecho caracterizada porque el menor se encuentra privado de la necesaria asistencia moral o material "*a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores*" (art. 172 del Código Civil). De igual modo, el legislador catalán ha establecido que la Administración considerará que el menor se encuentra desamparado "*cuando faltan las personas a las cuales 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 menor*" o "*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*". La consecuencia de esta falta o indebido cumplimiento de los deberes legales de protección, es que el menor no tiene cubiertas sus necesidades básicas y, por tanto, faltan los elementos esenciales para su desarrollo integral[421].

Como vemos, tanto el legislador estatal como el catalán han situado el origen de la situación de desprotección que caracteriza el desamparo en la

[418] Art. 154 del Código Civil y en Cataluña art. 143 del Código de Familia.
[419] Art. 269 del Código Civil y en Cataluña art. 207 del Código de Familia.
[420] Así se afirma, entre otras resoluciones judiciales, en el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 24 de septiembre 2002 (JUR 2003\8154).
[421] Art. 2.2 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, en relación con el art. 164 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia.

falta de cumplimiento o inadecuado cumplimiento de los deberes legales de protección establecidos para la guarda de los menores. Ahora bien, este incumplimiento no siempre se produce de forma voluntaria. En efecto, tanto el legislador catalán, como los diversos legisladores autonómicos que definen el desamparo en el marco de las previsiones del Código Civil, contemplan supuestos de incumplimiento o indebido cumplimiento de los deberes legales de protección de carácter involuntario, negligente y doloso[422]. Los Tribunales también han advertido que la situación de desamparo puede tener su origen en un incumplimiento que no es culpable o que reviste una culpabilidad que no llega a alcanzar la intensidad que justificaría la privación de la patria potestad[423] (art. 170 del Código Civil y en Cataluña art. 136 del Código de Familia).

Por otra parte, cuando los diversos legisladores autonómicos caracterizan el desamparo, contemplan una sería de situaciones que pueden enmarcarse en alguno de las posibles clases de incumplimiento: involuntario, negligente o doloso. Así, se reconducirían al *incumplimiento involuntario* aquellos supuestos en que el guardador legal padece un trastorno mental grave o es drogadicto habitual o alcohólico[424] y ello repercute negativamente en el menor. El incumplimiento tampoco tiene carácter voluntario en ciertos casos de ausencia obligada de los responsables de la guarda del menor; así sucede, por ejemplo, cuando éstos se encuentran cumpliendo una pena privativa de libertad[425]. Las Leyes contemplan, asimismo, supuestos de desamparo por *incumplimiento negligente* de las obligaciones alimentarías, de higiene, salud o educativas u otras desatenciones imprudentes[426]. Las necesidades básicas del menor no son debidamente atendidas por parte de las personas legalmente responsables. En otros casos, las situaciones de desamparo legalmente previstas se enmarcan

[422] En efecto, la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparos, en su art. 2.2 a) contemplaría los supuestos de incumplimiento no voluntario, el apartado b) parece referirse a los negligentes y en el apartado c) se haría referencia a los supuestos en que el indebido cumplimiento sería doloso.

[423] Autos de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de julio de 1998 (AC 1998\6721) y 19 de septiembre 2002 (JUR 2003\52291) y Sentencia de la misma Audiencia de 16 de diciembre 2002 (JUR 2003\54088); Sentencia Audiencia Provincial de Burgos de 3 de diciembre 2002 (JUR 2003\43091). Ver, asimismo, la jurisprudencia citada en la nota 432.

[424] Sobre el alcoholismo de la madre como causa de desamparo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 12 junio 2000 (JUR 2000\283139), el Tribunal declara la inexistencia de situación legal de desamparo y deja sin efecto el acogimiento preadoptivo al constatar que la madre había conseguido superar su adicción al alcohol, único factor de riesgo concurrente.

[425] En el supuesto a que se refiere el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 5 de noviembre 2001 (JUR 2002\18872), la causa principal de la declaración de desamparo es la ausencia de los padres del menor por hallarse ambos ingresados en centros penitenciarios cumpliendo penas privativas de libertad. Por otra parte, la familia extensa del menor tampoco mostró su disposición a acoger al menor. Ver, asimismo, sobre esta causa de desamparo el Auto Audiencia Provincial de Valencia de 18 de julio 2002 (JUR 2003\52132) o el de la Audiencia Provincial de Málaga de 30 septiembre 2002 (JUR 2003\70336).

[426] Ver a título de ejemplo, el art. 9.2 b) o i) del Reglamento catalán de protección de los menores desamparados, aprobado por Decreto 2/1997, de 7 de enero.

en el *incumplimiento doloso* de los deberes de protección: cuando el menor es objeto de abusos sexuales, utilizado o inducido a la prostitución, la delincuencia o la mendicidad, cuando se le suministran sustancias tóxicas o psicotrópicas o, en general, cuando se le propinan malos tratos físicos o psíquicos[427].

Por otra parte, la situación de desamparo puede ser debida a la falta de las personas responsables de la guarda del menor. Así sucederá cuando los responsables del menor han fallecido o han abandonado al menor[428]. Asimismo, faltan las personas responsables del menor cuando éste se encuentra en nuestro país solo. Esto último sucede en el caso de los menores inmigrantes no acompañados (los denominados MEINA), menores que han viajado a nuestro país sin la compañía de un adulto que vele por ellos[429]. En todos estos supuestos, la Administración competente deberá proceder a declarar el desamparo y asumir la tutela automática del menor[430]. En el caso de los meno-

[427] Ciertos casos de incumplimiento doloso de las obligaciones legales de protección de un menor podrían fundar la *privación* de la patria potestad o la tutela civil (art. 170 del Código Civil y art. 136 del Código catalán de Familia) o, incluso, ser constitutivos de un ilícito penal (arts. 229 a 231, 233, 181.2,1°, 183, 369.1°, disposición adicional 2ª, 185, 189, 148.3, 232, 187 a 189 del Código Penal)

[428] Ver el supuesto a que se refiere la Sentencia Audiencia Provincial de Murcia de 27 diciembre 2002 (JUR 2003\113809). El Código Penal tipifica el delito de abandono de un menor. El art. 229 dispone que el abandono un menor de edad por parte de la persona encargada de su guarda será castigado con la pena de prisión de uno a dos años. Cuando el abandono fuera realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años. Además, la pena se agrava cuando las circunstancias del abandono han puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad. Por otra parte, el art. 233.1 del propio Código establece que, si el Juez lo estima oportuno, en atención a las circunstancias del menor, podrá imponer a los responsables del delito de abandono de un menor la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por el tiempo de cuatro a diez años.

[429] La Resolución del Consejo de Europa de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (97/C 221/03), a los efectos de su aplicación, considera menores no acompañados "a los menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos". Asimismo, quedan comprendidos en el concepto "los menores nacionales de países terceros que, después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos" (art. 1.1). Ver, asimismo, la Observación General nº 6, del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 1 de septiembre 2005 (CRC/GC/2005/6) sobre "Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen".

[430] Sin embargo, si el menor tiene parientes próximos éstos podrían asumir si lo desean la tutela ordinaria cuando ello sea beneficioso para el menor. El art. 239 del Código Civil dispone que la tutela de los menores desamparados corresponde por la Ley a la Administración competente, pero añade que se "procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste". Debe tenerse en cuenta que el art. 172.4 del Código Civil dispone que "se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia". Aunque en Cataluña el Código de Familia no contiene normas de este tenor, dicho criterio también podrá ser aplicado ya que deriva de la legislación de protección de menores; por otra parte, en el Ante-

res inmigrantes no acompañados así resulta de lo dispuesto en el art. 35 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, de extranjería en relación con el art. 92 del Reglamento de desarrollo y el art. 10.3 y 4 de la Ley orgánica1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que las razones por las cuales los responsables del menor incumplen sus deberes legales de protección no es lo decisivo en la declaración de desamparo. Lo fundamental será la situación de vulnerabilidad o desprotección que padece el menor como consecuencia de aquella falta de cumplimiento. Por tanto, como ya se ha dicho, lo esencial es el *resultado* que se produce como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones legales de protección inherentes a la guarda. Aunque las razones y el tipo de incumplimiento deberán considerarse a la hora de acordar la medida de protección más conveniente o determinar el régimen del derecho de visitas del menor con su familia.

> Según se afirma en el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 2 de mayo 2002 (JUR 2002\174019), el desamparo constituye "una situación fáctica, sea o no voluntaria o querida por los progenitores". Y en el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de marzo de 1996 (AC 1996\519) se declara que "la situación de desamparo... se configura como una situación objetiva o de hecho que, según reiteradísima jurisprudencia, excluye toda idea de causación culpabilística" [431].

La declaración de desamparo y consiguiente tutela de la Administración no tiene por objeto "sancionar" o castigar el comportamiento de los padres o responsables del menor por no cumplir debidamente sus obligaciones legales de protección[432]. La figura de la tutela administrativa se dirige a brindar al menor una adecuada asistencia y protección para garantizarle el disfrute de sus derechos y el desarrollo integral de su personalidad[433].

La situación de desamparo se caracteriza, pues, por ser una situación de hecho, una situación objetiva que tiene su origen en la falta de una adecuada atención y protección del menor por parte de las personas legalmente responsables de su guarda. Lo decisivo es el interés del menor, su protección.

---

proyecto de ley por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia (publicado en abril 2006), se establece en el art. 222-13.2 que "la entidad pública competente en materia de protección de menores ha de instar la constitución de la tutela de los menores desamparos a su cargo si hay personas que la puedan asumir en interés de aquellos".

[431] En el mismo sentido, entre otras, Sentencia Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2002\286398); Auto de la Audiencia Provincial de Soria de 14 de diciembre 2000 (JUR 2001\79466); Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de febrero 2000 (AC 2000\512); Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de septiembre de 1999 (AC 1999\6328); Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 11 de enero de 1994 (AC 1994\45).

[432] Así lo confirma la autoridad judicial en el Auto Audiencia Provincial de Madrid de 27 junio 2003 (JUR 2003\191313). Vid. CAPARRÓS CIVERA, Neus y JIMÉNEZ-AYBAR, Iván, *El acogimiento familiar... cit.*, págs. 59-60.

[433] Ver la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de abril 2002 (JUR 2002\185690).

B) *La falta de los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad del menor*

Las diversas situaciones que nuestro Ordenamiento contempla como constitutivas de desamparo tiene un denominador común: las condiciones o circunstancias que rodean y padece el menor impiden o dificultan gravemente su desarrollo físico, psíquico o social. En definitiva, el menor no tiene garantizada la debida formación como persona. Por ello, los diversos supuestos de desamparo pueden reconducirse a este. Así, cuando el legislador catalán ha procedido a caracterizar el desamparo en el marco del Código de Familia y ha debido expresar su esencia, lo ha definido como la "situación de hecho en la que le faltan (al menor) los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad"[434].

En efecto, dada su condición de personas en desarrollo, el derecho básico de los menores es el "derecho al libre y pleno desarrollo de la personalidad". En primer término, como se ha visto, corresponde a la familia hacer efectivo este derecho. La patria potestad o la tutela civil que el Ordenamiento atribuye a padres o tutores comportan una serie de deberes de contenido personal inherentes a la guarda del menor: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una forma integral[435]. Así, la familia tiene atribuida en primer término la responsabilidad de garantizar el derecho de los menores al pleno desarrollo de su personalidad.

> La Ley catalana 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, bajo el título, *"libre desarrollo de la personalidad"*, establece que *"Los niños y los adolescentes tienen derecho a una crianza y formación que les garantice el desarrollo libre, integral y armónico de su personalidad"* (art. 1)[436]. La propia Ley dispone que "para asegurar el pleno goce del derecho a la crianza y formación del niño y el adolescente, en defecto de los padres, tutores o guardadores, corresponde a las administraciones públicas el ejercicio de las funciones de protección y asistencia" (art. 20). Tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley *"lograr el libre desarrollo de la personalidad del niño y el adolescente,* que es el objetivo primordial de la Ley, *justifica la intervención de las Administraciones públicas* de Cataluña...Dicha intervención será justificada cuando no sea posible garantizar un marco legal suficiente, que puede denominarse "derecho del menor" para proteger a los niños y los adolescentes en la efectividad de sus derechos".

En aquellos casos en que la falta de cumplimiento de los deberes legales de protección, o el mal uso de las facultades legales, derive en un grave riesgo o perjuicio para el desarrollo físico, psíquico o social del menor, estaremos

[434] Art. 164 de la Ley 8/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. En el mismo sentido se había expresado el art. 2.2 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

[435] Arts. 154 y 269 del Código Civil. En Cataluña, arts. 143 y 207 del Código de Familia.

ante una situación de desamparo. Así sucederá, por ejemplo, cuando se produzca negligencia en el cumplimiento de las obligaciones alimentarías, de higiene, salud o educativas del menor; en caso de desescolarización reiterada; cuando se produzca abandono emocional o los vínculos afectivos estén deteriorados[437] o cuando exista cualquier tipo de maltrato.

> En cuanto al absentismo escolar y la falta de escolarización de los menores como causa de desamparo, desde diferentes instancias públicas, se ha puesto de relieve la gravedad de la situación en todo el Estado. Los Fiscales han manifestado su preocupación por este problema, tal como se refleja en las diversas Memorias presentadas por el Fiscal General del Estado al Gobierno. Así, de la Memoria del año 2002 resulta que, por ejemplo, la Fiscalía de Huesca pone de relieve el incremento de comunicaciones sobre absentismo, que ha dado lugar a comparecencias de los padres, "el contacto directo con las familias permite, además, detectar situaciones que pudieran ser tributarias de intervención administrativas, por lo que esos casos se ponen en conocimiento del servicio competente para su estudio y adopción, en su caso, de las medidas de protección adecuadas". Según pone de relieve el Informe de la Fiscalía, en los casos extremos, los padres que no se preocupan de la escolarización de los menores están cometiendo un *delito de abandono de familia*, pues está claro que no cumplen "los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar...". Asimismo, en el Informe del Defensor del Menor de Andalucía al Parlamento, del año 2003, se examina esta problemática porque, según se afirma, "el absentismo escolar reiterado, con sus inevitables secuelas de fracaso escolar y abandono de la enseñanza, constituye uno de los principales factores que contribuyen a la aparición en nuestra sociedad de situaciones de marginalidad, paro, analfabetismo, incultura y delincuencia. De este modo, lo que inicialmente era un problema educativo, se convierte a medio o largo plazo en un grave problema social"[438].

En todos los referidos supuestos, las condiciones de vida del menor impiden su adecuada formación y socialización y/o el menor padece carencias físicas, sociales o emocionales graves. En definitiva, el menor no estaría en condiciones de disfrutar plenamente de sus derechos fundamentales, aquellos

[436] En el mismo sentido se expresa, por ejemplo, la Ley de La Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 1). Ver, asimismo, la Ley de las Cortes de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia (art. 20.1)

[437] El abandono emocional se define como la falta persistente de respuesta a las señales (llanto, sonrisa), expresiones emocionales y conductas procuradoras de proximidad e interacción iniciales por el niño y la falta de iniciativa de interacción y contacto por parte de las personas responsables del menor.

[438] El propio Defensor del Pueblo Andaluz presentó ante el Parlamento de Andalucía, a finales de 1998, un Informe Especial titulado "El absentismo escolar: un problema educativo y social". Mediante Acuerdo de Consejo de Gobierno andaluz de 25 de noviembre de 2003, ha sido aprobado el Plan Integral para la Prevención, Seguimiento y Control del Absentismo Escolar. Ver, asimismo, la Memoria el año 2002 del Fiscal General el Estado elevada al Gobierno, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2003, págs. 605-606. En cuanto a la relación entre el desamparo y la consiguiente tutela administrativa de los menores y el derecho a la educación ver la STC 260/1994, de 3 de octubre. Ver, asimismo, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 diciembre 2002 (JUR 2003\92340), en el que se considera el absentismo escolar como una causa que determinó el desamparo; o la Sentencia Audiencia Provincial de Cantabria de 4 febrero 2003 (AC 2003\1345).

que forman parte de su estatuto jurídico indisponible. Por ello, las Administraciones públicas competentes deben intervenir, valorar la situación y, en su caso, proceder a declarar el desamparo y asumir la tutela del menor[439]. Las Administraciones actuarán de forma subsidiaria para asegurar el desarrollo y bienestar físico, psíquico y social del menor y garantizar las condiciones para su futuro desarrollo autónomo en la sociedad[440].

No obstante, debe tenerse en cuenta que es necesario distinguir entre situaciones de riesgo y de desamparo y que este último debe ser interpretado de forma restrictiva. Así, en todos aquellos casos en que las carencias del menor provengan de la falta de recursos o medios económicos de la familia, las Administraciones deberán proceder a brindarles el necesario apoyo asistencial, en cumplimiento del mandato constitucional de protección a la infancia y la familia que les impone el art. 39 de la Constitución.

> Por ello, deben cuestionarse aquellas resoluciones administrativas que fundan la declaración de desamparo y consiguiente asunción de la tutela por la Administración en la falta de trabajo de los padres o las malas condiciones de la vivienda. Así, por ejemplo, en el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, de 15 de enero 2003 (JUR 2003\92963), se desestima un recurso contra la medida de acogimiento preadoptivo con fundamento en un informe de los servicios sociales del Ayuntamiento en el que se afirma que "pese a reconocer una mejoría en las condiciones de la vivienda y en la situación personal de toxicomanía del recurrente, no deja de reconocer que la infraestructura del edificio en el que viven se encuentra gravemente deteriorada, y que en su interior, el baño y la fontanería están en mal estado, no disponen de agua caliente y el suministro eléctrico está enganchado, de modo que la vivienda dispone de mínimas condiciones de higiene y salubridad y existe un cúmulo de enseres en algunas habitaciones". Pues bien, hemos de pensar que la desestimación del recurso de apelación interpuesto frente a la medida de acogimiento preadoptivo debía fundarse en otras circunstancias que no han sido expresadas en el referido Auto, de otro modo no se explica que la falta de una vivienda, digna que los propios poderes públicos deberían garantizar a los ciudadanos (art. 47 de la Constitución), pudiera justificar, no sólo una declaración de desamparo de un menor sino, lo que es más grave, la constitución de un acogimiento preadoptivo que, como sabemos, es el paso previo para la adopción.

[439] Así, por ejemplo, el Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección jurídica del menor, establece en su art. 23 que "con el desamparo se ocasiona un *perjuicio grave al desarrollo personal o social del menor*, que requiere *inexcusablemente* la asunción de la tutela por ministerio de la Ley para adoptar las medidas encaminadas a su protección y corrección".

[440] Art. 28.3 de la Ley catalana 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias. Ver, asimismo, entre otros, el art. 16 de la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia o el art. 3.3 b) de la Ley de las Cortes de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia, recoge entre los principios de actuación de las Administraciones públicas "la prevención de las situaciones y la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su formación y desarrollo integral". En cuanto a resoluciones judiciales puede verse, entre otras, el Auto de la Audiencia Provincial de Lleida de 2 de abril 2001 (AC 2001\1284).

C) *Los malos tratos*

Los diversos legisladores han contemplado expresamente como situación de desamparo la del "menor que presenta signos de malos tratos físicos o psíquicos, de abusos sexuales, de explotación u otros de naturaleza análoga"[441]. En general, en estos casos, el inadecuado cumplimiento de los deberes legales de protección se produciría de forma intencionada o dolosa.

> Así, por *maltrato físico* se entienden aquellas acciones mediante las que de forma intencionada o no accidental se provoca un daño físico o enfermedad al menor o se produce un riesgo de que lo padezca[442]. El *maltrato emocional* consistiría en la hostilidad verbal crónica en forma de insulto, desprecio, crítica o amenaza de abandono y el constante bloqueo de las iniciativas de interacción del menor (desde la evitación hasta el encierro o el confinamiento) por parte de los responsables del menor[443]. El *abuso sexual* sería cualquier forma de contacto físico de contenido sexual, con o sin acceso carnal, realizado sin violencia o intimidación, sin consentimiento del menor o incluso con consentimiento si no tiene edad parar consentir (en España 13 años)[444]. En cambio, estaríamos ante una *agresión sexual* cuando el contacto físico se produce con violencia o intimidación y sin consentimiento[445].

---

[441] Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección a los menores desamparados (art. 2.2 c). De forma análoga el resto de legislación autonómica sobre protección de menores. La Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su art. 37, bajo el título *Protección contra los malos tratos,* da nueva redacción al art. 135 del Código Penal que pasa a disponer "El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea...persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (por tanto, los menores) será castigado con la pena... así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor... inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años".

[442] En cambio, estaríamos ante una *negligencia o abandono físico* cuando las necesidades básicas del menor no son cubiertas por ninguna persona responsable de su cuidado con independencia de cuáles sean las causas de tal situación. Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente... cit.*, pág. 38.

[443] En cambio, se hablaría de *abandono emocional* en caso de falta persistente de respuestas a las señales (llanto, sonrisa), expresiones emocionales y conductas procuradoras de proximidad e interacción iniciadas por el niño, y la falta de iniciativa de interacción y contacto por parte de las personas responsables de su guarda. Ibidem. Pág. 39.

[444] El exhibicionismo es una forma de abuso sexual sin contacto físico, cuando se impone a un menor la contemplación de escenas de contenido sexual. También es una forma de abuso sexual la explotación sexual. En este último caso el abusador persigue un beneficio económico y engloba la prostitución y la pornografía infantil. En nuestro Ordenamiento, los delitos contra la libertad sexual (agresiones sexuales, abusos sexuales, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual y la inducción a la prostitución de menores e incapaces) se encuentran regulados en los arts. 178 a 194 del Código Penal). Según el "Manual de formación para profesionales", publicado por la ONG Save The Childrem, el 23% de las niñas menores de 17 años y el 17% de los niños hasta esa edad sufren abusos sexuales en España, aunque sólo el 10% de los casos llegan a los Tribunales. Ver, asimismo, los datos estadístico que ofrece esta organización en su Informe sobre "Explotación sexual infantil. Análisis de su situación en España" realizado por la organización Save the Children y coordinado por Pepa HORNO COIGOECHEA, año 2003.

[445] Sobre los diferentes tipos de maltrato ver LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente... cit.*, págs. 38 y ss; FARIÑA, F. SEIJO, D. y NOVO M., "Desprotección infantil: el maltrato", *Psicología jurídica*

Es evidente que cuando los responsables del menor maltratan o consienten el maltrato del menor se produce el incumplimiento de los deberes legales de protección. Tampoco cabe duda que estas situaciones comportan que falten al menor los elementos básicos para el desarrollo de su personalidad[446]. Por ello, en realidad, el supuesto de los malos tratos quedaría comprendido en las situaciones de desamparo anteriormente analizadas. Por esta razón podemos plantearnos cuál es la razón por la que el legislador ha previsto expresamente esta dura situación al caracterizar el desamparo.

> El Decreto del Gobierno Andaluz 3/2004, de 7 de enero, por el que se establece el sistema de información sobre maltrato infantil de Andalucía, a los efectos de su aplicación, ha definido el "maltrato infantil" como "cualquier acción, omisión o trato negligente, no accidental, por parte de los padres, cuidadores o instituciones, *que comprometa la satisfacción de las necesidades básicas del menor e impida o interfiera en su desarrollo físico, psíquico y/o social*"[447].

Pues bien, el concepto de desamparo y buena parte de las circunstancias o situaciones que lo caracterizan constituyen, desde el punto de vista de la técnica jurídica, conceptos normativos indeterminados que deben ser precisados por las Administraciones en el momento de su aplicación. Como sabemos, en los conceptos normativos indeterminados se identifican un halo de certeza positiva, un halo de certeza negativa y un halo de incertidumbre. Una vez delimitados el halo de certeza positiva y negativa, el problema de definición se plantea al identificar el denominado halo de incertidumbre, el cual podrá ser mayor o menor en función del concepto.

---

al servicio del menor, Cedecs, Barcelona, 2000, págs. 105-122; MORENO DÍAZ, Ángel, "Psicología del desarrollo, del desamparo y de la inadaptación", en *Menores en desamparo y conflicto social,* Ed. CCS, Madrid, 2001, págs. 122 y ss.

[446] Los daños emocionales derivados del maltrato pueden perdurar durante toda la vida y limitar la capacidad del adulto para integrarse socialmente. Ver el caso a que se refiere la Sentencia Audiencia Provincial de Burgos de 3 diciembre 2003 (JUR 2003\43091).

[447] El sistema de información sobre maltrato infantil, según dispone el art. 4 del Decreto, "tiene por objeto la protección de los menores a través del adecuado conocimiento epidemiológico de los casos en que éstos sean objeto de malos tratos, su seguimiento y la coordinación de actuaciones entre las Administraciones Públicas competentes en esta materia". Así, toda la información relativa a los casos detectados debe incorporarse al Sistema de información a través de una hoja de detección y notificación (art. 7). Los titulares de los servicios públicos y el personal de los mismos que detectan casos de malos tratos deben cumplimentar la referida hoja de detección y notificación de maltrato (art. 8). Así, cuando los servicios sociales de las Corporaciones Locales, en ejercicio de sus competencias de prevención del desamparo y, por tanto, del maltrato, han detectado una situación de riesgo, pueden solicitar que se les facilite del sistema de información los datos que se hubieran incorporado al mismo (art. 13). Estas medidas vendrían a dar cumplimiento a las recomendaciones realizadas al Estado español por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en las Observaciones finales (CRC/C/15/Add.185, de 7 de junio 2002), realizadas a la vista del segundo informe periódico de España, en el que manifestaba su preocupación por el elevado número de casos de violencia doméstica, la falta de procedimientos regularizados para identificar e informar de casos de negligencia, malos tratos y abusos y el limitado número de servicios de apoyo a los menores víctimas de estas situaciones. Por ello, recomendaba al Estado que adoptara las medidas necesarias para erradicar esta situación.

A la hora de declarar a un menor desamparado, el halo de incertidumbre es mayor cuando se utiliza como referencia el supuesto de incumplimiento o indebido cumplimiento de los deberes legales de protección, o cuando se trata de precisar si en determinadas situaciones faltan al menor los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad. En cambio, esta incertidumbre se reduce drásticamente cuando se verifica un supuesto de malos tratos. Los malos tratos, sean del tipo que sean, quedarían inmediatamente enmarcados en el halo de certeza positiva del concepto de desamparo. Así, el legislador contemplaría expresamente los malos tratos al definir el desamparo con el deseo de que la Administración, sin ningún género de dudas, declare desamparados a los menores que los sufran y, por consiguiente, al tener atribuida *ex lege* la tutela les brinde de inmediato la protección necesaria[448].

> Del trabajo de investigación "*maltratos físicos graves a recién nacidos y menores de cuatro años ingresados en centros de acogimiento*"[449], resulta que como consecuencias de los malos tratos físicos y psíquicos a los menores se produce: un retraso en el desarrollo que coexiste con conductas de inhibición y presencia de dolor físico; indicativos de depresión: tristeza, evitación de contacto personal; rechazo a los padres; falta de expresividad; falta de lloro y ausencia de quejas ante el dolor; falta de conductas de juego, balanceo, respuesta apagada a los estímulos, etc. El alejamiento del menor de su núcleo familiar mejora esta situación[450]. Asimismo, de este estudio resulta que el tipo de lesión sería: 1) en los casos denunciados de malos tratos: en un 43'9% hematomas y contusiones; en un 9'7% deterioro físico global como consecuencia de la negligencia de los cuidadores; en un 9'/% síndrome de Münchhausen por poderes; en un 7'3% traumatismo craneal; en un 7'3% fracturas óseas; en un 4'9% quemaduras; en un 4'9% intoxicaciones; y en un 2'4% ahogamiento: 2) en los casos detectados directamente un 10% de los supuestos con hematomas y deterioro físico global. Por otra parte, se ha comprobado que el 19'5 de los niños continua sufriendo maltrato una vez ha sido ingreso en el hospital y en el 19'4% de los casos no se cumplen las indicaciones dadas por los médicos o se dejan de cumplir al cabo de un tiempo[451].

---

[448] Con relación a la declaración de desamparo y consiguiente asunción de la tutela de la Administración como consecuencia de los *malos tratos* propinados a los menores ver, entre otras resoluciones, Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991 (AC 1992\1326).

[449] Una síntesis de esta investigación ha sido publicada por el Bolletí de Difusió de Recerques del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, *Invesbreu* nº 22, febrero 2003.

[450] Por otra parte, del propio estudio resulta que en el momento de comunicarse a los padres o responsables la retención del menor por sospecha de malos tratos las reacciones son las siguientes: en el 26'8% de los casos negar el maltrato; en el 26'8% de los casos buscan una justificación racional de los daños del menor; en el 9'7% de los casos atribuyen la responsabilidad de los hechos a otras personas; en el 4'8% de los casos quitan importancia a los hechos y no tienen conciencia de su gravedad o consideran que los profesionales exageran su importancia; en el 4% de los casos se niegan a hablar de los hechos; y sólo en un 7'3% de los casos aceptan la situación de maltrato, lo cual es muy positivo para reconducir la situación.

[451] Por otra parte, del Informe del Defensor del Menor de Andalucía al Parlamento, del año 2003 (págs. 193-194), resulta que, según las estadísticas ofrecidas por la Consejería de Asuntos Social del Gobierno de esa Comunidad Autónoma, respecto de denuncias en su "Teléfono de maltrato Infantil", durante el año 2003, este teléfono contabilizó 636 supuestos de

3. La interpretación restrictiva del concepto de desamparo. La delimitación de la situación de riesgo

A) *La interpretación restrictiva del desamparo*

Los Jueces y Tribunales, desde el momento que comienzan a conocer la oposición a las resoluciones administrativas de desamparo, proclaman que las Administraciones públicas deben interpretar el concepto de desamparo de forma restrictiva. Por tanto, sólo procedía que la Administración asumiera la tutela del menor, con la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela civil, en los casos más graves. Esto es, cuando se produzcan carencias graves en la satisfacción de las necesidades básicas del menor que dificulten o limiten su desarrollo físico, psíquico o social[452]. Esta doctrina jurisprudencial abrió el camino a la incorporación a nuestro Ordenamiento de la distinción entre situaciones de riesgo y desamparo.

Así, como vimos, mientras la intervención administrativa frente a situaciones de riesgo se desarrolla en el propio entorno socio-familiar del menor, en el caso del desamparo las medidas de protección comportan la separación del menor de su familia y, por tanto, la privación de la guarda y custodia a los responsables legales[453]. Por ello, la interpretación restrictiva del concepto de desamparo tiene como fundamento el derecho que asiste al menor a vivir con su familia y el derecho del menor y sus padres o tutores al respeto a la vida privada y familiar[454].

---

abandono, 450 casos de maltrato emocional, 405 supuestos de maltrato físico, 99 incidencias de corrupción y 42 casos de abuso sexual. En cuanto a las cifras de malos tratos en Francia (Yvelines), se refiere a un estudio comparativo (con una región Italiana y otra Suiza), realizado entre 1984 y 1987, LAHALLE, Annina, "Assistance éducative et maltraitance...*cit.*, págs. 95-101.

[452] Sobre las necesidades básicas de los menores, LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente...cit.*, págs. 13 y ss. y 42.

[453] Entre muchas otras, así se afirma en el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de febrero 2000 (AC 2000\512); Sentencia Audiencia Provincial de Valencia de 16 diciembre 2002 (JUR 2003\54088); Sentencia Audiencia Provincial de León de 16 enero 2003 (JUR 2003\114565).

[454] Art. 11.2 b) de la Ley orgánica 1/1996, de 14 de enero, de protección jurídica del menor. En Cataluña, art. 18 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes. Por otra parte, el Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, reconoce en su art. 8 el derecho al respeto a la vida privada y familiar y dispone que "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"; así es posible recurrir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cualquier injerencia ilegítima de los poderes públicos que menoscabe el derecho a la vida familiar. En la STEDH de 12 de julio 2001, asunto K. y T. contra Finlandia, Ap. 173 (TEDH 2001\467) y en la STEDH de 26 de febrero 2002, asunto Kutner contra Alemania, Ap. 69 (JUR 2002\90046) se afirma que "el hecho de que un niño pudiera ser acogido en un marco más propicio para su educación no podrá en sí mismo justificar que sea sustraído a la fuerza de sus padres biológicos, tal injerencia en el derecho de los padres, en base al art. 8 del convenio, a gozar de una vida familiar con su hijo debe considerarse "*necesaria*" debido a otras circunstancias".

Por tanto, a decir de los Tribunales, la Administración sólo debería proceder a declarar el desamparo cuando quede efectivamente acreditado que el menor carece de las atenciones mínimas necesarias, "el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común". En definitiva, cuando el menor carece de los elementos o condiciones *básicas* para el adecuado desarrollo físico, psíquico o social. La familia o los responsables legales no garantizan el desarrollo integral de la personalidad del menor.

La actividad administrativa protectora, como se ha dicho, debe tener carácter gradual. La actuación de las Administraciones públicas en esta materia debe guiarse por el *principio de subsidiariedad progresiva* respecto de las obligaciones legales de los responsables del menor[455]. Por ello, es fundamental delimitar con claridad los distintos ámbitos de actuación administrativa: situaciones de riesgo y desamparo. En el caso de realizarse una interpretación amplia del desamparo, la Administración acabaría asumiendo la tutela de menores que padecen, en realidad, una situación de riesgo y frente a los cuales deberían adoptarse medidas de asistencia y apoyo en el propio entorno socio-familiar[456]. Debe tenerse en cuenta que la atribución *ex lege* a la Administración de la tutela de los menores desamparados implica la *suspensión* automática de la patria potestad o la tutela ordinaria. Así, las medidas de protección previstas en el marco de la tutela suponen la separación del menor de su familia y, por tanto, la privación de la guarda a los padres o tutor privado. En cambio, las medidas administrativas de asistencia a los menores en situación de riesgo se aplican, como se ha visto, en el propio entorno socio-familiar del menor. El principio de integración familiar o de prioridad de la familia natural exige e impone una interpretación restrictiva del concepto de desamparo. Por ello, las Administraciones públicas competentes están obligadas a detectar e intervenir en situaciones de riesgo con el fin, precisamente, de prevenir el posible desamparo[457].

---

[455] Ver a este respecto lo señalado en el Capítulo III de este trabajo, al examinar los principios rectores de la actuación pública en materia de menores.

[456] Arts. 12 y 17 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

[457] Sin embargo, en Cataluña se produce una situación peculiar. La actual Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, no ha tenido en cuenta la distinción entre situaciones de riesgo y situaciones de desamparo. Por ello, contempla como una medida de protección aplicable en el marco de la tutela administrativa de los menores desamparados "la atención en la propia familia". Ahora bien, dado que es posible la atención en la propia familia se pondría de relieve la improcedencia de declarar el desamparo y asumir la tutela. La aplicación restrictiva del concepto de desamparo, y la distinción con la situación de riesgo, suponen que las medidas de asistencia en el propio entorno familiar del menor no requieran la asunción de la tutela por la Administración con la consiguiente suspensión de la patria potestad. No tiene sentido que quedando la patria potestad en suspenso, la Administración que tiene la tutela y es responsable de la guarda del menor atribuya ésta a los propios padres. De forma reciente (abril 2006), se ha publicado por el Departamento de Bienestar y Familia un documento de Bases para la elaboración de una nueva Ley de infancia, en el que se apunta la necesidad de que la Ley distinga entre riesgo y desamparo.

> En el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de enero de 1992 (AC 1992\78), manifiesta el Tribunal que "la privación de la necesaria asistencia moral material de los menores que es presupuesto de la situación de desamparo, ha de apreciarse con una cierta *interpretación restrictiva*, de tal manera que sólo se estime cuando no se lleguen a cumplir unos mínimos de atención exigidos por la conciencia social más común". El Tribunal tiene en cuenta que la relación de los padres con los hijos es beneficiosa para éstos y, en cambio, el desamparo y consiguiente tutela de la Administración implica cierto distanciamiento. En el mismo sentido se expresa el Tribunal en el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 2 de mayo 2002 (JUR 2002\174019), al afirmar que "la declaración de desamparo ha de merecer una *interpretación restrictiva*, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales" lo que entronca "directamente con el principio de prioridad de la propia familia natural" proclamado en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño[458].

Por tanto, la delimitación entre situaciones de riesgo y desamparo es fundamental, ya que es muy distinto el alcance e intensidad de la intervención administrativa en uno u otro caso y también las consecuencias para el menor y su familia. Ahora bien, lo cierto es que no siempre es fácil establecer el límite entre una u otra situación de desprotección.

B) *La delimitación de las situaciones de desamparo y riesgo*

La situación de riesgo y la de desamparo tienen en común que, en ambos casos, el menor no recibe la atención y cuidados necesarios para su adecuado desarrollo personal y/o social. Ahora bien, como se ha dicho, la dificultad está en delimitar una y otra situación de desprotección[459]. Para ello deberán tenerse en cuenta diversos factores: por un lado, el tipo y características de la desprotección; por otra parte, las circunstancias del propio menor; y, además, las características del entorno socio-familiar.

---

[458] En el mismo sentido se pronuncian, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 5 de diciembre 2002 (JUR 2003\66876); la Sentencia Audiencia Provincial de Burgos de 3 diciembre 2002 (JUR 2003\43091); la Sentencia Audiencia Provincial de Valencia de 16 diciembre 2002 (JUR 2003\54088); la Sentencia de la Audiencia provincial de León de 16 de enero 2003 (JUR 2003\114565); el Auto Audiencia Provincial de Valencia de 24 de marzo 2003 (JUR 2003\142319); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre 2002 (JUR 2002\286398); el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio 2002 (JUR 2002\233517); el Auto de la Audiencia Provincial de Soria de 14 de diciembre 2000 (AC 2001\79466); el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de febrero 2000 (AC 2000\512); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de septiembre de 1999 (AC 1999\6328), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 11 de enero de 1994 (AC 1994\45); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria de 9 de marzo de 1993 (AC 1993\316).

[459] Sobre los aspectos que deben tenerse considerarse a la hora de declarar el desamparo y, por tanto, adoptar medidas que implican la separación del menor de su familia, LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SÁNCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente... cit.*, págs. 149-150.

— En cuanto a las *características de la situación de desprotección, su alcance e intensidad*[460]: la Administración deberá considerar y valorar la gravedad de la situación que padece el menor. Así, quedarían comprendidas en el ámbito del desamparo las siguientes situaciones: 1) los incumplimientos de los deberes legales de protección de carácter *grave;* 2) cuando exista una probabilidad *alta* de que se produzca de forma inmediata un episodio *severo* de malos tratos; 3) cuando la falta o indebido cumplimiento de los deberes de protección supongan un perjuicio *grave* para la salud física, psíquica o el desarrollo emocional del menor. 4) cuando la falta o la indebida atención al menor sea *frecuente* y exista un patrón *crónico* de violencia en la dinámica familiar.

— En cuanto a las *características del menor,* para calificar la situación de desprotección como desamparo, se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias[461]: 1) cuando se trate de un menor que no tengan capacidad para autoprotegerse y buscar ayuda; 2) cuando el menor no sea visible en su entorno, porque sea de corta edad o porque no esté escolarizado; 3) cuando el menor no mantenga una relación positiva y segura con algún miembro de su entorno familiar; 4) cuando presente un desarrollo físico o psíquico inadecuado; 5) cuando presente problemas emocionales y conductuales graves.

— Además, deberán considerarse las *características del entorno socio-familiar del menor*[462]. En especial, se tendrá en cuenta si la familia reconoce o admite la situación y se muestra o no dispuesta a colaborar con la Administración en la neutralización de los factores que han conducido a la desprotección del menor. Así, se enmarcarían en el ámbito del desamparo: 1) aquellas situaciones en que la familia no reconoce la existencia de problemas, niega la situación o no se muestra dispuesta a colaborar; 2) cuando el menor no pueda ser protegido adecuadamente mediante medidas de asistencia en el propio entorno familiar o estás se hayan mostrado ineficaces.

---

[460] En el Reglamento de medidas de protección jurídica del menor, aprobado por Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo, se califican como situación de desamparo "la negligencia en la atención física, psíquica o educativa del menor por parte de sus padres, tutores o guardadores, cuando las omisiones en el cuidado del menor sean *sistemáticas o graves*" y "la utilización, por parte de los padres, tutores o guardadores, del abuso físico o emocional hacia el menor, con episodios *graves* de maltrato, o la existencia de un patrón *crónico* de violencia en la dinámica relacional de aquél" (art. 24.1 y 2).

[461] El Reglamento valenciano de medidas de protección del menor, citado en la nota anterior, califica como situaciones de desamparo "aquellas perjudiciales para el desarrollo físico, psíquico o emocional, en las cuales *el menor no dispone de una satisfactoria y adecuada relación con algún familiar, o bien su edad, estatus físico, cognitivo, emocional o temperamental limitan su capacidad de autoprotección ante las mismas*" (art. 24.3).

[462] Así, en el Reglamento a que se hace referencia en las dos notas anteriores se contempla como situación de desamparo aquellas situaciones "de precariedad, dificultad de afrontamiento de la realidad social, dificultades parentales y relacionales u otras potencialmente perjudiciales para el menor, en las que no se cuenta con el consentimiento y colaboración de los padres, tutores o guardadores para su superación, no pudiéndose abordar las mismas desde los recursos generales o especializados disponibles en la comunidad con el menor integrado en la familia".

La ley de Cantabria 1/2004, de 1 de abril, para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas, en el art. 25 prevé la intervención de la Administración autonómica respecto de la víctima de violencia con menores a su cargo. La Administración deberá realizar un seguimiento de la situación en el propio entorno familiar y, en su caso, podrá declarar el desamparo del menor en aquellos casos en que, apreciada una situación de riesgo, la mujer víctima de la violencia de género no colabore en la tramitación y resolución de la orden de protección y alejamiento del agresor para la mujer y sus hijos.

4. Elementos y características de la situación de desamparo

A) *Los requisitos del desamparo. La cuestión del desamparo de los menores emancipados y los habilitados de edad*

a) Los requisitos del desamparo

El desamparo, como se ha visto, se caracteriza por ser una situación de hecho en la que faltan al menor los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad, como consecuencia de que los responsables de su guarda no han ejercido o no lo han hecho debidamente sus funciones legales de protección. En nuestro Ordenamiento, el menor desamparado sería un menor sujeto a la patria potestad o la tutela civil y, por tanto, existen unas personas legalmente responsables de su guarda obligadas a hacer efectivo su derecho a recibir asistencia y protección. Según hemos examinado anteriormente, tanto el Código Civil (art. 172), como las diversas normas autonómicas, sitúan el origen del desamparo en el incumplimiento o inadecuado ejercicio de las obligaciones de protección establecidas por las leyes para la guarda de los menores.

Por ello, a la hora de caracterizar la situación de desamparo los Tribunales han contemplado la concurrencia de dos requisitos. Uno de carácter *objetivo*: el menor se encuentra efectivamente privado de la necesaria asistencia moral o material, esto es, padece una situación objetiva de falta de asistencia o protección. El otro requisito, de carácter *subjetivo*: el incumplimiento o inadecuado cumplimiento por parte de los responsables legales de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores. Los Tribunales se han referido, asimismo, a la existencia de un *nexo causal* entre el incumplimiento de los deberes y la situación de falta de asistencia y protección del menor.

Los Tribunales, en el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 19 de mayo 2001 (JUR 2001\303272), declaran que las características que definen al desamparo son sustancialmente tres: a) *el incumplimiento de los deberes de protección; b) la privación de la necesaria asistencia moral o material del menor; y c) un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes y la privación de la asistencia"*. El Tribunal precisa que el incumplimiento de deberes de refiere a "los deberes de protección establecidos por las Leyes para la guarda de los menores, es

> decir, *los relativos a la esfera personal del menor*", esto es, aquellos que integran el contenido personal de la patria potestad "velar por el menor; tenerle en su compañía; alimentarlo y educarlo procurándole una formación integral"[463].
>
> Por otra parte, en el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, de 22 de julio 2002 (JUR 2002\233517), se declara que el desamparo es "una situación de hecho que requiere la *concurrencia de dos requisitos, uno de carácter marcadamente objetivo, como es la privación de la necesaria asistencia, y otro predominantemente subjetivo, como es el incumplimiento o el inadecuado ejercicio de los deberes de guarda por aquellos que tienen atribuida la custodia del menor*. Ello no obstante, este último requisito también se objetiviza cuando se el supuesto de imposibilidad del ejercicio de los deberes de protección por quienes están llamados a llevarlos a cabo. Existe también una cierta unanimidad sobre que el incumplimiento de los deberes de protección ha de revestir la suficiente gravedad como para que la entidad pública pueda declarar el desamparo y asumir la tutela automática"[464].

En efecto, como se ha puesto de relieve, los padres o tutores son los primeramente responsables de los deberes legales de guarda, aquellos de contenido personal inherentes a la patria potestad o la tutela civil: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos en su sentido más amplio[465], educarlos y procurarles una formación integral. Así, en buena lógica, la única razón por la que el menor podrá encontrarse en situación de desprotección es porque falten las personas a las que corresponde ejercer las funciones de guarda o porque estas personas no cumplan o no lo hagan debidamente con los deberes de protección que las leyes les encomiendan. Por ello, el legislador contempla como situación que origina el desamparo, la falta o inadecuado cumplimiento de los deberes legales de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores. Ahora bien, según se ha dicho, lo realmente importante es el *resultado* que se produce como consecuencia de la falta o indebido cumplimiento de los deberes de protección.

> La Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 3 de diciembre 2002 (JUR 2003\43091), establece que sólo procederá el desamparo cuando concurran las siguientes circunstancias "1ª. Una omisión o ejercicio inadecuado por parte de los padres o tutores de sus deberes de protección y 2ª Un *resultado*: que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral o material. De suerte que siempre que nos encontremos a un menor privado de la necesaria asistencia moral o material *se presumirá* que existe una omisión o ejercicio inadecuado de los deberes de protección y resultará indiferente si esa omisión o ejercicio inadecuado es im-

[463] En el mismo sentido se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 24 de septiembre 2002 (JUR 2003\8154) o el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23 noviembre 1999 (AC 1999\8672).

[464] El propio Tribunal considera que "en los casos en que el menor no cuente con la debida asistencia, pero no pueda imputarse a falta o negligencia grave en el ejercicio de los deberes de guarda, o imposibilidad de realizarla, la situación no deberá calificarse como de desamparo, sino como de riesgo".

[465] El art. 142 del Código Civil entiende por alimentos "todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista". En Cataluña, art. 259 del Código de Familia.

> putable a los padres o tutores o a circunstancias de hecho ajenas a ellos que lo impidan, ya que la ley expresamente prevé que existirá desamparo aunque el cumplimiento por los padres o tutores de los deberes de protección sea imposible. No se trata de si los padres son o no responsables de esa situación de desamparo, si no solo de si esa situación existe, y existirá si el menor está privado de la necesaria asistencia moral o material".

Por ello, se deberá examinar la situación del menor, verificar si recibe la asistencia y atención necesaria para su adecuada formación y desarrollo, comprobar si su evolución física psíquica o social se ve perjudicada. Como veremos, la exigencia de que, en todo caso, concurran los referidos requisitos objetivo, subjetivo y el nexo causal entre uno y otro, se ha de relativizar, ya que podemos encontrarnos ante una situación de desamparo y, sin embargo, no concurrir cada uno de los referidos elementos.

Así, según se pone de relieve más adelante, existen ciertos casos en que la Administración competente deberá declarar el desamparo y, sin embargo, el menor no padece en aquel momento una situación de efectiva desprotección. Esto último acontecería cuando hubiera un guardador de hecho; también en el supuesto de desamparo potencial, o cuando la Administración que había asumido la guarda dispone la tutela al no concurrir los presupuestos que justifiquen proseguir con la guarda administrativa.

Por las referidas razones, construir el concepto legal de desamparo sobre la rígida base de la exigencia de dos requisitos —el objetivo, el subjetivo y el nexo causal— plantea problemas. Este camino podría llevar a situaciones en las que el derecho del menor en situación de desamparo a la asistencia y protección pública quedara desvirtuado. En el Derecho continental existe una tradición conceptual que embarca a los juristas en la tarea de elaborar categorías y conceptos y describir su estructura y naturaleza. Sin embargo, en materia de protección de menores, el jurista no puede perder de vista que lo esencial es el fin social perseguido por la norma. En la interpretación y aplicación del Derecho, el método dogmático o conceptualismo debe dar paso al método finalista y al sociologismo jurídico. En el ámbito de la infancia y adolescencia, los poderes públicos deben garantizar en todo caso el interés superior del menor y, por ello, se impone a las Administraciones la obligación de brindar protección a los que se encuentren desamparados.

b) La cuestión del desamparo de los menores emancipados y los habilitados de edad

La elaboración del concepto de desamparo sobre la base de la exigencia de un requisito subjetivo, uno objetivo y un nexo causal entre los mismos —como se ha dicho— plantea problemas. Así sucede a la hora de calificar

como desamparo la situación de efectiva desprotección de los menores emancipados o los habilitados de edad[466]. La emancipación supone la extinción de la patria potestad y la habilitación de edad la extinción de la tutela civil. Por tanto, en el caso de los menores emancipados y los habilitados de edad no existen personas legalmente responsables de su guarda. De forma que en estos casos no podría concurrir uno de los requisitos del desamparo: el requisito subjetivo, la falta de cumplimiento por los responsables del menor de los deberes legales de protección. Ahora bien, es claro que pueden encontrarse en una situación de efectiva y grave desprotección. ¿Cuál es entonces la vía a través de la cual las Administraciones públicas deben hacer efectivo el derecho de estos menores a la asistencia y protección pública?

Los menores emancipados o habilitados de edad siguen siendo menores. La emancipación o la habilitación edad no suponen la adquisición de la mayoría de edad. Además, nuestro Ordenamiento reconoce a todos los menores los mismos derechos. Los Estados Partes de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, entre ellos España, se han comprometido a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar y con este fin deberán adoptarár todas las medidas legislativas y administrativas que sean necesarias (art. 3.2). Por otra parte, a los efectos de la Convención se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años (art. 1). De igual modo se manifiestan el legislador estatal y los autonómicos en las respectivas leyes sobre protección de menores. Además, debe tenerse en cuenta que el principio del interés superior del menor supone que las normas jurídicas deben interpretarse en la línea de favorecer al menor[467]. En consecuencia, ya sea a través del instrumento legal de la tutela o por cualquier otra vía, las Administraciones competentes deberán brindar asistencia y protección a los menores emancipados que se encuentren en una situación objetiva de desamparo.

La figura de la tutela administrativa de los menores desamparos, tal como ha sido configurada legalmente, parece no estar concebida ciertamente para brindar protección a los menores emancipados. El legislador estatal pasó por alto la posible situación de emancipación. Ahora bien, las Administraciones competentes deberán actuar en caso de verificar que un menor emancipado se encuentra en situación de desamparo social. Esto es, cuando constaten que su desarrollo físico, psíquico o social se ve perjudicado. Sin embargo, sería oportuno que el legislador contemplara expresamente esta situación y previera los cauces más adecuados para brindar asistencia y protección a estos meno-

[466] Esta cuestión ha sido planteada anteriormente al analizar —en el Capítulo III de esta obra— la condición de menor y, en concreto, la cuestión de la protección pública de los menores emancipados y habilitados de edad.

[467] Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en la STS de 20 de abril de 1987 (Ar. 2727).

res, en atención a sus especiales circunstancias[468]. En cualquier caso, la situación de estos menores podrá ser calificada como de riesgo y, por tanto, las Administraciones competentes tienen la obligación de adoptar las oportunas medidas de asistencia y protección.

Por otra parte, también puede suceder, como veremos a continuación, que concurra el elemento subjetivo del desamparo y, sin embargo, no se de el elemento objetivo. Esto es, que los responsables legales del menor no cumplan sus deberes legales de protección y, sin embargo, no se produzca una situación de hecho de desprotección porque un guardador de hecho brinde asistencia al menor.

B) *El carácter objetivo de la situación de desamparo. La cuestión del guardador de hecho*

a) *El carácter objetivo del desamparo*

El desamparo ha sido caracterizado legalmente como una situación objetiva, una situación de hecho, de efectiva y real desprotección[469]. Uno de los requisitos del concepto del desamparo es, como se ha dicho, el requisito objetivo o de efectiva situación de desprotección que padece el menor. Así, el Código Civil define el desamparo como una "*situación de hecho*" en la que se encuentra el menor privado de la necesaria asistencia moral o material (art. 172). De forma similar, el legislador catalán ha calificado el desamparo como la *situación de hecho* en la que se encuentra el menor al que faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad[470]. Aunque el legislador estatal ha puesto el acento en la causa y el catalán en el resultado,

[468] Así, por ejemplo, el menor que ha contraído matrimonio y, por tanto, ha obtenido la emancipación (art. 316 del Código Civil) podrá encontrarse en una situación de desamparo social. En este caso, se hace difícil pensar la conveniencia de aplicar las medidas de protección previstas en el marco de la tutela administrativa e incluso la propia figura de la tutela de la Administración. Ahora bien, estos menores tienen derecho a la asistencia y protección que deberá quedar asegurada de uno u otro modo. En estos casos será esencial la intervención de los servicios sociales que podrán actuar en el propio entorno familiar.

[469] Del mismo modo se pronuncian expresamente los Tribunales en diversas resoluciones, entre muchas otras, Sentencia Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre 2002 (JUR 2002\286398), Auto Audiencia Provincial de Cádiz de 17 de mayo 2002 (AC 2002\1225), Auto Audiencia Provincial de Toledo de 2 de mayo 2002 (JUR 2002\174019), Auto Audiencia Provincial de Soria de 14 de diciembre 2000 (JUR 2001\79466) o Auto Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de septiembre de 1999 (AC 1999\6328). Ver, asimismo, BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo... cit.*, págs. 27-28 y 61 y ss.

[470] Art. 164.1 de la Ley catalán 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. El legislador catalán ya había afirmado, en la Exposición de Motivos de la Ley 37/1991, sobre medidas de protección de los menores desamparados, que "se considera desamparado al menor que se halla en una *situación de hecho* en la cual le faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad, prescindiendo de la causa de esta situación"

en ambos casos el desamparo ha sido caracterizado como una situación de hecho, de efectiva y real desprotección[471].

Por tanto, para declarar el desamparo la Administración deberá considerar, verificar y valorar las condiciones y circunstancias reales del menor, quedando en segundo plano las causas que han conducido a aquella situación. El desamparo generalmente tendrá su origen en la falta o indebido cumplimiento de los deberes legales de protección por parte de los responsables del menor. Sin embargo, el Ordenamiento atribuye a la Administración esta potestad para actuar en interés del menor, para brindarle asistencia y protección, no para perseguir o sancionar la conducta de los padres o tutores. Así, a la hora de declarar el desamparo lo definitivo es la situación objetiva del menor y no el comportamiento de sus padres o tutores; aunque esta última cuestión deberá ser considerada por la Administración en el momento de acordar la medida de protección más adecuada para el menor tutelado y, en su caso, el régimen de visitas. La tutela administrativa es un instrumento para la protección y asistencia de los menores desamparados; y no un mecanismo para sancionar o castigar a los padres o tutores que no han cumplido debidamente las obligaciones legales de protección.

b) La guarda de hecho de los menores desamparados

Pues bien, teniendo en cuenta que el desamparo constituye una situación de hecho, un sector de la doctrina civil considera que esta situación no concurrirá necesariamente cuando un tercero ha asumido la guarda de hecho de un menor que se encontraba desamparado. En la medida que el guardador de hecho brinde al menor la asistencia que garantice su protección, algunos autores consideran que no se produciría la situación que caracteriza el desamparo. El menor no carecería de los elementos esenciales para el desarrollo integral de su personalidad. Sin embargo, lo cierto es que los *responsables legales* del menor faltarían, o no estarían cumpliendo sus deberes legales de protección. De modo que, concurriendo el elemento subjetivo del desamparo, faltaría el elemento objetivo. Aunque se produce la *causa* que generalmente da lugar a la situación de desamparo no se produce efectivamente el *resultado*, debido a la intervención del guardador de hecho.

En estos casos, una parte de la doctrina considera que la situación de desamparo no se produce y, por tanto, la Administración no debería intervenir

[471] Así, según se afirma en la Sentencia Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre 2002 (JUR 2002\286398), el desamparo debe deducirse de hechos concretos y no de valoraciones o juicios generales de conducta. Ver, asimismo, Sentencia Audiencia Provincial de Burgos de 3 diciembre 2002 (JUR 2003\43091).

y asumir la tutela del menor[472]. Sin embargo, el menor desamparado acogido por un guardador de hecho se encuentra en una situación precaria. El guardador de hecho no está legalmente obligado a asumir la guarda del menor, a brindarle asistencia y protección. Por ello, en estos casos el menor no tiene debidamente garantizado su derecho a la asistencia y protección. De forma que la Administración no podrá ser ajena a estas situaciones[473]. Por otra parte, la guarda de hecho incontrolada podría llegar a favorecer el tráfico de menores[474].

> El Código Civil no recoge un concepto de guarda de hecho, ni indica las situaciones que la conforman[475]. En cambio, en Cataluña el legislador ha incorporado la figura de la guarda de hecho al Código de Familia y brinda un concepto de la misma El art. 253 dispone que "el guardador o guardadora de hecho es la persona física o jurídica que tiene acogido *transitoriamente* un menor que ha estado

[472] Vid. PÉREZ ALVAREZ, Miguel Ángel, "Sobre el desamparo y la tutela administrativa", en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 1º, Barcelona, 1992, págs. 690-693; BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo... cit.*, págs. 64-65; DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, "Tutela administrativa de menores en situación de desamparo en el Código civil español", en *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas. X Congreso internacional de Derecho de Familia*, Ponencias Comisión II, Argentina, 1998, pág. 413.

[473] Así, la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, considera que el menor está desamparado "cuando faltan las personas a las cuales *por ley* corresponde ejercer las funciones de guarda". Supuesto que concurre cuando el menor ha sido acogido por un guardador de hecho.

[474] En la actualidad, los supuestos de guarda de hecho se ha incrementado como consecuencia de la inmigración. En algunos casos, mujeres o parejas que han entrado de forma irregular en nuestro país dejan a los menores en manos de un guardador de hecho. De este modo se pueden producir situaciones próximas al tráfico de menores que es necesario evitar. Ver en este sentido la noticia publicada en el Diario del Derecho de *Iustel* (el 13 de abril de 2004), que se hace eco de una Sentencia de 8 de marzo de 2004, del Juzgado nº 4 de Cádiz (nº 505/02), en la que se reafirma la tutela administrativa de la Junta de Andalucía pero se acuerda que los guardadores de hecho asuman el acogimiento de los menores; en la misma Sentencia se critica la "pasividad de los poderes públicos" ante los numerosos casos de niños hijos de inmigrantes que son recogidos por familias del Campo de Gibraltar que se hacen cargo de ellos como "guardadores de hecho", ante la imposibilidad de los padres para cuidarlos. La Juez, ante esta circunstancia, aprecia la necesidad de que la Junta y la Fiscalía adopten medidas para controlar las posibles irregularidades o actuaciones delictivas en la asunción de estas guardas de hecho. Ver, asimismo, la Sentencia de la sección primera de la Audiencia Provincial de Cádiz (juicio nº 502/2002), de 22 de diciembre de 2004, rollo de apelación nº 133/2004.

[475] Aunque diversos preceptos hacen referencia a esta figura, ver los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil. Sin embargo, no fue contemplada por el Código Civil hasta la reforma de la Ley 13/1983, de 24 de octubre. Ahora bien, en la práctica existían supuestos de guarda de hecho. Es más, el propio legislador había contemplado su existencia al regular en materia de menores la acción tutelar pública. Así, el Reglamento para la ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1949, en su art. 82 contemplaba expresamente la existencia de un guardador de hecho: este precepto establecía que cuando se comprobare la existencia de un hecho de los dan lugar a la suspensión del derecho a la guarda y educación del menor y, la asunción de la consiguiente acción tutelar por los Tribunales, pero no fuera necesario declarar la referida suspensión "por tratarse de un *guardador de hecho* que no esté investido de tal facultad, el Tribunal podrá ordenar que el menor sea retirado de su compañía y adoptar, además, las medidas que estime necesarias de internamiento o colocación en familia".

> desamparado por aquella o aquellas personas que tienen el deber de asumir su cuidado, o cualquier otra persona que, por razón de sus circunstancias personales, puede ser declarada incapaz o sujeta a curatela". En el art. 254 se establece que la persona que ejerza la guarda de hecho de un menor *deberá comunicar esta situación al organismo competente en materia de protección de menores* (en el anteproyecto de Ley por el que se aprueba el Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (abril 2006) se establece un plazo de setenta y horas para realizar esta comunicación (art. 225.2).

La guarda de hecho se caracteriza por ser una situación *transitoria*. El guardador asume la asistencia del menor de manera eventual, en tanto se procede a la constitución de la tutela civil o, en su caso, a la tutela de la Administración[476]. La ley no atribuye al guardador de hecho la obligación de brindar asistencia y protección al menor. Por ello, el Código Civil dispone en su art. 229 que el guardador está obligado a promover la tutela civil menor. En el mismo sentido se pronuncia el legislador catalán en el art. 183.1 del Código de Familia[477].

Así, en principio, las situaciones de guarda de hecho deberían derivar en la constitución de la tutela civil u ordinaria. Esta tutela civil podría constituirse incluso a favor del guardador de hecho. Ahora bien, según resulta, tanto del Código civil a nivel estatal (art. 222), como del Código de Familia en Cataluña (art. 170 a), la constitución de la tutela civil sólo es posible cuando ninguno de los dos progenitores tiene la titularidad de la patria potestad. En consecuencia, en aquellos casos que los propios padres o alguno de los progenitores hubieran dejado al menor con el guardador de hecho no parece posible establecer a favor del mismo la tutela ordinaria.

La constitución de la tutela civil a favor del guardador del hecho sólo será posible cuando concurra el hecho que la motiva. En el supuesto que el guardador de hecho fuera una de las personas que puede asumir la tutela civil, la autoridad judicial podría designarle como tutor. Asimismo, la Administración o el Ministerio Fiscal podrían promover la constitución de la tutela civil a favor de la persona que ha actuado de guardador de hecho de un menor des-

[476] Así se pone de relieve en la obra coordinada por BADOSA COLL, Ferran, *Compedi de Dret Civil Català*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, pág. 366. Sobre las diferencias entre la guarda de hecho y la delegación de facultades parentales, HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, *El acogimiento convencional de menores*, Montecorvo, Madrid, 2002, págs. 123 y 164 y ss. En el Anteproyecto de Libro Segundo de Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia (publicado en abril de 2006), se regula en el art. 236-13 la delegación de la guarda: "los progenitores conjuntamente, o aquel que tenga atribuido el ejercicio de la potestad, pueden delegar la guarda del hijo o hija menor, si existe un motivo suficiente, y no perjudica la persona menor, con tal que los progenitores mantengan un control efectivo del ejercicio de la guarda por la persona delegada. Esta delegación de la guarda deberá formalizarse en documento público".

[477] La autoridad judicial podría nombrar tutor civil a las personas que habían asumido la guarda de hecho del menor. Ver a este respecto el Auto Audiencia Provincial de Asturias de 12 de noviembre 2002 (JUR 2003\91361).

amparado[478]. En el caso de que el menor hubiera sido previamente declarado desamparado y la Administración hubiera asumido las funciones tutelares, con la constitución de la tutela civil quedaría extinguida la tutela de la Administración[479].

En definitiva, como se ha visto, las necesidades básicas del menor acogido por un guardador de hecho quedarían cubiertas sólo de manera eventual o transitoria. Su situación de protección es precaria. En cualquier momento el guardador de hecho puede dejar de asumir el cuidado del menor, pues no tiene ninguna obligación legal respecto al mismo. Aunque el menor no padece una situación actual de desamparo —el *resultado* derivado la falta de las personas que por ley corresponde ejercer las funciones de guarda— esta situación puede acontecer en cualquier momento. Faltan las personas a las que la ley atribuye la guarda del menor y, por otra parte, el guardador de hecho no está legalmente obligado a velar por el menor.

Por todo ello, resulta muy oportuna la previsión del art. 254 del Código de Familia de Cataluña, que impone al guardador de hecho el deber de notificar a la Administración competente en materia de protección de menores, el hecho del acogimiento de un menor que se encontraba desamparado[480]. El guardador de hecho deberá comunicar a la Administración competente en materia de protección de menores la existencia de la guarda de un menor desamparado y las circunstancias del menor y su familia. La Administración asumirá entonces, cuando las circunstancias así lo requieran, la tutela del menor y, en su caso, podrá adoptar como medida de protección el acogimiento familiar a favor de la persona o familia que hasta ese momento había asumi-

[478] Arts. 228, 229 y 239 del Código Civil y, en Cataluña, art. 183 del Código de Familia y art. 3 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

[479] Como se ha dicho, es necesario evitar a toda costa el tráfico de menores pero también debiera evitarse el "trasiego de menores". Por ello, se tratará de favorecer la permanencia del menor con el guardador de hecho siempre que sea lo más conveniente para el interés superior del menor. De forma que el guardador de hecho podría pasar a ser tutor civil o la persona o familia acogedora del menor tutelado por la Administración. Vid. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de octubre de 1993", *CCJC* nº 34, 1994, pág. 85.

[480] Como se ha señalado con anterioridad, en el Anteproyecto de Ley por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (abril 2006), se prevé la obligación del guardador de hecho de comunicar esta situación a la entidad pública competente en materia de protección de menores o a la autoridad judicial, en el plazo de setenta y dos horas desde el inicio de la guarda. Por otra parte, se había planteado vincular a esta comunicación el reconocimiento al guardador de legitimación para complementar la capacidad de obrar del menor para ejercitar aquellos derechos dirigidos a garantizar el pleno desarrollo de su personalidad (por ejemplo, matriculación en el colegio, solicitar atención sanitaria o de los servicios sociales, entre otras); de esta forma, el guardador de hecho que ha notificado la situación, dentro del plazo legalmente previsto, ostentaría de forma temporal la representación legal del menor para realizar ciertas actuaciones inherentes al ejercicio de la guarda. No obstante, esta previsión no ha sido incorporado al Anteproyecto de Ley citado.

do la guarda de hecho[481]. De este modo, la persona o familia acogedora pasaría a tener legalmente atribuidas las funciones de guarda y, por tanto, la efectiva responsabilidad de asistir y brindar protección al menor. Así como su representación legal[482].

No obstante, cuando resulte procedente, una vez conocida por la Administración la existencia de una guarda de hecho, también podría proceder a instar la privación de la patria potestad a los padres y el establecimiento de la tutela civil a favor del guardador.

C) *La situación de desamparo potencial*

El concepto de desamparo, como ya se ha dicho, ha sido construido por los Tribunales sobre la base de la exigencia de dos requisitos: el objetivo, el subjetivo y un nexo causal entre uno y otro[483]. Sin embargo, se ha puesto de relieve que, en la realidad, existen casos de desamparo en que estos presupuestos no concurren. Aunque de forma general la situación de desamparo se caracterizará por la presencia de dichos requisitos, no siempre sucederá así. Por ello, la rígida elaboración del concepto de desamparo sobre la base de los referidos requisitos, dejaría sin protección a muchos menores que no tendrían debidamente garantizado su derecho a recibirla. De forma que la Administración competente, a la hora de declarar el desamparo, deberá considerar el conjunto de circunstancias que rodean al menor.

Así, de forma general, el desamparo se caracteriza por ser una situación de hecho, de efectiva y real desprotección, producida por la falta o inadecuado cumplimiento de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores y caracterizada porque el menor se ve privado de los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad. Sin embargo, en ciertos casos, la Administración competente deberá proceder a declarar el desamparo sin esperar a que llegue a producirse esa situación de hecho. Así sucederá cuando resulte posible o seguro que se produzca de forma inmediata la situación de falta de asistencia o protección. Se trataría del desamparo potencial o futuro.

La situación de desamparo potencial se produce cuando el menor no se encuentra en aquel preciso momento sin asistencia y protección, pero es po-

[481] Ver los arts. 12.2 a) y 22.2 del Decreto 54/1998, de 17 de abril, por el que se regulan las actuaciones de amparo de los menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias.

[482] En la actualidad, uno de los problemas a los que debe hacer frente el guardador de hecho es la representación legal del menor. Lo que supone un obstáculo a la hora de realizar actuaciones en interés del menor.

[483] Sobre el contenido de estos requisitos remito a lo dicho líneas antes en el epígrafe sobre los requisitos del desamparo.

sible o seguro que esta privación acontezca en cualquier momento posterior. El desamparo no se está produciendo en ese momento pero es previsible o seguro que tendrá lugar en el futuro[484]. En general, así sucederá cuando de manera eventual una persona o institución no obligada legalmente a hacerse responsable de menor esté velando por el mismo.

En las Comunidades de Cataluña y la Rioja, el propio legislador ha previsto la existencia de situaciones de futuro desamparo o desamparo potencial. En Cataluña, la Ley impone a la Administración de la Generalitat el deber de adoptar las medidas de protección necesarias del menor "*preventivamente* antes de nacer cuando se prevea claramente la situación de desamparo del futuro bebe". Asimismo, en la Rioja, la Ley ha encomendado a la Administración la adopción de las "medidas necesarias para la protección efectiva de los menores desamparados, *incluso antes de nacer, cuando se prevea claramente que el concebido, cuando nazca, se encontrará en situación de desamparo*"[485].

Por otra parte, la Administración deberá proceder a declarar el desamparo de aquellos menores recién nacidos que sus padres no quieren o no pueden atender. En muchos casos estos menores ni siquiera llegarán a padecer una situación de efectiva desprotección. Es más, así deberá suceder. La Administración declarará el desamparo y asumirá la tutela antes de que el menor llegue a quedar desprotegido. Bien porque el propio centro hospitalario en el que nacen comunica a la Administración competente la situación de desamparo potencial, bien porque otra persona o institución vela por el menor hasta que la Administración declara el desamparo y asume la tutela.

> Así, por ejemplo, en el supuesto a que se refiere el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 25 de abril de 1997 (AC 1997\903), el propio Centro Hospitalario comunicó a la Administración la conveniencia de que el recién nacido no fuera entregado a su familia y que la Administración asumiera su tutela; la Administración, constatada la situación de desamparo del menor, procedió a asumir su tutela. Asimismo, en el caso contemplado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20 de mayo de 1996 (AC 1996/944), la Administración declara en situación de desamparo y, por tanto, asume la tutela de una menor que tras su nacimiento prematuro no fue recogida por su familia del centro hospitalario. En el caso a que se refiere el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 23 de octubre de 1997 (AC 1997\2277), la Administración procedió a declarar desamparado a un menor que había nacido en un centro de acogida.

Además, según se ha visto en el epígrafe anterior, también podrá suceder que un guardador de hecho esté brindando asistencia a un menor en situación

[484] Vid. DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, "Tutela administrativa...*cit.*, pág. 414.

[485] Art. 2.1 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados; y art. 32.4 de la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores.

de desamparo. Estos casos también podrían quedar enmarcados en la situación de "desamparo potencial", ya que el guardador de hecho no es legalmente responsable del menor. De forma que el menor no tendría debidamente garantizado su derecho a la asistencia y protección. En cualquier momento puede finalizar la guarda de hecho y el menor quedar efectivamente desasistido.

Por otra parte, como veremos, la situación de hecho característica del desamparo y, por tanto, el denominado requisito objetivo tampoco concurre cuando la propia Administración pasa de ejercer la guarda administrativa del menor a declarar el desamparo y asumir su tutela. En efecto, la Administración debe asumir con carácter provisional la guarda del menor cuando así se lo solicitan los padres o tutores que, de manera transitoria, se ven impedidos de cumplir los deberes legales de protección (art. 172.2 del Código Civil y, en Cataluña art. 9 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre). Sin embargo, en aquellos casos en que los padres o tutores se desentiendan absolutamente del menor bajo la guarda de la Administración, o cuando se constate que las circunstancias que les impedían cumplir sus deberes legales de asistencia son irreversibles o han adquirido carácter definitivo, la Administración deberá declarar al menor en situación de desamparo[486]. La declaración de desamparo produce *ex lege* los siguientes efectos: por un lado, la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria, lo que no sucedía con la asunción de la guarda administrativa; por otra parte, la atribución a la Administración de la tutela del menor, que la legitima para adoptar un conjunto de medidas de protección que pueden tener un alcance distinto a las que tienen cabida en el marco de la simple guarda administrativa[487]. Por ello, aunque en las referidas circunstancias no se produce de hecho una situación de efectiva desprotección, ya que la Administración tiene asumida la guarda, los padres o tutores habrían hecho dejación de sus obligaciones legales respecto al menor. De forma que es necesario modificar el estatus del menor, tanto con relación a sus padres o tutores como a la Administración, responsable de garantizarle el derecho a la protección efectiva. Por ello, la Administración deberá proceder a declarar su desamparo y asumir la tutela, con el fin de poder adoptar medidas de protección que garanticen al menor *pro futuro* la estabilidad necesaria para el pleno desarrollo de su personalidad.

D) *El carácter no transitorio, aunque tampoco necesariamente indefinido, de la situación de desamparo. Elemento distintivo de la guarda institucional y la tutela administrativa*

El legislador, ya sea el estatal o el autonómico, no han requerido que la falta o indebido cumplimiento de las funciones de guarda por parte de los

[486] Así lo establece expresamente, por ejemplo, la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (art. 87.1).
[487] Este es el caso de la constitución de la acogida preadoptiva.

responsables legales de los menores —que se encuentra en el origen del desamparo— deba prolongarse durante un plazo determinado de tiempo a fin de que la Administración pueda declarar al menor desamparado y asumir su tutela. En cambio, el derogado art. 174 del Código Civil exigía para apreciar la situación de "abandono" de un menor que "hubieran transcurrido treinta días continuos sin que la madre, padre, tutor u otros familiares del menor se interesen por él de modo efectivo, mediante actos que demuestren su voluntad de asistencia". En el curso de la tramitación parlamentaria de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código Civil, se planteó si en la regulación de la situación de desamparo en el art. 172 debía establecerse un plazo para ser apreciado. La posición que defendía que no era necesario establecer ningún tipo de plazo para poder apreciar el desamparo de un menor fue la que finalmente prevaleció. El desamparo, a diferencia del abandono, no constituye el camino hacia la adopción, no es un requisito para declarar al menor en estado de adoptabilidad, como sucedía con anterioridad a la reforma de 1987.

La declaración administrativa de desamparo comporta la suspensión automática de la patria potestad o la tutela ordinaria y la atribución *ex lege* de la tutela del menor a la Administración. Una vez asumida la tutela del menor, la Administración se encuentra legitimada para adoptar las oportunas medidas de protección, que implican la separación del menor de su núcleo familiar. Pues bien, a estos efectos es indiferente el tiempo durante el cual el menor se ha encontrado en situación de desamparo. Aunque esta cuestión podrá ser relevante en el momento de determinar la aplicación de una u otra clase de medida de protección y, en su caso, podrá condicionar el régimen de visitas con la familia.

Ahora bien, lo cierto es que nuestro Ordenamiento contempla la situación de desamparo que conduce a la tutela administrativa como un estado no meramente circunstancial o temporal, sino con visos de prolongarse en el tiempo. Aunque los factores que han provocado el desamparo no tienen porque ser inalterables, sino que pueden variar en el futuro. Es más, la Administración competente —generalmente los servicios sociales básicos o de atención primaria— deberán intervenir en el medio familiar y adoptar los programas y medidas que permitan neutralizar aquellos factores con el fin de hacer posible la futura reintegración del menor a su familia.

> Así, en el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 25 de abril de 1997 (AC 1997\903), el Tribunal, tras verificar que concurren las circunstancias determinantes de la situación de desamparo, dispone que "las circunstancias de los padres biológicos evidencian una incapacidad *no meramente temporal o circunstancial* para hacerse cargo del cuidado y educación del menor en unas condiciones mínimas". Por ello, concluye que la medida de acogimiento propuesta por la Administración que tiene atribuida la tutela es conforme a Derecho.

El dato que la situación de desamparo no tenga carácter transitorio o meramente temporal es precisamente uno de los elementos que permiten distinguir la figura de la tutela de la Administración del instituto de la guarda asistencial o administrativa.

> En el Auto de la Audiencia Provincial de Soria de 7 de octubre de 1998 (AC 1998\7899), el Tribunal afirma que la "*guarda asistencial presenta una nota esencial de temporalidad... en ello radica fundamentalmente la diferencia con la tutela "ex lege" por desamparo*. Así, podemos decir que si en la guarda la situación es desde su comienzo transitoria y objetivamente reversible, esperándose por tanto desde su inicio la recuperación de la plenitud de las facultades-deberes por parte de sus titulares, en la tutela "ex lege" el hecho que da lugar a la necesidad de protección del menor por la Entidad Pública presenta, desde esa perspectiva objetiva, un carácter más definitivo"

Así, en aquellos casos en que los padres o tutores se ven transitoriamente impedidos de responsabilizarse debidamente de la guarda del menor, pueden solicitar a la Administración competente en materia de protección de menores que asuma la guarda institucional mientras dure aquella situación. En cambio, cuando los padres o tutores se vieran impedidos de cumplir sus obligaciones legales de protección, de forma prolongada en el tiempo o de manera tendencialmente indefinida, la Administración deberá proceder a declarar la situación de desamparo y asumir la tutela del menor[488].

> El art. 172.2 del Código Civil dispone que "cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda *durante el tiempo necesario*". Asimismo, en Cataluña, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de protección de los menores desamparados, establece en su art. 9 que "si el desamparo es debido a fuerza mayor *de carácter transitorio* no es precisa la resolución formal que lo aprecie, y es suficiente para legitimar la intervención del organismo competente la solicitud de los padres o los guardadores. En estos casos, el organismo competente ejercerá sólo la guarda mientras se mantenga aquella situación".

Por tanto, la situación que conduce a la asunción de la guarda administrativa del menor se produciría al concurrir determinadas circunstancias que impiden, de forma transitoria, que los legalmente responsables del menor puedan prestarle la asistencia debida. De forma que, ante la imposibilidad que tendrían los padres o tutor de cumplir sus funciones legales de guarda, solicitarían la colaboración de la Administración que pasaría a asumir la guarda del menor durante el tiempo que dure aquella situación[489].

---

[488] El menor, por supuesto, también se encontraría en situación de desamparo en aquellos casos en que los padres o tutores no cumplieran sus deberes legales de protección, sin preocuparse de solicitar a la Administración que asuma durante el tiempo necesario las funciones inherentes a la guarda.

[489] La figura de la guarda administrativa constituye una vía de colaboración de la Administración con los padres o tutores en el cumplimiento de los deberes legales de guarda, durante el tiempo en que aquellos se vean impedidos de hacerlo por sí mismos. Por ello, sólo

En consecuencia, el carácter transitorio o provisional de la situación que impide a los padres, tutor o guardador prestar al menor la asistencia necesaria, es un elemento esencial de la guarda administrativa. En cambio, entre los factores que determinan el desamparo no concurriría esa nota de provisionalidad. La situación que determina el desamparo no es meramente transitoria o circunstancial. Por ello, en el supuesto que la Administración hubiera asumido la guarda institucional a solicitud de los padres o tutor y, sin embargo, éstos se desentendieran del menor o la situación inicialmente reversible se prolongara indefinidamente en el tiempo, la Administración debería declarar al menor desamparado y asumir su tutela.

Ahora bien, la situación de desamparo del menor, desencadenante de la tutela de la Administración, no ha de tener necesariamente carácter irreversible. Los factores que han determinado la declaración de desamparo pueden variar en el futuro[490]. Es más, una vez asumida por la Administración la tutela del menor desamparado, la Administración competente, a través de los servicios sociales, deberán establecer un plan de asistencia y apoyo familiar con el fin de hacer posible la reintegración del menor con su familia[491]. Así, en el supuesto de que cambiaran las circunstancias y los padres, el tutor u otros obligados legalmente, pudieran cumplir debidamente sus funciones legales de guarda, podrían solicitar a la Administración la extinción de la tutela.

II. LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA APRECIAR Y DECLARAR LA SITUACIÓN DE DESAMPARO: LAS ADMINISTRACIONES AUTONÓMICAS. LA CONSTITUCIÓN JUDICIAL DE LA GUARDA ADMINISTRATIVA

1. La competencia de las Administraciones autonómicas para declarar el desamparo y asumir la tutela

La figura de la tutela administrativa fue incorporada por primera vez a nuestro Ordenamiento por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del Código Civil. Esta Ley brindó la siguiente redacción al art. 172 del Código Civil: "*la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, tiene por ministerio de la ley la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo*". A partir de este mo-

puede constituirse a solicitud de los padres o tutores o por decisión judicial y, a diferencia de la tutela, no es atribuida por la Ley ni puede ser asumida a partir de una decisión de la Administración.

[490] Así se afirma, por ejemplo, en el F.D. primero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 5 de diciembre de 2002 (JUR 2003\66876).

[491] Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de enero de 1998 (AC 1998\2995).

mento, en la doctrina privatista se abre un debate acerca de la autoridad competente para constatar y declarar la situación de desamparo de un menor.

Una parte de la doctrina propugnaba que la situación de desamparo debía ser verificada y declarada por la autoridad judicial[492]. Sin embargo, lo cierto es que del procedimiento de elaboración de la referida Ley y del preámbulo de la misma resultaba que la apreciación del desamparo y consiguiente atribución de la tutela a la entidad pública no correspondía a los Tribunales de justicia, sino a la Administración en cada caso competente[493]. Así, diversos legisladores autonómicos, vigente la redacción del art. 172 brindada por la Ley de 1987, atribuyeron a la respectiva Administración autonómica la competencia para apreciar y declarar la situación de desamparo de los menores[494].

> En aquel momento, los propios Tribunales declaran que la autoridad competente para declarar el desamparo y asumir la tutela del menor es la Administración competente en cada caso. En este sentido, entre otros, el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 25 de abril de 1997 (AC 1997\903).

El propio legislador estatal zanjó la cuestión en el año 1996, al brindar una nueva redacción al art. 172 del Código Civil, que ahora pasaba a decir que "*la entidad pública* a la que en el respetivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, *cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo*, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo..."[495].

---

[492] Sobre esta doctrina, BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo... cit.*, págs. 124-129; IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda asistencial... cit.*, págs. 221 y ss.

[493] Durante el debate del proyecto de Ley en el Congreso, el Grupo Parlamentario Vasco presentó una enmienda que contemplaba la apreciación de la situación de abandono por el juez (núm. 7). Asimismo, el Grupo Parlamentario de Coalición Popular defendió (enmiendas números 43 y 59) que debía corresponder al Juez, a instancia de la entidad pública o del Ministerio Fiscal, la declaración de desamparo. Sin embargo, estas enmiendas fueron rechazadas en el Senado. En cambio, el Grupo Parlamentario Socialista sostuvo que no era necesaria la declaración judicial para apreciar la situación de desamparo. La Ley finalmente aprobada encomienda a las Administraciones competentes la declaración de desamparo de los menores. Vid. BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo... cit.*, págs. 120-121; DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Situaciones de desamparo...*cit.*, págs. 51-52; y en la misma obra PEREZ ALVAREZ, Miguel, "La desprotección social...*cit.*, pág. 25; REBOLLEDO VALERA, Ángel, "Procedimientos judiciales de acogimiento y adopción: la exigencia de consentimientos y su modo de prestación en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* nº 23 (*Protección del menor)*, marzo, 1998, pág. 13; HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, *El acogimiento...cit.*, pág. 75.

[494] En la Comunidad de Madrid, la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (art. 52); en Castilla-La Mancha, el Decreto 143/1990, de 18 de diciembre, sobre normas de procedimiento en materia de protección de menores (art. 12); en Extremadura, la Ley 4/1994, de 24 de noviembre, de protección de los menores (art. 8); en Valencia, la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la infancia (art. 22.2); en Andalucía, el Decreto 281/1988, de 13 de septiembre (art. 2 a) y posteriormente la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor (art. 23.2 y 3); en La Rioja, el Decreto 14/1991, de 18 de abril (art. 7) con posterioridad, la Ley 4/1998, de 18 de marzo, del menor (arts. 47 a 50); en Canarias, el Decreto 103/1994, de 10 de junio (art. 4), con posterioridad la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (art. 48).

[495] La actual redacción proviene de la disposición final 5ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero. Asimismo, el art. 18.1 de esta Ley dispuso que "*cuando la entidad pública com-*

Con anterioridad, en Cataluña, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, ya había atribuido a la Administración de la Generalitat competencia para verificar y, en su caso, declarar el desamparo (art. 1). El art. 3.1 de la Ley establece que *la resolución* administrativa de desamparo comporta la asunción automática por el organismo competente de las funciones tutelares del menor[496]. En concreto, corresponde al Departamento de Bienestar y Familia de la Administración de la Generalitat, a través de la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia, la competencia para tramitar y resolver el procedimiento de declaración de desamparo y ejercer las funciones tutelares de protección de los menores desamparados[497].

De igual modo, el resto de legisladores autonómicos, en las respectivas leyes sobre protección de menores, han atribuido a la Administración autonómica la competencia para constatar y declarar, cuando sea pertinente, la situación de desamparo de los menores y asumir, por tanto, su tutela[498].

> Los Tribunales han declarado que la tutela administrativa "se denomina *automática* porque se confiere a la entidad pública por disposición de ley, de manera automática, es decir, *sin necesidad de intervención judicial previa* (sin ser constitui-

petente considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el art. 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquel..".

[496] Asimismo, con posterioridad, la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, en el art. 164.1 dice que "la *resolución* de desamparo de la persona menor... comporta la asunción automática por la entidad pública de las funciones tutelares sobre el menor".

[497] Así resulta de la interpretación sistemática del art. 1 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparos, en relación con los arts. 1 y ss. del Reglamento de protección de los menores desamparados aprobado por Decreto 2/1997, de 7 de enero y el Decreto 243/2005, de 8 de noviembre, de modificación parcial de la estructura del Departamento de Bienestar y Familia (art. 1.1 c).

[498] En este sentido, la Ley de Extremadura 4/1994, de 24 de noviembre, de protección de menores (el art. 8 atribuye esta competencia a la Consejería de Bienestar Social). La Ley asturiana 1/1995, de 25 de enero, de protección de menores (en los arts. 4 y 33 a la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales). La Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marco, de la infancia (arts. 23 y 24). La Ley de la Comunidad de las Islas Baleares 7/1995, de 21 de marzo, de protección de menores (los arts. 1,2 y 3 establecen la competencia de la Consejería de Gobernación). La Ley de la Comunidad de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (art. 51). La Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (art. 10.2 h). La Ley gallega 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia (art. 17). La Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 3.1 en relación con el art. 51). La Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención del menor (art. 23). La Ley de la Comunidad de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de protección a la infancia y a la adolescencia (art. 31). La Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (arts. 35 y 37). El Decreto del Gobierno valenciano 93/2001, de 22 de mayo, de medidas de protección jurídica del menor (art. 1 en relación con el art. 33). La Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (art. 61) en relación con el Decreto del Gobierno de Aragón 79/1995, de 18 de abril, que regula el procedimiento de declaración de desamparo e instrumentos de protección (arts. 8.3 y 11). La Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia (art. 125.4 b). La Ley Foral de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (art. 49).

da judicialmente, como es el caso de la tutela ordinaria de menores e incapaces)". No obstante, de forma singular, en Extremadura, el Decreto 139/2002, de 8 de octubre, que regula la organización y funcionamiento de los Centros de Acogida de Menores dependientes de la Consejería de Bienestar Social, además de la tutela administrativa (arts. 33 a 35) y la guarda administrativa (arts. 36 y 37) prevé la denominada *"tutela o guarda judicial"*. Según dispone el art. 38, la tutela o guarda judicial constituye una medida protectora que se acuerda judicialmente en supuestos concretos de menores de edad no emancipados, no sujetos a patria potestad, o que por circunstancias familiares (orfandad, desaparición momentánea de los padres, ingresos en prisión de los padres, separaciones matrimoniales de cónyuges no aptos para el ejercicio de la patria potestad...), queden desasistidos, disponiendo, en su caso, el ingreso del menor en un Centro de Acogida[499]. La tutela o guarda judicial constituye una medida provisional que tiene su fundamento en el art. 158.3 del Código Civil. Por ello, la Administración pública competente deberá incoar el correspondiente expediente de protección, en el que se formalizará la resolución que corresponda (arts. 39 y 40).

De forma general, el organismo de la Administración autonómica al que se atribuye competencia para asumir la tutela de los menores desamparados, actúa tanto en el ámbito de protección a la infancia como en el de la familia. En la mayoría de los casos, las medidas de protección de los menores en situación de desamparo deberán ir acompañadas de medidas de asistencia y apoyo a la familia que hagan posible la reintegración familiar del menor del menor tutelado por la Administración. La asistencia y apoyo a la familia podrá corresponder a los servicios sociales locales o a la propia Administración autonómica. En cualquier caso, para una eficaz protección será fundamental coordinar las intervenciones sobre el propio menor y su entorno familiar. Por ello, parece oportuno que la protección a los menores y la asistencia y apoyo a las familias corresponda a un mismo Departamento[500].

Ahora bien, aunque la competencia para declarar el desamparo y asumir la tutela ha sido atribuida a las Administraciones autonómicas, esta competencia podría ser objeto de delegación en las Administraciones loca-

[499] Ver a este respecto la Sentencia Audiencia Provincial de Madrid de 18 noviembre 2002 (JUR 2003\31421), de la que resulta que el Juez había atribuido a la Administración la tutela provisional de unos menores tras acordar la suspensión de la patria potestad de los progenitores (ver, asimismo, la Sentencia de la Audiencia provincial de Álava de 25 de enero 1999 (AC 1999\245). Desde mi punto de vista, el proceder del Juez no es ajustado a Derecho, ya que el legislador ha atribuido a la Administración la competencia para declarar el desamparo y la Ley vincula a la resolución la atribución de la tutela. En este caso, lo procedente hubiera sido la atribución a la Administración de la guarda provisional de los menores. Sobre esta cuestión ver el epígrafe siguiente.

[500] Así, por ejemplo, las competencias de protección de menores y la de apoyo a las familias han sido atribuidas a un mismo órgano administrativo en Valencia (Dirección General de la Familia, Menor y adopciones), Andalucía (Dirección General de la Infancia y la Familia), Madrid (Comisión de Tutela del Instituto Madrileño del Menor y la Familia). En cambio, en Cataluña se habían atribuido incluso a Departamentos distintos, protección de menores al Departamento de Justicia y familia a Bienestar Social; no obstante, se procedió a realizar una reestructuración y, en la actualidad, la protección de menores corresponde al Departamento de Bienestar y Familia.

les, en general, mediante la celebración de acuerdos o convenios de colaboración[501].

Por tanto, como vemos, la competencia para verificar y declarar el desamparo ha sido atribuida en todo caso a las Administraciones públicas. La autoridad judicial no ostenta en ningún caso competencia para declarar el desamparo de un menor y encomendar la tutela a la Administración. El legislador ha dispuesto que la tutela de la Administración derive *ex lege* de la resolución administrativa de desamparo. Ahora bien, la autoridad judicial podría comunicar a la Administración competente una posible situación de desamparo de la que hubiera tenido conocimiento en el marco de un proceso civil o penal e instarla a tramitar el correspondiente procedimiento dirigido a verificar y, en su caso, declarar esta situación[502].

Nuestro Ordenamiento, según se ha puesto de relieve, no ha contemplado la constitución judicial de la tutela administrativa. En cambio, como veremos a continuación, el legislador estatal sí ha previsto la constitución judicial de la guarda administrativa. Camino que podría desembocar en la declaración por la Administración competente del desamparo y consiguiente tutela administrativa del menor respecto al que la autoridad judicial había dispuesto inicialmente la asunción de la guarda por la Administración.

2. La constitución judicial de la guarda administrativa

El art. 172 del Código Civil contempla dos instrumentos jurídicos para la protección pública de los menores. La tutela de la Administración y la guarda administrativa o institucional. Estas instituciones comparten algunos caracteres pero entre las mismas también existen significativas diferencias.

Así, la tutela de la Administración deriva de forma automática de la resolución administrativa de desamparo e implica, también de manera automática, la suspensión de la patria potestad o la tutela civil; la Administración deviene responsable de los deberes de asistencia y protección propios de la patria potestad o la tutela ordinaria. En cambio, la guarda administrativa o institucional no tiene carácter automático, se constituye a solicitud de los padres o tutores cuando estos no pueden cuidar temporalmente al menor por concu-

[501] En Cataluña, así lo dispone expresamente la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes, en su disposición adicional 1ª. De forma similar, la Ley madrileña 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (art. 81.3). Ver, asimismo, la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia (art. 126.3). Con relación al régimen de la delegación, art. 27 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local.

[502] Así resulta, por ejemplo, de lo establecido en el art. 58 de la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia.

rrir graves circunstancias que lo impiden (art. 172.2). Ahora bien, en ambos casos, la Administración pública se hace legalmente responsable del menor, deviene responsable de los deberes de guarda de contenido personal inherentes a la patria potestad o la tutela ordinaria. Aunque el ejercicio de las funciones de guarda se delegarán en una persona o familia, a través de la aplicación como medida de protección del acogimiento familiar o institucional.

Pues bien, el citado art. 172.2 del Código Civil, además de la guarda asumida por la Administración a solicitud de los responsables del menor, prevé que la guarda administrativa venga determinada por una resolución judicial. En efecto, este precepto dispone que "*asimismo, se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda*". Por otra parte, el art. 19 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, establece que "la entidad pública podrá asumir la guarda en los términos previstos en el artículo 172 del Código civil, cuando los padres o tutores no puedan cuidar de un menor *o cuando lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda*" [503].

Así, la autoridad judicial, "*en los casos en que legalmente proceda*" podrá acordar la guarda del menor a favor de la Administración. Cuáles son estos casos a que hace referencia el precepto. Pues bien, serían aquellos en que el Ordenamiento habilita a la autoridad judicial para intervenir con el fin de prevenir o evitar situaciones de desprotección del menor[504]. Como veremos, el propio Código Civil contempla diversos supuestos de intervención judicial con la finalidad de garantizar la protección del menor que podrían derivar en la guarda administrativa.

El art. 103.1 del Código Civil haría posible la constitución judicial de la guarda administrativa. Este precepto prevé la adopción de medidas provisionales en los procesos de nulidad, separación y divorcio y establece que "*excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados* a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, *a una institución idónea*, confiriéndosele las funciones tutelares que ejercerán bajo la autori-

[503] Este precepto se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado en materia de legislación civil (art. 149.1.8 de la Constitución). Por tanto, se aplicará de forma general, sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil, Foral o Especial (disposición final 21.3 de la LOPJM).

[504] La Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores, dispone en su art. 62.2 que la Administración de la Comunidad Autónoma asumirá la guarda de los menores "cuando así lo acuerde la autoridad judicial en alguno de los casos siguientes: a) en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores; b) como medida provisional en un proceso de nulidad del matrimonio, separación o divorcio; c) como medida cautelar en los procesos de impugnación de la filiación; d) como determinación adoptada dentro de cualquier proceso civil o penal o en un procedimiento de jurisdicción voluntaria por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad o la tutela; e) en todos los demás casos en que la Ley permita la adopción de tal medida".

dad del juez". La referencia "a una institución idónea" permitiría al Juez acordar —como medida provisional y de forma excepcional— la guarda a favor de la Administración competente en materia de protección de menores. Esta medida tiene carácter subsidiario, sólo se acudirá a la Administración cuando no exista una persona idónea —se entiende que física— a quien encomendar el menor. Por otra parte, la referencia que realiza la norma a las "funciones tutelares" debe entenderse en sentido amplio, como funciones tuitivas o protectoras y, por supuesto, no alusiva a la institución de la tutela administrativa. La Administración ejercerá las funciones protectoras o tuitivas bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal (art. 174 del Código Civil)[505].

La guarda administrativa también podría ser acordada judicialmente al amparo del art. 158 del Código Civil por lo que se refiere al ámbito estatal y en Cataluña el art. 134 del Código de Familia[506]. Por otra parte, las medidas y disposiciones previstas en el art. 158 del Código civil también pueden ser acordadas por el Juez en los supuestos de tutela ordinaria o guarda de hecho o de derecho (art. 216 del Código Civil). Estos preceptos prevén que el Juez pueda acordar medidas dirigidas a apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios[507]. Pues bien, entre estas medidas el Juez

[505] De la lectura del propio precepto resulta que la guarda administrativa tendrá carácter subsidiario, ya que será preferible la atribución de la guarda a favor de una persona física, sólo cuando no existe tal persona, se encomendará el menor a una institución. Vid. MAYOR DEL HOYO, Mª Victoria, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Editorial Comares, Granada, 1999, págs. 294-299; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *La nueva adopción... cit.*, págs. 103-104; SEGURA SANCHO, Francisco, "La intervención judicial en la protección de menores, la situación de desamparo, el acogimiento y la adopción", en *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Eds. Santiago ESPIAU y Antoni VAQUER, Marcial Pons, Barcelona, 1999, pág. 222. Ver, asimismo, la Sentencia Audiencia Provincial de Madrid de 18 noviembre 2002 (JUR 2003\31421), aunque de la misma resulta que el Juez encomendó a la Administración la tutela provisional de los menores, en realidad, lo procedente hubiera sido la atribución de la guarda provisional.

[506] El art. 158.2 y 4 del Código Civil establece que "El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 2º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. 4º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios". El precepto añade que "Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria". Por su parte, en Cataluña, el Código de Familia ha dispuesto en el art. 134.1 lo que sigue: "La autoridad judicial, de oficio y en cualquier procedimiento, puede adoptar las medidas que considere oportunas para evitar cualquier perjuicio a la persona de los hijos".En el Anteproyecto de Libro Segundo del Código Civil de Cataluña (publicado en abril 2006), se legitima a los hijos, progenitores, aunque no tengan el ejercicio de la potestad, y otros parientes de los hijos hasta el cuarto grado de consanguinidad y hasta el segundo por afinidad y, en todo caso, al Ministerio Fiscal para solicitar la adopción de estas medidas (art. 236-3.2).

[507] Uno de los casos en que el Juez podría adoptar, al amparo del art. 158 del Cc, medidas de protección y, en concreto, acordar la guarda de la Administración, sería el previsto en el art. 170 del propio Código: cuando los padres fueran privados total o parcialmente de la potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma. Ver el supuesto a que se refiere la Sentencia Audiencia Provincial de Álava de 25 enero 1999 (AC 1999\245), aunque en este caso el Tribunal afirma que deberá entenderse que la Administración "asume la tutela automática, ex art. 172 del Código Civil", lo procedente hubiera sido la constitución judi-

podría disponer la atribución a la Administración competente de la guarda del menor[508].

Una parte de la doctrina privatista afirma que también podría dar lugar a la constitución judicial de la guarda administrativa el supuesto previsto en el art. 1832 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881[509], en relación con los arts. 179 y 180 del Código Civil. El referido precepto habilita al Juez para adoptar las oportunas medidas de protección del menor cuando el adoptante hubiera incurrido en una causa de privación de la patria potestad y quedaré excluido de las funciones tuitivas (art. 179 Cc) o en los supuestos de extinción de la adopción (art. 180 Cc)[510].

La guarda administrativa también podría acordarse judicialmente en el supuesto contemplado en el art. 1903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881[511]. Este precepto habilita a la autoridad judicial para adoptar la medida provisional de custodia del menor o cualquier otra medida de aseguramiento, en los casos de restitución de un menor que hubiera sido objeto de un traslado o retención ilícita al amparo de la normativa internacional. De forma que entre estas medidas cabría la atribución a la Administración de la guarda del menor.

Además, la autoridad judicial también podría disponer la guarda administrativa en aquellos casos en que los padres o responsables del menor, por verse impedidos de asumir su cuidado debido a graves circunstancias, hubieran solicitado a la Administración el establecimiento de la guarda durante el tiempo necesario y ésta hubiera desestimado su solicitud por considerar que no concurren las condiciones. En estos casos, podría acudirse a la autoridad judicial y si esta considera que se dan las circunstancias podría atribuir judicialmente la guarda a la Administración, al amparo de lo dispuesto en el arts. 172.2 *in fine*[512].

---

cial de la guarda administrativa con el fin de que la Administración hubiera dictado, en su caso, la oportuna resolución de desamparo a la que la Ley vincula la atribución automática a la Administración de la tutela del menor; en el caso a que se refiere la Sentencia, dado que el Tribunal había procedido a privar a los padres de la patria potestad, otra de las vías que hubiera sido procedente seguir es constituir a favor de la tía la tutela civil, en lugar de establecer de forma improcedente el acogimiento familiar y la tutela de la Administración.

[508] Vid. MAYOR DEL HOYO, Mª Victoria, *La guarda administrativa...cit.*, págs. 303-305; SEGURA SANCHO, Francisco, "La intervención judicial...*cit.*, pág. 222.

[509] Según resulta de la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, algunos títulos y libros quedan en vigor (entre ellos el Libro III en el que aparece el referido art. 1832) hasta la vigencia de la Ley Concursal y de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria.

[510] Vid. MAYOR DEL HOYO, Mª Victoria, *La guarda administrativa...cit.*, págs. 302, nota 64.

[511] Este precepto queda enmarcado en el Libro III que, según la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se mantiene en vigor hasta la vigencia de la Ley Concursal y de la Jurisdicción Voluntaria.

[512] En el curso de los debates parlamentarios fue realizada está interpretación del art. 172.2 *in fine*. Así, la enmienda nº 27, formulada en el Congreso por Izquierda Unida proponía que,

III. EL CONOCIMIENTO POR LA ADMINISTRACIÓN DE LAS SITUACIONES DE DESAMPARO. LA OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR LAS POSIBLES SITUACIONES DE DESAMPARO

Los padres y tutores, en ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad y la tutela, son los primeramente responsables de la guarda de los menores, de velar por ellos y hacer efectivo su derecho a la crianza y formación. Ahora bien, como se ha visto, las Administraciones públicas no son ajenas a esta tarea. Por un lado, corresponde a las Administraciones colaborar con la familia en el cumplimiento de sus obligaciones legales. Por otra parte, deberán velar porque padres y tutores cumplan debidamente las funciones inherentes a la guarda. En última instancia, las Administraciones públicas deberán actuar de forma subsidiaria en caso de falta o indebido cumplimiento por parte de los responsables del menor de sus obligaciones legales de protección.

Por otra parte, además de la familia y las Administraciones públicas, el legislador ha comprometido al conjunto de la sociedad de la tarea de brindar protección a los menores. Así, en beneficio de los menores, el legislador impone a todos los ciudadanos y entidades —tanto públicas como privadas— el deber de comunicar o denunciar las situaciones de falta de asistencia o desamparo que conozcan, o los supuestos de trasgresión de los derechos de los menores. Los ciudadanos o entidades que tuvieran conocimiento de una situación de riesgo o desamparo de un menor deberán dar cuenta de la misma a las autoridades.

Por otra parte, la Administración deberá promover las condiciones para que los propios menores puedan poner de manifiesto su situación de posible desamparo y, por tanto, hacer efectivo su derecho a la protección pública. El ejercicio de este derecho constituye, precisamente, el vehículo que permite garantizar el conjunto de derechos que el Ordenamiento les reconoce.

---

en caso de denegar la entidad pública la solicitud de quienes tuvieran potestad sobre el menor, se admitiera recurso por medio de escrito simple presentado al Juez (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, III Legislatura, núm. 22-4, 1987, pág. 21). Esta enmienda no fue aceptada por el Grupo Socialista, aduciendo en su nombre el Sr. LOPEZ SANZ, que "incluso si pudiera darse el caso de una negativa... por parte de la entidad pública, está el final de este número 2 del artículo 172, que recoge la intervención del juez decidiendo los casos en que legalmente proceda. Cabe, por tanto, una intervención del juez decidiendo los casos en que legalmente procede, si la Entidad pública a la que se impone la sanción de guarda, en las situaciones recogidas en este número, se negara a ello. No cabe duda que en este supuesto procederá legalmente la intervención del juez y, por tanto, sobraría el añadido que solicita la enmienda número 27 (*Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, III Legislatura, núm. 143, 1987, pág. 5.261). Cfr. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentarios a las Reformas... cit.*, pág. 82, nota 114.

1. La detección directa por la Administración de las situaciones de posible desprotección. Los servicios sociales de atención primaria

Las Administraciones públicas, como se ha dicho, deben velar porque todos los menores tengan debidamente garantizado su derecho a la asistencia y protección. A tal efecto deberán establecer los cauces que permitan detectar y conocer aquellos casos en que los derechos de los menores no estén garantizados o el menor no tenga asegurado el adecuado desarrollo físico, psíquico o social. De forma general, el legislador ha atribuido a las Administraciones locales, a través de los servicios sociales generales o de atención primaria, la función de detección de las situaciones de riesgo, desamparo o dificultad social que puedan padecer los menores.

Los servicios básicos o de atención primaria son la puerta de acceso a los servicios sociales, el primer nivel de atención, el más próximo a las personas y a su ámbito familiar y social. Por ello, tienen atribuidas, entre otras, las funciones de información, orientación y asesoramiento técnico y, además, de forma general, la *detección* y prevención de situaciones de riesgo, desamparo o dificultad social. A través de estos servicios podrán detectarse de forma directa posibles situaciones de desamparo de los menores[513]. Los equipos de los servicios sociales podrán tener conocimiento de situaciones problemáticas que puedan obstaculizar o impedir el pleno desarrollo de la personalidad del menor. La fase detección es primordial ya que permite emprender las acciones oportunas para brindar protección al menor. Por otra parte, es esencial que la detección sea lo más temprana posible ya que, de lo contrario, será más difícil desarrollar una intervención que permita neutralizar de forma rápida los factores que han conducido a la situación de desprotección[514].

Una vez conocida la situación de riesgo o desprotección, si la misma se valora como de posible desamparo deberá derivarse el caso a los servicios sociales de atención especializada de la Administración autonómica para que, en su caso, proceda a declarar el menor en desamparo y asumir su tutela. Por tanto, de forma general, la Administración autonómica tendrá conocimiento de la posible situación de desamparo a través de los servicios sociales de atención primaria.

Ahora bien, los servicios sociales también pueden detectar las situaciones de desamparo de forma indirecta. En efecto, además de la detección directa,

---

[513] En Cataluña, Decreto 27/1003, de 21 de enero, de atención social primaria (art. 3) y art. 11.5 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes. En la Comunidad Valenciana, Decreto 93/2001, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección jurídica del menor (arts. 8 y 25).

[514] Sobre las funciones de detección de situaciones de desprotección, LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente... cit.*, págs. 65 y ss.

pueden ser receptores de la comunicación o denuncia de tales situaciones por el propio menor o por personas o entidades públicas o privadas. A tal efecto, las Administraciones deberán establecer y desarrollar los necesarios mecanismos de coordinación entre las diversas Administraciones y servicios o entidades que pudieran tener conocimiento de estas situaciones: servicios educativos, sanitarios, policiales, entidades infantiles y juveniles o la autoridad judicial.

> En Cataluña, el legislador ha encomendado a la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia proceder, cuando sea necesario, a la oportuna coordinación con la red sanitaria y de servicios sociales, a fin de adoptar las medidas procedentes para hacer efectiva la protección del menor[515].

Por otra parte, cuando los servicios sociales detecten o tengan conocimiento de una situación de desprotección que requiera una intervención urgente, deberán proceder de forma inmediata a adoptar las necesarias medidas de protección y prestar al menor el auxilio inmediato que precise. A continuación, procederán, a la mayor brevedad, a poner los hechos en conocimiento de la Administración competente para asumir la tutela y, en su caso, de otras autoridades competentes para intervenir, en especial cuando la situación de desprotección pudiera derivar de una conducta delictiva[516].

Así, cuando los servicios sociales, ya sean de atención primaria o especializados, detecten situaciones que requieran la adopción de medidas urgentes dirigidas a preservar la vida o integridad física o psíquica del menor, le prestarán el auxilio inmediato que precise, sin necesidad de tramitar procedimiento alguno. Una vez asegurada la integridad del menor, procederán de forma inmediata a tramitar los oportunos procedimientos o darán cuenta a las autoridades competentes, con el fin de que se proceda a declarar la situación de desamparo del menor y asumir su tutela.

2. La denuncia o solicitud realizada por el propio menor que padece el desamparo

La Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, contempla, entre las medidas dirigidas a facilitar el ejercicio de los derechos de los menores, la posibilidad de que sean éstos mismos los que soliciten la protección y tutela de las entidades públicas competentes[517]. Por tanto, el propio menor podrá dar a conocer su situación de falta de asistencia o des-

[515] Art. 6 del Reglamento de protección de los menores desamparados, aprobado por Decreto 2/1997, de 7 de enero.

[516] Ver el art. 34 de la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores.

[517] Art. 10.2 a). En el mismo sentido, por ejemplo, la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor (art. 4).

amparo y solicitar la protección y tutela de la Administración pública competente.

> Así, por ejemplo, la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, dispone en su art. 23.4 que "se promoverá la posibilidad de que sea el propio menor quien ponga de manifiesto su situación, bien a la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía o a los Servicios Sociales municipales"[518]. En Cataluña, la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes, dispone en su art. 11.4 y 6 que los menores "pueden dirigirse a las Administraciones públicas encargadas de protegerles y asistirles respecto a todas las cuestiones referidas a su crianza y formación"; incluso "sin conocimiento de sus padres, tutores o guardadores, cuando sea preciso por motivos de urgencia o situación de conflicto y en la medida que la comunicación con aquellas personas pudiese frustrar la finalidad perseguida"[519].

Ahora bien, las Administraciones deberán establecer los cauces que permitan que los propios menores puedan denunciar directamente y de modo efectivo la posible situación de desamparo que estuvieran padeciendo.

Por otra parte, las Administraciones deberán promover y desarrollar acciones encaminadas a que los menores conozcan los derechos —por supuesto, también las obligaciones— que el Ordenamiento les reconoce y, en su caso, los cauces para hacerlos efectivos. En especial, deberían desarrollarse programas y acciones dirigidos a que el propio menor tenga conciencia y conocimiento de las situaciones problemáticas que deben ser denunciadas y las vías para solicitar ayuda a las Administraciones[520]. En algunas Comunidades Autónomas existe un "teléfono de la infancia" a través del cual los propios menores, de forma permanente y gratuita, pueden comunicar situaciones de desprotección o de vulneración de derechos[521].

---

[518] Ver, asimismo, la Ley de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores (art. 32.3).

[519] De forma similar se expresa la Ley aragonesa 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (art. 8.3).

[520] Los menores deberían estas debidamente formados al efecto de que puedan protegerse a sí mismos y proteger a otros menores. Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente... cit.*, pág. 67.

[521] En Cataluña, el "teléfono de la infancia" (012 y 900300777) tiene como destinatarios los menores que padezcan una situación de riesgo o desamparo, que vean vulnerados sus derechos o padezcan otros problemas y también los adultos que conozcan estas situaciones. Las funciones de este servicio son: detectar precozmente determinadas problemáticas infantiles con el fin de evitar consecuencias posteriores graves; informar sobre el modo de actuar ante situaciones de desamparo o maltrato infantil; orientar a los usuarios del servicio cuando fuera necesaria la intervención de las autoridades administrativas y/o judiciales de protección a la infancia; asesorar a los niños y adolescentes con problemas que no encuentren soporte en la familia; derivar aquellos casos que así lo requiera al Servicio de Orientación y Mediación (ver http://www.gencat.net/benestar/dgaia/telinfan.htm). Este servicio telefónico también ha sido previsto en otros Estados. Así, en Francia, la Ley de 10 de julio de 1989 creó el servicio telefónico para la infancia maltratada, como un instrumento de prevención y protección. Vid. BOYER, Frédéric, "La loi du 10 juillet 1989... *cit.*, págs. 59-61.

3. La obligación de todos los ciudadanos y, en especial, de los profesionales, de denunciar las situaciones de desamparo de los menores y prestarles el auxilio inmediato que precisen

La Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código Civil, establece en su art. 13.1 que "*toda persona o autoridad y, especialmente aquellos que, por su profesión o función, detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise*". Además, el propio precepto establece la obligación de comunicar la falta de escolarización de los menores o la falta habitual de asistencia al centro escolar de los menores, circunstancias que también podrían dar lugar a la declaración de desamparo por la Administración[522].

Los profesionales de los centros educativos, servicios sanitarios y servicios sociales son los que mantienen una relación más próxima con los menores y los que, por lo general, detectarán en primer lugar posibles situaciones de desprotección. Por ello, es importante que desde los Colegios Profesionales se impulse la importancia de detectar y denunciar las situaciones de desamparo de los menores[523]. Asimismo, estas situaciones pueden ser denunciadas desde las asociaciones de defensa de la infancia o por familiares o personas del entorno del menor[524].

Por su parte, las Administraciones deberían realizar campañas de sensibilización social frente al problema de los malos tratos y, en general, las si-

---

[522] La Ley aragonesa 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia, en su art. 28 impone a los responsables de los centros escolares la obligación de poner en conocimiento del organismo público competente de la Administración autonómica toda situación de absentismo escolar, así como aquellos hechos o indicadores que puedan suponer la existencia de una situación de riesgo o desamparo" y a colaborar para resolver estas situaciones. La misma obligación viene impuesta por el art. 35.2 a los responsables de los servicios y centros sanitarios. Esta obligación de comunicar o denunciar las situaciones de desamparo viene establecida de forma general en el art. 50. Así, en algunos municipios se ha establecido un protocolo de absentismo escolar, para garantizar la comunicación entre todos los órganos que participan directa o indirectamente en el control y educación del menor. En relación al absentismo escolar, ver las consideraciones del Defensor del Menor de Andalucía en su Informe al Parlamento del año 2003, págs. 137 y ss.

[523] Así, la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia, en su art. 46.3 dispone expresamente que "los respectivos Colegios Profesionales impulsarán especialmente la sensibilización de sus colegiados sobre la trascendencia de la detección de las situaciones de riesgo o posible desamparo que afecten a menores y de las que conozcan en razón de su actividad, así como de la inmediata y adecuada comunicación de las mismas".

[524] Del Informe del año 2003 del Defensor del Menor de Andalucía al Parlamento, resulta que de las denuncias presentadas a esta institución, a través del teléfono del menor, por regla general, son planteadas por personas adultas, de una edad comprendida entre los 30 y los 45 años, con mayor proporción de mujeres, siendo frecuente que tengan relación de parentesco con el menor en primera o segunda línea de consanguinidad. Sin embargo, la denuncia de los propios menores es escasa (págs. 244, 248, 249)

tuaciones de desprotección de niños y adolescentes[525]. Además, será fundamental que se establezcan mecanismos o cauces eficaces que permitan denunciar o dar a conocer a las Administraciones estas situaciones de desprotección y los datos que permitan intervenir para garantizar de forma rápida el derecho de los menores a recibir asistencia y protección.

Ahora bien, las Administraciones no podrán estimar la denuncia como un indicio suficiente para presumir la existencia de los hechos denunciados. Deberá procederse a verificar, con la prudencia y reserva necesaria, los hechos que determinen la situación de desamparo[526].

> Así, en el caso a que se refiere el Auto de la Audiencia Provincial de Soria de 14 de diciembre 2000 (JUR 2001\79466), *los profesores de los menores*, a la vista de la situación de falta de higiene y deficiente alimentación que estos padecían, dirigieron una petición motivada a los Servicios Sociales que condujo al examen del estado de los menores y, finalmente, a la declaración de desamparo y asunción de su tutela por la Administración. En el asunto resuelto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de febrero de 1997 (RJCA 1997/466), se pone de relieve que la Administración tuvo conocimiento de la situación de desamparo a través de las denuncias formuladas por los *vecinos y por los compañeros de trabajo de la madre*. Asimismo, del supuesto a que se refiere el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 25 de abril de 1997 (AC 1997/903), resulta que *el Centro Hospitalario* en el que tuvo lugar el nacimiento del menor fue el que informó a la Administración sobre la conveniencia de que el recién nacido no fuera entregado a la madre y la oportunidad de que la Administración se hiciera responsable del mismo.

Por otra parte, el citado art. 13 de la LOPJM ha impuesto a los ciudadanos el deber de denunciar las situaciones de desamparo que conozcan, pero no ha establecido ningún tipo de sanción en el supuesto de incumplimiento de este deber[527]. Lo cual podría explicarse por el hecho de que se trata de un precepto que tiene naturaleza de ley ordinaria y carácter supletorio de la normativa autonómica, al haber sido dictado con fundamento en la competencia sobre "asistencia social"[528].

En cambio, algunas leyes autonómicas de protección de menores, además de imponer a los ciudadanos y, en especial, a los profesionales, la obligación de denunciar las situaciones de desamparo de menores que conozcan, ha pre-

---

[525] En cuanto a las ventajas e inconvenientes de estas campañas, LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente... cit.*, págs. 68-69.

[526] Así se afirma expresamente en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 11 de enero de 1994 (AC 1994\45).

[527] Vid. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, "Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor", en *La Ley* 1996-1, D-40, pág. 1693; BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo... cit.*, págs. 136-138.

[528] Esta cuestión ha sido tratada en el Capítulo II de este trabajo, al examinar las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección de menores y, en concreto, al analizar el título competencial "asistencia social".

visto también las correspondientes sanciones por el incumplimiento de esta obligación[529].

> El Informe del Sindic de Greuges al Parlamento de Cataluña correspondiente al año 2001, se hace eco de la queja núm. 4195 relativa a la "intervención de profesionales en denuncias de malos tratos"[530]. Pues bien, el supuesto a que se refiere la citada queja es el siguiente: la presidenta del consejo escolar de un centro de educación infantil y primaria se dirige al Sindic para expresarle su preocupación y solicitar su actuación debido a los siguientes hechos: un menor había llegado al centro escolar con signos de malos tratos físicos por lo que el personal del centro había llevado al menor a un centro de atención primaria para que fuera examinado por un pediatra. El pediatra confirmó los indicios de malos tratos pero decidió no denunciar los mismos. El centro escolar mostró su desacuerdo con esta conducta y, por ello, se dirige al Sindic poniendo de relieve la falta de coordinación entre los servicios afectados y solicitando que se definan los procesos a seguir en estas situaciones[531].

Por otra parte, todas las personas que tengan conocimiento de que un menor se encuentra en situación de desamparo, además de denunciar los hechos a la Administración, en su caso a través de los servicios sociales, deberán prestarle de forma inmediata el auxilio y la asistencia que pudiera nece-

[529] Así, en Cataluña, la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, de Protección de los Menores Desamparados, establece que aquellas personas que tengan conocimiento de una situación de desamparo de un menor o de que un futuro bebé pueda sufrir una situación de desamparo deberán comunicarlo de manera inmediata a la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia o, en su caso, a la autoridad judicial (art. 2.1 y 3 de la Ley y art. 5 del Reglamento catalán de protección de los menores desamparados aprobado por Decreto 2/1997, de 7 de enero). A continuación, la propia Ley tipifica como infracción leve la conducta de "no informar, las personas que por razón de su profesión tienen conocimiento del mismo a la autoridad judicial o al organismo competente en materia de protección de menores desamparados de la situación de desamparo de un menor, de acuerdo con lo que establece el art. 2.3". La sanción prevista por la Ley para las infracciones leves va de un millón a los cinco millones de pesetas (art. 37.1 a) y 38.1 a) de la Ley). La Ley de la Comunidad de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia, también tipifica como infracción, en este caso con carácter grave, el "no poner en conocimiento de la autoridad competente la posible situación de desamparo en que pudiera encontrarse un niño, niña o adolescente"; la sanción prevista para estas infracciones va desde las quinientas mil a los ocho millones de las antiguas pesetas. Asimismo, prevén la imposición de sanciones (de hasta 120.000 euros) por no poner en conocimiento de las autoridades las situaciones de riesgo o desamparo de los menores, la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 33 en relación con el art. 118.1 k) y m); y la Ley Foral de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre (art. 4 en relación con el art. 99.2).

[530] pág. 31 del Informe.

[531] Por otra parte, según resulta de la investigación realizada en Cataluña sobre "Maltractaments físics greus a nadons i menors de quatre anys ingressats en centres d'acolliment", (cuya síntesis aparece publicada por el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, en *Invesbreu* nº 22, 2003) resulta que la denuncia a la Administración de los malos tratos de los menores la realizan en el 61'2% de los casos el personal hospitalario y se detecta al hacer la exploración de los niños ingresados; en el 21'9 de los casos la denuncia la presenta un familiar del menor; en el 4'8% la denuncia la presenta la propia madre del menor; también en el 4'8% la denuncia es presentada por un vecino o conocido de la familia; en el 2'4% un pediatra privado; en el 2'4% una llamada anónima y en el 2'4% los cuerpos y fuerzas de seguridad.

sitar, en especial cuando exista peligro para la integridad física o psíquica del menor[532].

> Debe tenerse en cuenta que el Código Penal tipifica como delito la omisión del deber de socorro. El art. 195.1 establece que "el que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses".

4. La denuncia de las instituciones públicas o privadas de las posibles situaciones de desamparo. La comunicación policial

La obligación de poner en conocimiento de la Administración la existencia de una posible situación de desamparo de un menor, no sólo alcanza a todos los ciudadanos y, en especial a los profesionales, sino que debe extenderse a las instituciones y entidades, ya sean públicas o privadas, que tuvieran relación con menores y hubiesen tenido conocimiento de la misma[533].

Por otra parte, todos los cuerpos policiales cuentan con unidades o grupos especializados en menores. Estas unidades tienen atribuidas, entre otras, la función de detectar posibles situaciones de desprotección; recibir comunicaciones o denuncias de estas situaciones; derivar los casos detectados a los servicios sociales competentes; y adoptar las medidas de atención urgente que fueran necesarias.

Así, la Policía Nacional cuenta con un Grupo de Menores (GRUME)[534]. En Cataluña, la policía autonómica, los mossos d'esquadra, también cuentan con una Unidad de Menores[535]. Además, en 1996 se crearon en el seno de la

---

[532] Así lo dispone el art. 13.1 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Ver, asimismo, entre otras, la Ley de la Comunidad de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia (art.30).

[533] Así lo establecen expresamente, entre otras, la Ley de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores (art. 32.2) o la Ley de la Rioja 1//2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 33).

[534] En Andalucía, la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, ha establecido en la disposición adicional 2ª que "la Unidad del Cuerpo Nacional de Policía adscrita a la Comunidad Autónoma de Andalucía recibirá formación específica sobre cuestiones relacionadas con menores y velará por el cumplimiento de lo previsto en la presente Ley y colaborará en la ejecución de los actos que la Administración de la Junta de Andalucía dicte en aplicación de la misma". El 21 de diciembre de 1992 fue suscrito un Acuerdo administrativo de colaboración en materia policial con el Ministerio del Interior que se materializó en la Orden Ministerial de 31 de agosto de 1993, por la que se constituyó una Unidad del Cuerpo Nacional de Policía que se adscribe a esta Comunidad. Ver el caso a que se refiere la Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla de 12 junio 2000 (JUR 2000\283139).

[535] En Cataluña, la policía autonómica, en el ámbito de la protección de menores, tiene encomendadas las siguientes funciones: recepción de comunicaciones y denuncias de los usuarios en materia de situaciones de desamparo; detección de menores de nacionalidad española o extranjera en situación de alto riesgo social y presunto desamparo con el fin de que reciban atención inmediata; traslado de los menores a las dependencias policiales e intento

Guardia Civil los denominados EMUME, que son las siglas de los Equipos Mujer-Menor; estos equipos reciben una formación especializada con el fin de garantizar la debida atención de las mujeres y menores víctimas de delitos, asegurándoles una asistencia integral, personalizada y especializada desde el momento de la presentación de la denuncia del delito[536]. Por otra parte, la policía local también deberá poner en conocimiento de los servicios sociales del municipio o, en su caso, de la Administración competente, todas las situaciones de desprotección de un menor[537]

Asimismo, el Código Penal dispone en su disposición adicional 2ª que "*cuando la autoridad gubernativa tenga conocimiento de la existencia de un menor de edad* o de un incapaz que se halla *en estado de prostitución*, sea o no por su voluntad, pero con anuencia de las personas que sobre él ejerzan autoridad familiar o ético-social o de hecho, o que carece de ellas, o éstas tienen en abandono y no se encargan de su custodia, *lo comunicará de inmediato a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomenda-*

---

de localización a sus padres o tutores legales; puesta a disposición de los menores a sus padres o tutores cuando son localizados y justifiquen la situación detectada; comunicación y traslado a la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia (en adelante DGAIA) en caso de no localizarse a sus padres o tutores legales; colaboración en recogida de menores declarados desamparados por la DGAIA; detección y traslado a las dependencias policiales de menores huidos de centros de la DGAIA y comunicación subsiguiente del hecho a este organismo; realización de investigaciones sobre situaciones de presunto desamparo de menores (ver http://www.gencat.net/benestar/dgaia/denun.htm).

[536] Las funciones de los EMUME se pueden resumir en las siguientes: asesorar a las unidades territoriales, a iniciativa propia o respondiendo a sus consultas; mantener informados al resto de los componentes del cuerpo de su demarcación de los procedimientos a seguir y de los recursos asistenciales disponibles en las distintas localidades de la provincia; propiciar y mantener contacto con todas las instituciones relacionadas con este ámbito de actuación, con el fin de favorecer las actuaciones de carácter preventivo y asistencial; elaborar un informe resumen de sus actuaciones para remitirlo al EMUME central en el que se lleva a cabo un seguimiento y un análisis detallado de la problemática en estos sectores; formar de manera especializada, desde el punto de vista policial, jurídico y humanístico, a los integrantes de los equipos y elaborar protocolos de actuación específica.

[537] La Ordenanza Municipal de protección de menores del municipio de la Villa de Agüimes en la Comunidad de Canarias (aprobada por el Pleno el 18 de febrero 2002) establece en su art. 10 que "los agentes de la policía local, velarán por la protección de los derechos de los menores y en particular por el ejercicio de su derecho a la educación, considerando indicios de la posible existencia de una lesión de ese derecho, la presencia de menores comprendidos en la etapa de Enseñanza Escolar Obligatoria en la vía pública, parques y jardines, en dicha franja horaria, sin la compañía de sus padres o adultos responsables, y en la jornada escolar diurna sin aparente justificación. En tal caso procederán, con el respeto y la deferencia necesaria para facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, a su identificación, les informarán de las prohibiciones existentes en la ordenanza y en el artículo 31 de la Ley 1/97, de Atención Integral al Menor, y les invitarán a retirarse a su domicilio. En cualquiera de los casos, la Jefatura de la Policía Local dará cuenta al Servicio de Atención Integral al Menor, que previo diagnóstico, planificará la intervención que se considere en cada caso más oportuna en interés del menor, dando cuenta a los padres". Y añade que "en caso de riesgo se prestará el auxilio y asistencia inmediata que las circunstancias demanden". Esta Ordenanza ha sido consultada en www.aguimes.net/bandos/menores/htm el 6/7/05. Ver, asimismo, el caso a que se refiere la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 27 de diciembre 2002 (JUR 2003\113809).

da la protección de menores y al Ministerio Fiscal para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias".

Por otra parte, la Administración también puede conocer de una posible situación de desamparo a través de la autoridad judicial. En efecto, en el marco de un proceso matrimonial de separación o divorcio el Juez puede detectar una posible situación de riesgo y acordar comunicar la resolución judicial a la Administración competente para que vigile la evolución del menor y, en su caso, acuerde la declaración de desamparo[538].

5. El contenido de la comunicación o denuncia. La obligación de la Administración de garantizar la reserva y confidencialidad

En la comunicación o denuncia deberá hacerse constar la identidad de la persona que la formula, los datos que permitan la identificación y localización del menor en posible situación de desamparo, los hechos y circunstancias que motivan la presentación de la misma y, cuando fuera posible, los datos de los padres, tutores o guardadores del menor. No obstante, la denuncia también podría ser anónima. En cualquier caso, la Administración queda obligada a investigar los hechos denunciados, aun cuando el denunciante no hubiera procedido a identificarse. Ahora bien, la Administración deberá actuar evitando interferencias innecesarias en la vida familiar y con la necesaria prudencia y reserva[539].

Por otra parte, la Administración competente deberá garantizar la absoluta reserva y confidencialidad de la denuncia o comunicación de la posible situación de desamparo de un menor. Así lo han dispuesto expresamente diversos legisladores autonómicos[540]. El Cataluña, la Ley 37/1991, sobre medidas de protección de los menores desamparo, impone a la Administración competente la obligación de "garantizar la reserva absoluta y el anonimato del comunicante" de la posible situación de desamparo (art. 2.3). En consecuencia, los interesados en el procedimiento no podrán tenerse acceso a los datos que identifican a las personas físicas o jurídicas que han denunciado la situación de desamparo de un menor.

---

[538] Así sucedió en el caso a que se refiere el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio 2002, F.J. 4º (JUR 2002\233517).

[539] En términos similares se expresa el art. 23 del Decreto del Gobierno andaluz 42/2002, de 12 de febrero, de régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa.

[540] Ver, por ejemplo, la Ley de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores (art. 32.4); la Ley de las Islas Baleares 7/1995, de 21 de marzo, de protección de menores (art.6); la Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (art. 48.1 d); la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 33.3); la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia (art. 46.4).

En el supuesto a que se refiere el dictamen de la Comissió Jurídica Asesora 342/2000, de 8 de junio, la Administración de la Generalitat había recibido una llamada telefónica anónima mediante la que se denunciaba la posible existencia de malos tratos a unas menores. La Administración procede a indagar las denuncias y, ante la falta de colaboración de la familia, se insta la colaboración de la Dirección General de Seguridad Ciudadana. La Administración constata que no existen malos tratos y el padre de las menores solicita a la Administración que le proporcione la identidad de la persona que realizó la denuncia con el fin de ejercer las acciones correspondientes contra el denunciante. La Administración, en cumplimiento de su obligación legal de mantener la reserva absoluta y el anonimato del communicante, se niega a identificar al denunciante. El padre reclama responsabilidad a la Administración por los perjuicios causados a la familia por la actuación administrativa dirigida a indagar la veracidad de los hechos denunciados y la negativa a identificar al denunciante. Pues bien, en el marco del procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, el dictamen de este órgano consultivo concluye que no procede aceptar la reclamación de responsabilidad patrimonial por daños a su familia como consecuencia del expediente abierto por presuntos malos tratos a menores. No se trata de un daño antijurídico, pues es una conducta que el ciudadano tiene el deber jurídico de soportar.

IV. LA OBLIGACIÓN LEGAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE INCOAR EL PROCEDIMIENTO DE DESAMPARO Y ADOPTAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL DENUNCIANTE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. La obligación legal de la Administración de incoar el procedimiento de desamparo y adoptar medidas de protección. El periodo de información previa

En nuestro Ordenamiento, como se ha dicho, corresponde en primer término a los padres o tutores brindar asistencia y protección al menor y, en caso de que estos no cumplan debidamente sus deberes legales de guarda, deberán intervenir las Administraciones públicas. Así, una vez conocida por la Administración la existencia de una posible situación de desprotección, deberá proceder a tramitar el correspondiente procedimiento administrativo, en el curso del cual se examinarán las circunstancias del menor y su familia y, en su caso, se declarará el desamparo del que deriva la atribución *ex lege* de la tutela a la Administración.

Ahora bien, la protección a la infancia no es sólo responsabilidad de la familia y las Administraciones. En esta tarea está implicada el conjunto de la sociedad. Así, la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, recoge entre los principios rectores de la actuación pública "promover la participación y la solidaridad social" y "sensibilizar a la población ante situaciones de indefensión del menor". La propia Ley, como se ha visto, impone a los ciudadanos el deber legal de denunciar todas aquellas posibles situaciones de desprotección o maltrato de menores y, en su caso,

prestar de forma inmediata a los menores la atención que precisen. La obligación recae de forma especial sobre los profesionales de la sanidad, los servicios sociales, los educadores u otras personas que, por razón de su profesión o función, puedan tener conocimiento de cualquiera de estas situaciones (art. 13).

Pues bien, en el momento que la Administración competente reciba una comunicación o denuncia de posible desamparo está obligada a proceder a verificar tal situación, debiendo actuar con la debida reserva y evitando toda interferencia innecesaria en la vida familiar y del menor[541]. Así, con el fin de evitar los perjuicios que pudiera causar a los afectados la iniciación de un procedimiento de desamparo sin fundamento, el órgano competente de la Administración, con anterioridad al acuerdo de iniciación, debería abrir un periodo de información previa para conocer las circunstancias del caso concreto y determinar la conveniencia de iniciar o no el procedimiento[542]. En el supuesto que, tras la comprobación inicial e investigación previa, se confirmara la posible existencia de una situación de desprotección se acordará la iniciación del procedimiento. La Administración está obligada a incoar y tramitar el oportuno procedimiento administrativo, en el curso del cual deberá apreciar si efectivamente concurre la situación de desamparo del menor. Asimismo, la Administración deberá proceder a adoptar, de manera inmediata, las medidas cautelares de protección que fueran necesarias.

> La Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, establece expresamente que "las entidades públicas competentes en materia de protección de menores estarán obligadas a verificar la situación denunciada y a adoptar las medidas necesarias para resolverla en función del resultado de aquella actuación"[543].

2. La posición jurídica del denunciante en el procedimiento administrativo de desamparo: el denunciante simple y el denunciante cualificado

La *denuncia* ha sido definida por la doctrina administrativa como el acto por el que se pone en conocimiento de la Administración un hecho o hechos determinantes del ejercicio de una potestad, con el fin de que acuerde la iniciación del procedimiento correspondiente. En el supuesto que nos ocupa, el

[541] Así lo establecen expresamente, por ejemplo, la Ley de las Islas Baleares 7/1995, de 21 de marzo, de protección de menores (art. 6.3).

[542] Este período de información previa está expresamente previsto de forma general en el art. 69.2 de la LRJ-PAC. Asimismo, ciertas leyes autonómicas de protección de menores contemplan expresamente la realización de unas "comprobaciones iniciales e investigación previa". Así, por ejemplo, la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (arts. 60 y 61).

[543] Debe advertirse que este precepto de la Ley tiene naturaleza ordinaria y carácter supletorio en las Comunidades autónomas, al haber sido dictado al amparo del título "asistencia social".

hecho que debe ponerse en conocimiento de la Administración es la posible situación de desamparo de un menor, al efecto de que ésta trámite el oportuno procedimiento de desamparo y, en su caso, adopte las necesarias medidas de protección. La finalidad de todo tipo de *denuncia* es impulsar la actividad administrativa al objeto de que se adopte una decisión sobre el hecho denunciado. Por ello, cuando la *denuncia* no mueve a la Administración a actuar nos encontramos ante un supuesto de inactividad administrativa frente al que es necesario arbitrar vías para reaccionar[544].

De forma general, la *denuncia* es expresión de dos declaraciones. Por un lado, la declaración expresa de conocimiento de los hechos denunciados. Por otro lado, la declaración de voluntad, cuando menos implícita, de que se actúe frente a esos hechos y, por tanto, se incoe el correspondiente procedimiento administrativo. A través de la *denuncia* de una posible situación de desamparo, no sólo se estaría poniendo en conocimiento de la Administración la existencia un menor que puede padecer una situación concreta de desprotección sino que, a su vez, se estaría solicitando a la propia Administración la incoación y tramitación del oportuno procedimiento dirigido verificar la posible situación desamparo y la adopción de las necesarias medidas de protección.

Así, la denuncia debe ser presentada por cualquier persona que tenga conocimiento de una posible situación de desamparo. Sin embargo, deben distinguirse dos clases de *denunciantes*. Por una parte, aquellas personas o entidades que no tienen ninguna relación personal con el menor y los hechos a que se refiere la denuncia, y tampoco podrán ver afectados sus derechos o intereses por la decisión que adopte la Administración. En este caso, la Administración simplemente quedaría obligada a comunicar al denunciante la iniciación del procedimiento. Por otra parte, estarían aquellas personas o entidades denunciantes que podrán verse afectadas por la actuación de la Administración con relación a los hechos denunciados, en este caso tendrán la condición de interesados en el procedimiento. En el primer caso estaríamos ante un *denunciante simple* y en el segundo ante un *denunciante interesado o cualificado*[545].

En realidad, el denunciante lo que desea es que la Administración compruebe si efectivamente existe desamparo y, en su caso, brinde al menor la

[544] Vid. GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 393.

[545] Ahora bien, cabe plantear si es posible reconocer, asimismo, la condición de interesado en el procedimiento al denunciante simple cuando está legalmente obligado a presentar la denuncia. La Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en su art. 13 obliga toda persona que detecte una situación de posible desamparo de un menor a ponerlo en conocimiento de la autoridad. Por tanto, en la medida que el denunciante cumple con su deber de colaboración debería reconocerse legitimación para comprobar que la Administración actúa en consecuencia. Sobre esta cuestión, GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad... cit.*, pág. 409.

necesaria asistencia y protección. Por tanto, la *denuncia* de una posible situación de malos tratos, abusos, falta de escolarización o cualquier otro supuesto de desprotección de un menor, supondría, asimismo, la *solicitud* del denunciante que se incoe el correspondiente procedimiento de desamparo con el fin de determinar las medidas de protección que fuera conveniente adoptar. Por ello, a la denuncia debe seguir una determinada actuación administrativa, ya sea la decisión de iniciar el procedimiento o, en su caso, tras realizar las realizar las comprobaciones necesarias, la decisión de archivar las actuaciones por demostrarse infundados los hechos denunciados[546]. La decisión que se adopte respecto a la incoación del procedimiento deberá ser notificada al denunciante. En el caso de los denunciantes interesados o cualificados podrían, incluso, interponer el correspondiente recurso frente a la misma[547].

> Así, el Decreto de la Junta de Andalucía 42/2002, de 12 de febrero, de régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa, establece expresamente que "*la iniciación del procedimiento (de desamparo) se comunicará* a los interesados, a los órganos administrativos y *a los denunciantes que la hubieran promovido*"[548]. Por su parte, la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia, dispone en su art. 61 que "finalizada la fase de comprobación inicial e investigación previa, sino se confirma la situación de desprotección, se acordará el cierre de las actuaciones, ordenando su archivo mediante resolución motivada, que será comunicada a los interesados, impugnable ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación previa en vía administrativa". Por tanto, la Administración deberá notificar a los denunciantes que tengan la condición de interesados la resolución por la que se acuerda el archivo de las actuaciones al efecto de que estos, en su caso, interpongan los recursos judiciales pertinentes.

En esta materia, y al efecto de determinar el papel del denunciante en los procedimientos de desamparo, es necesario tener en cuenta que la Ley impone a todas las personas la obligación de denunciar las situaciones de desamparo que detecten y prestar al menor el auxilio inmediato que precise. Por tanto, la denuncia supone el cumplimiento de una obligación legal[549]. Estaríamos

---

[546] El citado art. 69.2 de la LRJ-PAC dispone que "con anterioridad al acuerdo de iniciación (del procedimiento), podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento".

[547] La Administración podría ser condenada a iniciar y tramitar un procedimiento que finalice con la correspondiente resolución, en el caso que nos ocupa declarando si concurre o no el desamparo y adoptando las oportunas medidas de protección del menor. Vid. GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad...cit.*, pág. 398.

[548] El precepto estaría contemplando la comunicación a los denunciantes simples, esto es, aquellos que no ostentan la condición de interesados en el procedimiento de desamparo.

[549] Así lo establece de forma general el art. 13 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Del mismo modo se manifiestan diversos legisladores autonómicos en las respectivas leyes de protección de menores. Entre otras, la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (art. 50); la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia (art. 46); Ley de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores (art. 32); la Ley de la Rioja1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 33); o la Ley de Navarra 15(2005, de 5 de diciembre (art. 4.3).

ante una *denuncia-obligación*. El denunciante sería, pues, el impulsor del procedimiento. El que mueve a la Administración a actuar. Sin embargo, la denuncia no atribuiría por sí misma la condición del interesado en el procedimiento. Como veremos, el denunciante podrá tener o no la condición de interesado en el procedimiento, en función de si ostenta un derecho o interés legitimo en el asunto.

Así, como se ha dicho, deben distinguirse dos tipos de denunciantes: el denunciante simple y el denunciante interesado o cualificado[550]. El *denunciante simple* se limitaría a dar a conocer a la Administración una posible situación de desamparo de la que ha tenido noticia, sin ostentar en el caso concreto un interés legítimo. En cambio, hablaremos de *denunciante interesado o cualificado* cuando la persona o entidad que dar a conocer a la Administración está situación de posible desprotección de un menor ostenta algún derecho o interés legitimo que pueda resultar afectado. De forma que el denunciante interesado o cualificado podrá ser parte activa en el procedimiento administrativo de desamparo que tramite la Administración, ostentando en este procedimiento la condición de interesado[551].

En la actualidad, en el procedimiento administrativo de desamparo se viene reconociendo, de forma general, la condición de interesado simplemente a los padres o tutores del menor que se ven directamente afectados por la intervención de la Administración. La declaración de desamparo y asunción de la tutela por la Administración comportará la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria y la adopción de medidas de protección que implica la separación del menor de la familia. Por tanto, los padres o tutores necesariamente ostentan la condición de interesados en este procedimiento administrativo, en la medida que tienen facultades o derechos que pueden resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte[552]. Ahora bien, la condición de interesado podrá extenderse a muchas otras personas o entidades[553].

En los últimos años han sido muchos los casos de menores en situación de desamparo como consecuencia de que faltan las personas legalmente obli-

[550] Vid. COBREROS MENDAZONA, E., "El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento sancionador", en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 1445.

[551] Esta cuestión ha sido examinada en relación al procedimiento y contencioso sancionador en materia ambiental por PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre, *Les pretensions davant la inactivitat administrativa en materia sancionadora ambiental*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2004, págs. 464-478. Sobre la problemática del denunciante-interesado consultar, asimismo, AGUADO CUDOLÀ, Vicenç, *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*, Marcial Pons, Barcelona, 2001, págs. 204-212.

[552] Así resulta del art. 31.1 b) de la Ley 39/1992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC).

[553] Así, el propio menor, la persona o entidad que hubiera asumido la guarda de hecho, determinados familiares, como los hermanos o abuelos, o incluso las entidades u organizaciones sin ánimo de lucro dedicadas a la defensa y protección de la infancia.

gadas a velar por el menor. En la actualidad, cada vez más se produce este tipo de situaciones a raíz de la llegada a nuestro país de menores inmigrantes no acompañados. Estos menores se encuentran en una clara situación de desamparo. Pues bien, en muchos casos, las entidades o asociaciones de protección de la infancia han procedido a realizar la correspondiente denuncia de supuestos concretos de desamparo a la Administración competente. Sin embargo, las Administraciones no siempre han incoado el oportuno procedimiento dirigido a declarar el desamparo y asumir la tutela. En un primer momento las Administraciones se vieron desbordadas con la aparición de este fenómeno. Además, existe un cierto temor, que todavía persiste, a que la asunción de la tutela de estos menores y el establecimiento de medidas eficaces de protección produzca el denominado "efecto llamada" hacia una determinada Comunidad Autónoma, con la correspondiente demanda de recursos públicos que ello comporta[554].

Pues bien, esta situación hace necesario plantear la cuestión de qué hacer en estos casos frente a la inactividad de la Administración. Qué hacer cuando la Administración que ha recibido una denuncia-solicitud de una entidad de protección a la infancia no cumple con su obligación de tramitar y resolver el oportuno procedimiento dirigido a verificar y, en su caso, declarar el desamparo y adoptar las oportunas medidas de protección. La respuesta a esta cuestión pasa por precisar la posición jurídica de las personas y entidades denunciantes en el procedimiento administrativo. La participación en estos procedimientos no puede quedar limitada a los padres o tutores. El objeto del mismo, la protección de un menor y a través de éste la protección de todos los menores, es una cuestión que afecta e interesa legítimamente a las organizaciones y entidades dedicadas a la velar por infancia[555].

Desde mi punto de vista, estas organizaciones y entidades podrían promover el inicio del procedimiento de desamparo como titulares de intereses le-

[554] Debe tenerse en cuenta que la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, de extranjería, establece en su art. 35.4 que "se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública". La Administración del Estado deberá otorgar la autorización de residencia "a instancia del organismo que ejerza la tutela" una vez quede acreditado que no resulta conveniente para el interés del menor la reagrupación familiar.

[555] De nuevo debe recordar que entre los principios rectores de la actuación pública en materia de menores se contempla el de "promover la participación y la solidaridad social" y que ciertos legisladores autonómicos han encomendado al Gobierno fomentar las asociaciones, entidades o fundaciones que, sin ánimo de lucro, tengan por objeto tomar iniciativas en el terreno de la protección de la infancia". Ver la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (art. 11.2 f) y la Ley catalana 8/1995, de 27 de junio, de atención y protección de los niños y los adolescentes (art. 50). En la actualidad, ni siquiera participa en estos procedimientos el Ministerio Fiscal, a pesar de que el art. 8.14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño (aprobada por Resolución A3-0172/92, de 8 de julio) establece que "en la totalidad de los procedimientos —administrativos o judiciales— deberá ser parte obligatoriamente el ministerio fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguarda de los derechos e intereses del niño".

gítimos (art. 31.1 a) LRJ-PAC) y, por tanto, tendrían la condición de interesados. Es más, en estos casos, la denuncia deberá asimilarse a la instancia o solicitud, a efectos de exigir la tramitación de un procedimiento que finalice con una resolución motivada. A la declaración expresa de conocimiento que contiene la denuncia se añade la declaración de voluntad del denunciante, al menos implícita, de que se inicie, tramite y resuelva el procedimiento administrativo de desamparo con el fin de que se adopten las medidas de protección necesarias[556]. En este caso el procedimiento se iniciaría en realidad a instancia de parte. La *denuncia solicitud* comportaría la iniciación del procedimiento de desamparo siempre que supere la fase de información previa o comprobación iniciales[557]. De modo que el *denunciante-interesado* estaría legitimado para participar activamente en el procedimiento y, en su caso, recurrir la resolución final. Por supuesto, esto no significa que el procedimiento deba finalizar necesariamente con una resolución declarando el desamparo de la que derive la tutela de la Administración. Sin embargo, en el caso de que la Administración resuelva que la situación del menor no puede ser calificada como de desamparo y, por tanto, no procede la tutela de la Administración, debería notificar al interesado las razones de esta decisión. Por su parte el interesado podrá recurrir esta resolución[558].

Asimismo, estas organizaciones o entidades que tienen por objeto velar por la infancia, en la medida que ostentan intereses legítimos que pueden verse afectados por la resolución, también tendrían la condición de interesado cuando se personan en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva (art. 31.1 c) LRJ-PAC[559]).

Por otra parte, al amparo del art. 31.2 de la LRJ-PAC, las asociaciones y organizaciones representativas de intereses sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca. Pues bien, el art. 7.3 de la Ley orgánica 7/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dispone que la autoridad judicial deberá proteger los intereses legítimos colectivos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión y añade "para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados". Así, las asociaciones de defensa y protección de la infancia podrían incluso acudir a los Tribunales cuando la Administración permanezca inactiva y no proceda a tramitar el correspondiente procedimiento dirigido a verificar y declarar el desamparo y, por tanto, asumir la tutela del menor, en caso de haber presentado ante la misma la corres-

[556] Así lo afirma GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad... cit.*, pág. 393.

[557] Ver, en relación a los procedimiento sancionadores en materia ambiental, PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre, *Les pretensions davant la inactivitat... cit.*, págs. 497 y 500.

[558] Vid. AGUADO CUDOLÀ, Vicenç, *Silencio administrativo... cit.*, pags. 205-209.

[559] Este precepto considera interesados en el procedimiento a "aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva".

pondiente solicitud o denuncia. A la inactividad formal (la no tramitación y resolución del procedimiento) se suma la consecuente inactividad material (la no adopción de las necesarias medidas de protección del menor).

Las asociaciones de protección a la infancia estarían legitimadas como titulares de intereses colectivos siempre que el objeto del procedimiento administrativo de desamparo o, en su caso, el proceso judicial tenga relación con los fines de estatutarios de la asociación. La legitimación se fundamentaría en la existencia de un interés legítimo colectivo a la defensa y protección de la infancia[560]. Así, ante la inactividad de la Administración, el *denunciante-interesado* está legitimado para instar ante la autoridad judicial que condene a la Administración a iniciar y tramitar el procedimiento administrativo dirigido a verificar y, en su caso, declarar el desamparo y adoptar las medidas de protección del menor.

El propio Tribunal Constitucional ha afirmado en la STC 294/1994, de 7 de noviembre, que "la plenitud de sometimiento de la actuación administrativa a Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), así como la función jurisdiccional de control de dicha actuación (art. 106.1 CE) y la efectividad que se predica del derecho a la tutela judicial (art. 24 CE) impiden que puedan existir comportamientos de la Administración pública —positivos o negativos— inmunes al control judicial" (F.J. 4).

V. MEDIDAS CAUTELARES URGENTES Y PROCEDIMIENTO SUMARIO. LA DECLARACIÓN PROVISIONAL DE DESAMPARO O LA ASUNCIÓN PROVISIONAL DE FUNCIONES TUTELARES

En el momento que la Administración competente tenga conocimiento de la posible existencia de un menor desamparado, deberá proceder a incoar el oportuno procedimiento administrativo tendente a verificar la referida situación para, en su caso, declarar el desamparo y, asumida la tutela, adoptar las oportunas medidas de protección[561]. Con anterioridad al acuerdo de iniciación,

[560] Aunque referida a un ámbito de actuación administrativa muy distinto, debe tenerse en cuenta la doctrina establecida en la STC 35/1994, de 31 de enero, de la que resulta que una asociación naturalista con finalidades de protección de la naturaleza tiene un interés legítimo para velar por el correcto ejercicio de las potestades administrativas. Así, en el F.J. 3 de la Sentencia se afirma que "resulta evidente que una asociación con fines de defensa de la naturaleza y del mundo animal tiene un interés legítimo y personal en velar por el correcto ejercicio de la potestad administrativa, en este caso respecto de la revocación de la sanción impuesta a un cazador que había abatido una avutarda". Esta sentencia es citada por PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre, *Les pretensions davant la inactivitat... cit.*, pág. 478.

[561] En el caso de que la Administración autonómica resolviera que la situación del menor no es de desamparo, pero en el curso del procedimiento se hubieran detectado la existencia de factores de riesgo, deberá dar traslado del expediente a la Administración competente para actuar en situaciones de riesgo —generalmente la local— con el fin de que se adopten medidas dirigidas a neutralizar los factores de riesgo en el entorno socio-familiar.

la Administración podría abrir un periodo de información previa a fin de conocer las circunstancias del menor y la conveniencia de iniciar o no el procedimiento. Ahora bien, en todo caso, la Administración que tenga conocimiento de la situación deberá intervenir de forma inmediata y adoptar las necesarias medidas de protección cuando detecte una situación de riesgo grave para el menor o cuando concurra alguna circunstancia que hiciera aconsejable una actuación urgente.

> La Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, dispone en su art. 14, bajo el título *Atención inmediata*, que las autoridades y servicios públicos tienen la *obligación* de prestar la *atención inmediata* que precise cualquier menor.

Así, para aquellos casos que la situación del menor haga necesaria una intervención administrativa inmediata, algunos legisladores autonómicos han previsto que con carácter urgente puedan adoptarse medidas provisionales protectoras, de forma paralela al proceso de valoración de las circunstancias del menor o incluso antes de iniciarse el procedimiento[562].

En efecto, con el fin de asegurar la atención urgente del menor, ciertas Leyes autonómicas[563], han facultado a la Administración competente para declarar de forma provisional el desamparo del menor, sin necesidad de tra-

[562] Así, por ejemplo, la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia, dispone en su art. 62 que "1.Cuando, de la primera información disponible o a resultas de lo concluido en las comprobaciones iniciales e investigación previa, se constate la *situación crítica* en la que se encuentra el menor, se considere la existencia de un *riesgo grave e inminente* para su integridad física o psíquica o se deduzca la necesidad de una *intervención sin demora*, se procederá a la urgente adopción de un *plan de urgencia* que integrará cuantas medidas cautelares sean precisas, disponiéndose para ello la tramitación de un *procedimiento abreviado y sumario*". En el apartado 2 del propio precepto se prevé que "la obstaculización por los responsables del menor de esas primeras actuaciones de averiguación o comprobación, o su falta de colaboración, cuando tales comportamientos pongan en riesgo la seguridad de éste, así como la negativa a participar en la ejecución de las medidas acordadas para las situaciones de desprotección, cuando ello propicie su persistencia, cronificación o agravamiento, podrá fundamentar la declaración formal de la situación de desamparo mediante el referido procedimiento abreviado sumario". El apartado 3 añade que "verificadas la existencia y entidad de alguna de las circunstancias descritas en los dos apartados anteriores o la necesidad de una intervención sin dilaciones, se dictará Resolución motivada por escrito, declarando, en su caso, la situación de desamparo y acordando la asunción de la tutela por ministerio de la Ley". Por último, el apartado 4 dispone que "la tramitación continuará después... a fin de completar la instrucción, confirmar la condición de desamparo o declarar la extinción de la tutela inicialmente constituida".

[563] Este sería el camino establecido por la Ley de Canarias1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (art. 48.4); la Ley de la Comunidad de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia (art. 24.2); la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (arts. 34 y 53); el Decreto del Consejo de Gobierno de Madrid 121/1988, de 23 de noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor (art.10) en relación con la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (art. 53); el Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo, de medidas de protección jurídica del menor (art. 31); el Decreto de la Junta de Andalucía 42/2002, de 12 de febrero, de régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa (arts. 32 y 33).

mitar el procedimiento ordinario. Asimismo, se permite realizar dicha declaración en cualquier momento del procedimiento antes de su finalización. Por tanto, cuando concurran circunstancias que lo hagan aconsejable al efecto de proteger el interés superior del menor, la Administración, sin necesidad de tramitar o completar la tramitación del procedimiento, podrá acordar mediante resolución motivada la situación *provisional* de desamparo y, por tanto, asumirá de forma automática la tutela del menor[564]. Una vez asumida la *tutela provisional* del menor la Administración estaría habilitada para adoptar medidas de protección que impliquen la separación del menor de su familia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado "que el recurso a un procedimiento de urgencia para alejar a los niños se puede considerar una medida proporcionada y necesaria "en una sociedad democrática" para la protección del menor y, por tanto, es conforme con el art. 8 del Convenio. Por otra parte, el Tribunal admite que cuando se acude a este procedimiento puede prescindirse del trámite de audiencia a los padres "cuando se percibe que los titulares de la guarda representan una amenaza inmediata para el menor (STEDH de 9 de mayo 2003, asunto Covezzi y Morselli contra Italia, Aps. 105, 107 y 108 (TEDH 2003\24); STEDH de 14 de enero 2003, asunto K.A. contra Finlandia, Ap. 112 (JUR 2003\50027).

De este modo se trata que la Administración pueda adoptar cuantas medidas cautelares sean necesarias para asegurar la inmediata asistencia y protección del menor. Una vez acordadas las medidas que la gravedad del caso aconseje, la Administración iniciará o proseguirá la tramitación del procedimiento ordinario, que finalizará con una resolución mediante la que se confirmará la declaración de desamparo o, en su caso, se declarará la extinción de la tutela inicialmente constituida y el cese de las medidas provisionales que hubieran podido adoptarse[565].

La Administración deberá expresar en la resolución por la que declara de forma provisional la situación de desamparo, las razones por las cuales existía en aquel caso un riesgo para el menor que aconsejaba la intervención administrativa urgente e inmediata. La resolución administrativa por la que se declare el desamparo provisional será comunicada al Ministerio Fiscal y notificada a las personas responsables del menor (padres, tutor o guardador), al propio menor y otros interesados. En la notificación se les emplazará para que

[564] Así, por ejemplo, la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia, dispone en su art. 60.2 que "en los casos en que exista un grave riesgo para el menor o cualquier otra causa que exija una *intervención urgente, se declarará provisionalmente* la situación de desamparo y la entidad pública asumirá su tutela, adoptando cuantas medidas sean necesarias para asegurar su asistencia. Adoptadas dichas medidas, deberá iniciarse o proseguirse la tramitación del procedimiento".

[565] Ver a este respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 19 noviembre 2003 (JUR 2003\63526).

comparezcan en el procedimiento que a continuación tramitará la Administración, dirigido a confirmar o no la situación de desamparo por el cauce procedimental ordinario. Los interesados podrán interponer los recursos pertinentes frente a la resolución administrativa por la que se declara de manera provisional la situación de desamparo del menor.

De forma general, como se ha dicho, los legisladores autonómicos han contemplado, como medida cautelar, la declaración provisional de desamparo al efecto de que atribuida *ex lege* la tutela a la Administración esta pueda adoptar con carácter urgente las necesarias medidas de protección. Ahora bien, en aquellos casos en que el legislador autonómico no hubiera previsto expresamente la adopción de estas medidas urgentes, serían igualmente aplicables una vez iniciado el procedimiento, al amparo de lo dispuesto en el art. 72 de la LRJ-PAC[566].

Ahora bien, en el supuesto de que la Administración acuerde el desamparo provisional y asuma la tutela *ex lege* también de forma provisional, deberá acordar de manera muy prudente la medida de protección. En estos casos, de forma general, podría resultar más conveniente adoptar la medida de acogimiento familiar en la familia extensa o bien el acogimiento residencial. Dado que se trata de una medida de protección de carácter provisional en tanto se verifica el desamparo, el acogimiento en otra familia podría provocar perturbaciones al menor en el momento de ser separado de la familia acogedora.

> Según afirma la Audiencia Provincial de Sevilla en el Auto de 4 de junio de 2001 (AC 2001\2109), la permanencia en un centro de acogida, pese a no representar la solución ideal para el menor, será menos perjudicial que "el peregrinaje familiar con la grave quiebra de la identidad familiar, produciéndose en numerosos casos la grave perturbación de creer el menor que posee una doble familia o una doble madre o padre que no puede alcanzar a comprender".

[566] La Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC), tras la reforma operada por la 4/1999, de 13 de enero, dispone en su art. 72 que "1. *iniciado el procedimiento*, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las *medidas provisionales* que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello". El apartado 2 añade que "antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes en los supuestos previstos expresamente por una norma de rango de Ley. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto de recurso que proceda. En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas". En el apartado 1 del propio precepto, se habilita a la Administración para adoptar las medidas provisionales que considere necesarias una vez iniciado el procedimiento; en este caso no se requiere una previsión legal expresa.

VI. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE DESAMPARO

1. El objeto y los fines del procedimiento en materia de desamparo y tutela administrativa

Las Administraciones públicas deben ejercer sus potestades administrativas a través del procedimiento legalmente establecido. El procedimiento es el cauce formal para producir resoluciones administrativas[567]. En el ámbito que nos ocupa la resolución por la que se declarará en su caso la situación de desamparo de un menor[568]. La Administración debe realizar una serie de trámites y actuaciones previas en las que se basará la decisión final. La exigencia de procedimiento constituye un medio de asegurar el acierto de la decisión final de la Administración y una garantía para los derechos e intereses de los ciudadanos, en especial aquellos que puedan verse afectados por la misma[569].

En el curso del procedimiento la Administración debe verificar los hechos, determinar los datos técnicos, identificar y valorar el conjunto de intereses implicados para, finalmente, adoptar aquella decisión que permita satisfacer de modo más eficaz el interés público que tiene, en cada caso, encomendado satisfacer. En los procedimientos administrativos dirigidos a verificar una posible situación de desamparo, el interés que tiene encomendado tutelar es, en todo caso, el interés prevalente del menor frente a otros posibles intereses en presencia, como el de los padres, tutor o guardador que, claro está, también pueden y deben emerger y manifestarse en el curso del procedimiento ya que, en consideración a los mismos, deberá definirse el interés del menor en el caso concreto. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en cualquier caso, el interés de los padres, tutores o guardadores del menor es expresión de la patria potestad, la tutela o la guarda, de las que derivan un conjunto de facultades que el Ordenamiento les reconoce para actuar en interés del propio menor. Por tanto, el interés del menor y el de sus padres o tutor, en ejercicio de la patria potestad o la tutela, siempre deberán ser intereses convergentes

[567] En la Exposición de Motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 se afirmaba expresamente que el procedimiento "es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin". La propia Constitución establece en el art. 105 c) que la ley regulará "el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos". Así, la actual LRJ-PAC dispone en su art. 53.1 que los actos que dicten las Administraciones Públicas deben ajustarse al procedimiento establecido. Es más, la ausencia de procedimiento o de trámites esenciales del mismo comportará la nulidad de pleno derecho de la resolución administrativa (art. 62 e) LRJ-PAC).

[568] La garantía del procedimiento ha sido expresamente contemplada en esta materia por el legislador, entre otras, en la Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia (art. 15), o en la Ley de Castilla y león 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (art. 44 h).

[569] Vid. COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho administrativo I*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 363 y ss.

y no contrapuestos. En última instancia es el interés superior del menor el que todos ellos tienen el deber de garantizar.

En los procedimientos dirigidos a determinar si un menor se encuentra o no desamparado, la Administración actuaría en el ámbito de la denominada discrecionalidad interpretativa o de juicio[570]. La discrecionalidad se sitúa en el supuesto de hecho imperfecto de la norma. La "situación de desamparo"[571] a que se refiere la norma constituye, según la teoría tradicional, un concepto normativo indeterminado que debe ser precisado por la Administración en el curso del procedimiento. Una vez la Administración constata que concurre el supuesto de hecho normativo —la situación de desamparo—, de la propia norma resulta la consecuencia jurídica: la tutela automática o *ex lege*, que habilita a la Administración para adoptar las medidas de protección que resulten necesarias. Estamos, pues, ante un procedimiento administrativo cuya función esencial es conocer la situación en la que realmente se encuentra el menor, se trata de obtener la información que permita determinar si el menor padece una situación de falta de asistencia y protección, si existe peligro para el desarrollo integral de su personalidad. Una vez verificado y declarado el desamparo y, por tanto, asumida la tutela por la Administración, ésta deberá diseñar el plan de actuación y establecer las medidas de protección más ajustadas a las necesidades y circunstancias socio-familiares del menor.

La Administración competente deberá, pues, examinar y valorar las circunstancias del menor, su situación personal, familiar, social, al efecto de determinar si procede la declaración de desamparo y consiguiente asunción de la tutela. Así, en el curso del procedimiento dirigido a constatar si concurre una situación de desamparo, se deberán ir recogiendo todos aquellos datos de distinta índole que permitan valorar las circunstancias del menor y su entorno socio-familiar y, en su caso, determinar las acciones más convenientes para brindarle la protección necesaria. Por ello, en esta clase de procedimiento tiene gran relevancia la intervención de los técnicos, al efecto de realizar los estudios e informes sociales, médicos, psicológicos, pedagógicos, que fueran necesarios. Estos informes deben ser realizados por profesionales o expertos

[570] La doctrina administrativa que acoge una concepción amplia de la discrecionalidad distingue entre la discrecionalidad interpretativa o de juicio y la discrecionalidad de resultado o de actuación. En cambio, la doctrina tradicional acoge una concepción reduccionista que distingue discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, la primera referida a la consecuencia jurídica y los segundos situados en el supuesto de hecho de la norma. Vid. BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997. En relación al carácter discrecional de las potestad atribuidas a la Administración en este ámbito, CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Carmen, "¿Existen potestades discrecionales en ámbito ajenos al Derecho administrativo?", en *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas, 1996, págs. 82-85.

[571] Art. 172.1 del Código Civil y en Cataluña art. 2.1 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

en la materia respectiva. La Administración deberá basar su decisión final en los hechos constatados sobre las características y circunstancias personales y socio-familiares del menor y en criterios o juicios técnicos y no administrativos o políticos[572].

En definitiva, en el curso del procedimiento administrativo de desamparo deberá formarse el expediente del que resulte que han sido debidamente examinadas y valoradas todas las circunstancias del menor, que se han considerado las ventajas e inconvenientes, para su adecuado desarrollo físico, psíquico y social, de una posible declaración de desamparo y, por último, las razones que han conducido a la decisión final. La *motivación* de la resolución final es un requisito esencial cuando se actúa, como en este caso, en el ámbito de la discrecionalidad, de la discrecionalidad técnica, interpretativa o de juicio. La Administración deberá explicitar las razones por las que, en aquellas circunstancias concretas, aquella decisión es la más conveniente para el interés que tiene encomendado tutelar que, en este caso, es el interés del concreto menor. Por otra parte, en la resolución mediante la que se declara al menor desamparado y a la que se vincula la tutela de la Administración también podrían establecerse las medidas de protección más convenientes. En este supuesto, la Administración deberá expresar las razones por las cuales ha acordado aplicar una concreta medida de protección, de entre las varias posibles, porque ha considerado aquella medida la más adecuada para aquel menor.

2. La naturaleza del procedimiento desamparo y asunción de la tutela por la Administración

El procedimiento a través del cual las Administraciones competentes deben proceder a verificar la situación de desamparo y, en su caso, adoptar la

[572] Así la información que deberá recogerse sobre el menor y su situación socio-familiar se referirá, entre otras, a las siguientes cuestiones: 1) *características de la situación de desprotección* (tipo de maltrato o desprotección, el grado de severidad, secuelas y frecuencia); 2) *características del menor* (edad, vulnerabilidad desarrollo evolutivo, salud física y mental, características comportamentales, relación entre el menor y el maltratador); 3) *características de los padres o responsables* (salud física y mental, capacidad intelectual, características comportamentales, capacidad para resolver problemas, modelos de crianza o historia familiar); 4) *características de la competencia parental y de las interacciones padres e hijos* (interacciones padres-hijos, vinculación afectiva, tipo de disciplina utilizada, percepción paterna del comportamiento del menor, conocimiento acerca del desarrollo evolutivo del menor o sus necesidades, capacidad para resolver problemas de crianza y educación de los hijos, sensibilidad para reconocer las necesidades emocionales del menor); 5) *características del entorno socio-familiar* (estructura y funcionamiento de la familia, relaciones de pareja, relación con la familia extensa, situación económica, situación de la vivienda, relación con la red social e integración en la comunidad, vecindario y ambiente psicosocial); 6) *actitud de la familia ante el problema* (grado de conciencia o reconocimiento del problema, motivación hacia el cambio).

medida de protección pertinente, es un procedimiento de naturaleza administrativa[573]. En efecto, estamos ante el ejercicio de una potestad que el Ordenamiento atribuye a la Administración[574]. En el curso del procedimiento la Administración indagará si concurre la situación de desamparo del menor y, en caso de verificarse, declarará el desamparo mediante la correspondiente resolución administrativa. La Ley anuda a la resolución de desamparo la atribución automática de la tutela a la Administración lo que la legítima para intervenir en el medio familiar y adoptar las oportunas medidas de protección del menor. Además, como veremos, la resolución administrativa de desamparo goza de la presunción de validez y eficacia inmediata propia de los actos administrativos definitivos.

Por tanto, la Administración actúa en ejercicio de la denominada autotutela declarativa y ejecutiva; privilegiada posición que nuestro Ordenamiento reconoce a la Administración para un servicio eficaz de los intereses generales. Por ello, frente a estos "privilegios" nuestro Ordenamiento arbitra un conjunto de garantías, entre las que cabe destacar la necesidad de actuar a través del procedimiento legalmente establecido en el que podrán participar todos los interesados[575].

En consecuencia, el procedimiento a través del cual la Administración debe actuar la potestad o poder de actuación legalmente atribuido es un procedimiento administrativo. Así, por lo que se refiere al procedimiento aplicable en materia de protección de los menores desamparados, en todos aquellos aspectos no previstos expresamente por la legislación autonómica en cada caso aplicable, deberá acudirse a la aplicación de las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC).

> En el Auto del Tribunal Supremo (Sala de Conflictos de Competencias) de 9 de julio de 1998 (RJ 1998\1571), el Tribunal reconoce que la Administración debe seguir "*normas procedimentales administrativas* para conseguir la resolución" administrativa de desamparo que se funda en una norma del Código Civil (art. 172). Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de abril 2002 (JUR 2002\185690), el propio Tribunal establece que la resolución administrativa de desamparo debe ser motivada con fundamento en lo dispuesto en el art. 54 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre (LRJ-PAC); como vemos, el propio Tribunal remite a la aplicación de las normas de la Ley 30/92 que regulan el régimen jurídico de las Administraciones públicas. Es más, los Tribunales del orden

[573] En el mismo sentido, en la obra coordinada por LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel, *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 359.

[574] Del mismo modo, CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Carmen, "¿Existen potestades discrecionales...*cit.*, págs. 81-82.

[575] El procedimiento cumple una doble función garantizadora: 1) garantía del interés público que la Administración tiene encomendado servir mediante el ejercicio de la potestad que a través del mismo se ejercita; y 2) garantía de los derechos e intereses de los interesados.

> jurisdiccional contencioso administrativo han declarado su competencia para realizar el control de legalidad *formal* de las resoluciones administrativas de desamparo y verificar que se han observados los trámites y garantías esenciales del procedimiento administrativo[576].

La figura de la tutela administrativa aparece regulada en el Código Civil y, como consecuencia de ello, un sector de la doctrina la ha calificado de institución civil y, por tanto, la ha considerado sometida al Derecho privado. Por ello, algún autor ha concluido que el procedimiento que debe seguir la Administración para verificar y, en su caso, declarar mediante una resolución administrativa la situación de desamparo no es un procedimiento administrativo, sino un procedimiento civil[577]. Una de los argumentos que se utiliza para calificar este procedimiento como civil y distinguirlo de los procedimientos administrativos, es que está presidido por el interés del menor y, por ello, la Administración no actuaría con objetividad. Sin embargo, este argumento no se sostiene. La "objetividad" de la Administración debe ser entendida "como la cualidad de adecuación a su objeto, a los fines que la justifican, el principio de objetividad coincide con el de "buena administración", esto es, con la exigencia de una actuación administrativa bien fundada en el conocimiento de los hechos, en el derecho vigente y en los objetivos que se propone alcanzar"[578]. Por tanto, el principio de objetividad encuentra su fundamento, precisamente, en la exigencia constitucional de que los actos administrativos se produzcan a través de un procedimiento (art. 105 c) de la CE) cuyos trámites deben dirigirse a que la decisión final sea la más adecuada para alcanzar los fines encomendados a la Administración; en este caso la protección de los menores en situación de desamparo al efecto de garantizarles los derechos que el Ordenamiento les reconoce y, con ello, el pleno desarrollo de su personalidad y hacer así efectivo el interés del menor que tiene encomendado satisfacer.

> Tal como se afirma en el preámbulo de la Ley valenciana 7/1994, de 5 de diciembre, de la infancia, "si *la infancia es uno de los intereses públicos más preciados en las sociedades modernas*, su atención se ha convertido en un *servicio público esencial* en los países que se han constituido en un Estado Social y Democrático de Derecho".

---

[576] Ver, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de febrero de 1997 (RJCA 1997\466) o la Sentencia del mismo Tribunal de 16 de diciembre de 1996 (RJCA 1996\2281).

[577] Así, en Cataluña ha sido calificado de procedimiento civil el regulado por el Reglamento de Protección de los Menores Desamparados, aprobado por Decreto 2/1997, de 7 de enero. Vid. VILLA RUBIO, Marino, "Protección de menores desamparados, Estado social de Derecho y Derecho administrativo: apuntes acerca de la evolución de las garantías", en S. ESPIAU ESPIAU y A. VAQUER ALOY (Eds.), *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, págs. 62-69. No obstante, también en Cataluña la Administración actúa en este ámbito investida de *imperium*, la resolución de desamparo es ejecutiva y ejecutoria.

[578] Así lo afirma expresamente SAÍNZ MORENO, Fernando, "Principios y ámbito de aplicación de la L.A.P. (en particular, artículos 1 a 3)", en B. PENDAS GARCÍA, *Administraciones Públicas y ciudadanos (Estudios sistemáticos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)"*, Praxis, Barcelona, 1993, pág. 129.

La resolución mediante la que la Administración declara al menor en situación de desamparo es un acto administrativo que pone fin a un procedimiento, como veremos a continuación, goza de las características propias de tales actos. Por ello, tal como señala la Ley, debe producirse por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido (art. 53 LRJ-PAC).

Es más, las mismas voces que atribuyen al procedimiento tramitado por la Administración para declarar a un menor desamparado, el carácter de procedimiento civil, reconocen que "la letra de la Ley civil genera sensación de inseguridad jurídica a sus agentes y pacientes por inconcreción del procedimiento y por la inevitable comparación con el milimetrado procedimiento administrativo". Por ello, propugna que se aborde una reforma de la legislación[579].

> Así, con acierto, la Ley de Castilla y León 14/2002, de 29 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia, al prever los criterios conforme a los que debe desarrollarse la actuación administrativa en materia de protección de menores dispone que "*el sometimiento de la actuación administrativa a procedimientos reglados que garanticen la seguridad jurídica*" (art. 44 h)[580].

Así, en la medida que la actuación protectora de la Administración es expresión de potestades normativamente atribuidas para aplicar el Derecho a un caso concreto, deberá desarrollarse a través del procedimiento legalmente establecido y, en su caso, procederá aplicar de forma subsidiaria las disposiciones generales sobre el procedimiento administrativo común (LRJ-PAC). Claro está, sin olvidar las particularidades de este ámbito de actuación. La protección pública de los menores requiere, en todo caso, una actuación rápida y ágil pero, al mismo tiempo, rigurosa y prudente.

3. El inicio del procedimiento administrativo

A) *El inicio del procedimiento: consideraciones generales sobre las clases de iniciación y las consecuencias en orden al régimen de la inactividad formal de la Administración*

Los procedimientos administrativos pueden iniciarse de dos formas: de oficio por la propia Administración o a solicitud de persona interesada[581]. La

[579] En este sentido se manifiesta VILLA RUBIO que, en parte, funda su posición en los antecedentes históricos. No obstante, debe ponerse de relieve que el autor toma en consideración la legislación sobre beneficencia, pero no examina la legislación histórica sobre protección de menores, como las leyes —analizadas en la primera parte de este trabajo— de protección a la infancia y de Tribunales tutelares para niños. Vid. VILLA RUBIO, Marino, "Protección de menores desamparados...*cit.*, pág. 69.

[580] El art. 57 de la propia Ley establece, asimismo, la necesidad de observar el procedimiento legalmente establecido para dictar la resolución administrativa de desamparo. El procedimiento viene regulado en los arts. 58 y siguientes de la Ley.

[581] Art. 68 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJ-PAC).

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), no establece que tipo de procedimientos deben iniciarse de uno u otro modo. La forma de iniciación dependerá, por lo general, de la clase de procedimiento. Así, aquellos procedimientos susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen se iniciarán normalmente de oficio. En cambio, los procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas se iniciarán generalmente a instancia de parte; aunque también podrían iniciarse de oficio[582].

Ahora bien, en ciertos casos no es fácil discernir si un procedimiento es susceptible de producir efectos favorables o desfavorables. En el caso que nos ocupa, el procedimiento administrativo de desamparo, es evidente que para el sujeto principal del procedimiento —el menor— la decisión final tendrá efectos favorables, ya que se dirige a hacer efectivo su derecho a la asistencia y protección. En cambio, la misma resolución de desamparo y, por tanto, el procedimiento del que trae causa podría ser considerado desfavorable por sus padres o tutores, que podrán ver suspendida la patria potestad o la tutela y separado el menor del núcleo familiar. Quizá esta es la razón por la cual la legislación autonómica sobre protección de menores no siempre establece, con la claridad deseable, de que modo podrá iniciarse el procedimiento de desamparo. Así, como veremos, en ciertos casos se dispone que el procedimiento deberá ser iniciado de oficio y, en cambio, en otros se contempla, asimismo, la iniciación a solicitud de persona interesada. Ya adelanto que, desde mi punto de vista, el procedimiento administrativo de desamparo deberá poder ser iniciado en todo caso tanto de oficio como a instancia de persona interesada.

La preocupación por determinar el modo en que podrá iniciarse la tramitación del procedimiento de desamparo se explica por las consecuencias que ello comporta en el régimen jurídico de la inactividad de la Administración[583]. En nuestro sistema jurídico-administrativo, el régimen del silencio administrativo y la caducidad del procedimiento viene condicionado por el modo de iniciación del procedimiento. Esto es, si el transcurso del plazo legalmente

[582] Vid. FANLO LORAS, Antonio, "Disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos: iniciación, ordenación e instrucción", en la obra dirigida por Jesús LEGUINA VILLA y Miguel SÁNCHEZ MORORON *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativos común*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 224. Puede verse, asimismo, PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo*, Ariel Derecho, 2003, págs. 726-727.

[583] Esto es, al efecto de precisar si el transcurso del plazo legalmente previsto para tramitar el procedimiento y notificar la resolución produce silencio administrativo y, en su caso, el sentido positivo o negativo del silencio o si se produce la caducidad (arts. 43 y 44 de la LRJ-PAC).

previsto para resolver y notificar produce silencio administrativo y, en su caso, los efectos estimatorios o desestimatorios del mismo, o si se produce la caducidad del procedimiento. Sin embargo, por lo que se refiere al procedimiento administrativo de desamparo y asunción de la tutela por la Administración esta cuestión sólo ha sido regulada puntualmente por alguna de las legislaciones autonómicas sobre protección de menores.

Así, la Ley de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia, establece expresamente en el art. 52.2 que en los procedimientos de desamparo y asunción de tutela por la Administración *"promovidos a instancia de parte*, el *silencio administrativo*, en caso de producirse, tendrá *efectos negativos*"[584]. Si la Ley no hubiera previsto el carácter negativo del silencio, la aplicación del art. 43 de la LRJ-PAC hubiera comportado la producción de silencio positivo y, por tanto, la consiguiente atribución de la tutela a la Administración.

En cambio, el Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección jurídica del menor, establece en su art. 29.2 que "si no se dicta y notifica resolución expresa en el plazo de seis meses, se entenderá que el procedimiento ha caducado, de conformidad con lo establecido en el art. 44 LRJ-PAC"[585]. En el mismo sentido se expresa el Decreto del Gobierno de Cantabria 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores (art. 22). Por tanto, en estos casos se está contemplando la iniciación de oficio de los procedimientos de desamparo y, desde la perspectiva de que se trata de un procedimiento susceptible de producir efectos desfavorables, se prevé la caducidad para el supuesto de que se produzca la inactividad. De igual forma se pronuncia la nueva Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 50.1 en relación con el art. 51.1).

El resto de normas autonómicas sobre protección de menores nada dicen sobre las consecuencias jurídicas de la inactividad de la Administración en la tramitación y resolución del procedimiento de desamparo. Así, en primer lugar, será necesario determinar si estamos ante un procedimiento del que pueda derivarse el reconocimiento o constitución de derechos u otras situaciones

[584] En el mismo sentido se expresaba la Ley de La Rioja 4/1998, de 18 de marzo, del menor, en su art. 49.3. En cambio, la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores, deroga la anterior y prevé en su art. 51.1 la caducidad del procedimiento; además, la nueva Ley establece que "en ningún caso podrá iniciarse el procedimiento a instancia de parte, ni podrá entenderse producida en él ninguna resolución por silencio administrativo" (art. 50.1).

[585] El citado art. 44 de la LRJ-PAC dispone en su apartado 2 que "en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 92".

jurídicas o, en cambio, ante un procedimiento a través del cual la Administración ejerce potestades de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen. Una vez precisada esta cuestión, será necesario pasar a examinar si el procedimiento se inicia de oficio o a instancia de persona interesada. Determinados estos aspectos podrá establecerse el régimen de la inactividad de la Administración en la tramitación y resolución del procedimiento.

B) *La naturaleza de los efectos del procedimiento de desamparo y asunción de la tutela por la Administración: ¿efectos favorables o desfavorables?*

El procedimiento de desamparo y asunción de la tutela por la Administración tiene por objeto hacer efectivo el derecho del menor a recibir la asistencia y protección necesaria, con el fin de garantizarle el disfrute del conjunto de derechos que el Ordenamiento le reconoce y, en última instancia, el desarrollo integral de su personalidad. A través de este procedimiento la Administración examina las circunstancias del menor y de su entorno socio-familiar y, en caso de verificarse que éste padece una situación de desamparo, el procedimiento finalizará con una resolución administrativa declarándole desamparado. Como ya se ha dicho, la propia Ley vincula a la resolución de desamparo la atribución automática de la tutela a la Administración y la suspensión de la patria potestad o la tutela civil. A partir de este momento la Administración está legitimada para incidir en el derecho a la vida familiar y adoptar e imponer medidas de protección que implican la separación del menor de su núcleo familiar.

Por tanto, la Ley atribuye a las Administraciones este poder de actuación para que adopte en cada caso las medidas de protección más convenientes en interés del menor. El interés público que la Administración tiene encomendado servir a través de este procedimiento es el interés superior del menor. Para ello deberá asegurar el respeto de sus derechos fundamentales y su adecuado desarrollo físico, psíquico y social.

> La Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en su art. 10 reconoce a los menores "el derecho a recibir de las Administraciones públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos y que se garantice su respeto". El propio precepto dispone que "para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede: a) solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente". Asimismo, en Cataluña, la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, en su art. 19 establece que los menores "en situación de desamparo tienen derecho a ser protegidos" por la Administración competente.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el menor es el sujeto principal del procedimiento, la determinación de los efectos del mismo debe establecerse desde la perspectiva del menor. Así, deberá concluirse que estamos ante un

procedimiento susceptible de producir efectos *favorables*. Un procedimiento del que puede derivarse "el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas"[586]. La resolución de desamparo, a la que la propia Ley vincula la tutela de la Administración, es un acto favorable para el menor: beneficia la esfera jurídica del destinatario.

Ahora bien, la Ley también vincula a la resolución de desamparo con la que podrá finalizar el procedimiento la suspensión automática de la patria potestad o la tutela civil. Así, asumida la tutela por la Administración ésta deviene responsable de los deberes de carácter personal inherentes a la patria potestad o la tutela civil. Las funciones y facultades que la Ley atribuye a los padres y tutores quedan en suspenso al ser asumidas por la Administración que sobreviene titular y responsable de la guarda del menor. Por tanto, desde la perspectiva de padres y tutores los efectos del procedimiento podrían ser calificados como desfavorables.

Sin embargo, como se ha dicho, la determinación de los efectos del procedimiento debe realizarse en consideración a su objeto y al sujeto principal. El objeto del procedimiento es hacer efectivo el derecho del menor a la asistencia y protección. La norma atribuye a la Administración la potestad o poder de actuación que a través del mismo se ejercita para que proceda en interés del menor cuando, por las razones que fueren, los responsables del menor no cumplen sus deberes legales y el menor se encuentra desprotegido. De la propia Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, resulta que en la actuación de la Administración pública primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, como el de los padres o tutores (arts. 2 y 11.2 a). Aunque ciertamente el procedimiento de desamparo afecta a las facultades de los padres, debe tenerse en cuenta que el Ordenamiento les atribuye esos deberes y facultades para que los ejerzan en interés de los hijos y al efecto de garantizarse el pleno desarrollo de su personalidad[587]. En el supuesto que los padres falten, o no cumplan estos deberes legales o no lo hagan en la forma debida, deberán intervenir las Administraciones pública y, en su caso, declarar el desamparo a través del procedimiento legalmente previsto.

De lo que antecede se concluye que los efectos del procedimiento de desamparo y asunción de la tutela por la Administración deben ser calificados como "*favorables*". Por tanto, la determinación del régimen jurídico de la inactividad formal de la Administración, deberá realizarse desde la consideración de los efectos favorables del procedimiento de desamparo, del que

[586] En los términos del art. 44.1 de la LRJ-PAC.

[587] Así, el art. 154 del Código civil dispone que "la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad". De forma similar, en Cataluña, el Código de Familia establece en su art. 133 que la potestad se ejerce "siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad".

podrá derivarse el reconocimiento de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas para el menor.

C) *La iniciación de oficio o a solicitud de persona interesada*

Una vez precisado el carácter *favorable* de los efectos que pudieran derivar de los procedimientos administrativos de desamparo y asunción de la tutela de la Administración, es necesario examinar el modo en que se podrá iniciar esta clase de procedimiento. Este dato permitirá determinar con posterioridad los efectos jurídicos de la posible inactividad formal de la Administración.

Pues bien, los procedimientos administrativos de desamparo deberían poder iniciarse, en todo caso, tanto de oficio por la Administración como a solicitud de persona interesada. Así, el procedimiento se iniciaría de oficio cuando la Administración tenga conocimiento de que un menor pueda encontrarse en situación de desamparo; la Administración podría conocer esta posible situación a través de los servicios sociales, educativos, sanitarios, policiales o bien a través de la denuncia de una persona o institución. Asimismo, el procedimiento podría iniciarse de oficio por la Administración a instancia del Ministerio Fiscal o por orden de la Autoridad Judicial. Ahora bien, el procedimiento también ha de poder iniciarse a *solicitud de persona interesada*, ya sea el propio menor o un denunciante que ostente, asimismo, la condición de interesado, como podría ser un familiar o una entidad dedicada a la defensa de los derechos de la infancia.

Sin embargo, el examen de las diversas leyes autonómicas sobre protección de menores pone de relieve que, en algunas normas, parece contemplarse tan sólo la iniciación de oficio del procedimiento. En estos casos, el procedimiento de desamparo estaría siendo asimilado —desde mi punto de vista, de forma indebida— a un procedimiento a través del que se ejercen potestades administrativas de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables. La perspectiva acogida no es tanto la del menor, en interés de quién la Administración ejerce la potestad legalmente atribuida, sino la de los padres o tutores que ven como la Administración interviene incidiendo en la vida familiar. Sin embargo, aunque la vida familiar se ve afectada por la actuación de la Administración, ésta interviene para proteger al menor ante el posible incumplimiento o indebido cumplimiento por parte de los padres o tutores de sus funciones legales de protección. Así, en las Comunidades Autónomas de Castilla-León, Andalucía, Cantabria, Canarias, el País Vasco y la Rioja, la normativa contempla la iniciación de oficio del procedimiento de desamparo[588].

[588] Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia (art. 58); Decreto del Gobierno andaluz 42/2002, de 12 de febrero, por el que se establece el

En cambio, en otros casos —de forma a mi juicio más acertada—, la normativa dejaría abierta la posibilidad de iniciación del procedimiento a solicitud de persona interesada[589]. Así, el procedimiento de desamparo podría iniciarse tanto de oficio por la Administración como a instancia de parte.

El procedimiento se iniciaría *de oficio* por acuerdo del órgano administrativo competente en materia de protección de menores de la Administración autonómica[590], bien por iniciativa propia o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o mediante una denuncia simple[591]. Asimismo, el procedimiento podría iniciarse de oficio a instancia del Ministerio Fiscal o por orden de la Autoridad Judicial.

El órgano administrativo competente acordará la iniciación de oficio del procedimiento cuando tenga conocimiento de que un menor puede encontrarse en situación de desamparo. En muchos casos, como se ha visto, la Administración autonómica iniciará el procedimiento como consecuencia de la actuación previa de los servicios sociales generales o de atención primaria que, detectada la situación y valorada como de posible desamparo, la derivan a los servicios de atención especializada para que sea la Administración autonómica la que proceda a declarar el desamparo y asumir la tutela. Asimismo, la Administración podría tener conocimiento de una posible situación de desamparo a través de los servicios sanitarios, educativos o de la policía.

El procedimiento también deberá iniciarse de oficio como consecuencia de la iniciativa del Ministerio Fiscal[592]. Debe tenerse en cuenta que el propio menor o cualquier persona que conozca de una situación de desprotección puede poner este hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal[593]. El Ministe-

régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de menores (art. 22); Decreto del Gobierno de Cantabria 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores (art. 16.1); Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (art. 48); Ley del País Vasco 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia (art. 58); y Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 50.1).

[589] Así sucedería en el caso de Castilla-La Mancha, Extremadura, Galicia, Murcia, Aragón, Asturias, Baleares y Madrid. Por lo que se refiere a Cataluña, el Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados, parece contemplar la iniciación del expediente de oficio; sin embargo, no lo establece así expresamente, por lo que, desde mi punto de vista, podría iniciarse, asimismo, a solicitud de persona interesada.

[590] Sin embargo, en las Islas Baleares, la Administración competente para iniciar y tramitar el procedimiento de desamparo son los respectivos Consejo Insulares. Ver, la Ley 8/1997, de 18 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares sobre atribución de competencias a los Consejos Insulares en materia de tutela, acogimiento y adopción de menores.

[591] Art. 69 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJ-PAC).

[592] Así lo prevén, por ejemplo, la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección de la infancia (art. 58.1); la Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (art. 48.1 c)

[593] Así resulta de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Ver, asimismo, entre otras, la Ley de la Comunidad de

rio Fiscal tiene encomendada la superior vigilancia de la tutela de la Administración de los menores desamparos (art. 174 del Código Civil).

Asimismo, la Administración iniciará de oficio el procedimiento de desamparo en razón de orden judicial. Así lo prevén expresamente algunas normas autonómicas sobre protección de menores[594]. La autoridad judicial podría tener conocimiento de una posible situación de desamparo en el marco de un proceso judicial, ya sea un proceso civil de separación o divorcio o un proceso penal. En este caso dará cuenta a la Administración competente para que tramite el procedimiento de desamparo. Asimismo, en el supuesto que una persona pusiera en conocimiento de la autoridad judicial la existencia de una posible situación de desamparo, ésta podrá instar a la Administración a tramitar el procedimiento para verificar y, en su caso, declarar el desamparo y asumir la tutela[595].

La denuncia de familiares, vecinos u otras personas físicas o jurídicas puede ser otra de las vías a través de las cuales la Administración podrá conocer una posible situación de desprotección. En este último caso podrá tratarse de una simple denuncia o de una denuncia-solicitud. En el primer supuesto, una vez superada, en su caso, la fase de información previa, la Administración iniciará de oficio el procedimiento. En cambio, cuando el denunciante tenga, asimismo, la condición de interesado, la denuncia tendrá la consideración de solicitud y, en realidad, el procedimiento deberá entenderse iniciado a instancia de parte.

En efecto, el procedimiento administrativo de desamparo y asunción de la tutela por la Administración también se ha de poder iniciar *a solicitud de persona interesada*: el propio menor, la persona o entidad que hubiera asumido la guarda de hecho, un familiar y las entidades u organizaciones sin ánimo de lucro dedicadas a la protección de la infancia[596]. Todas estas personas o entidades tendrían legalmente la condición de interesados en el procedimiento administrativo y, además, lo podrían promover como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos (art. 31.1 LRJ-PAC).

Murcia 4/1998, de 18 de marzo, del menor (art. 46) o el Decreto de la Diputación General de Aragón 79/1995, de 18 de abril, por el que se regula la declaración de desamparo (art. 4).

[594] Este es el caso de la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (art. 58).

[595] La autoridad judicial podría tener conocimiento de esta situación a través de los cauces previstos en los arts. 158, 228 ó 230 del Código Civil.

[596] Art. 70 Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC). La principal virtualidad de la solicitud es que comporta el deber de la Administración contestar, ya que el silencio de la Administración tiene consecuencias jurídicas concretas: estimación o desestimación de lo solicitado. Este es uno de los elementos que permiten distinguir las solicitud del derecho de petición reconocido en el art. 29.1 de la Constitución y regulado por la Ley orgánica 4/2001, de 12 de noviembre.

Así, el propio menor podría presentar la solicitud de iniciación del procedimiento. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC) reconoce a los menores capacidad de obrar para el ejercicio de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el Ordenamiento sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad o la tutela. Pues bien, el art. 162 del Código Civil reconoce capacidad a los menores para actuar por sí mismos en el ámbito de los derechos de la personalidad. Por tanto, los propios menores podrían solicitar a la Administración la declaración de desamparo y la adopción de las oportunas medidas de protección. Por otra parte, así lo dispone el art. 10.2 a) de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Asimismo, el procedimiento administrativo también podría iniciarse a solicitud del guardador de hecho que se ha hecho temporalmente responsable de brindar la atención necesaria a un menor en situación de desamparo[597]. No cabe duda que se trata de una persona o entidad titular de un interés legitimo individual que podrá, por tanto, promover el procedimiento administrativo.

El procedimiento de desamparo también podría iniciarse a solicitud de un familiar del menor. En especial, cuando se trata de hermanos y abuelos de los menores. Estos parientes podrán iniciar el procedimiento en calidad de titulares de derechos o intereses legítimos individuales. El derecho a la vida familiar se extiende a hermanos y abuelos. Por ello, en la actualidad el derecho de visitas se extiende a estos familiares[598].

Además, el procedimiento también podría iniciarse mediante la denuncia-solicitud de una organización u entidad sin ánimo de lucro que tenga por objeto la defensa y protección de los menores[599]. En este caso, a la declaración expresa de conocimiento de una posible situación de desamparo que contiene la denuncia, se sumaría la declaración de voluntad del denunciante de que se inicie, tramite y resuelva el correspondiente procedimiento dirigido a adoptar las necesarias medidas de protección del menor. Así, la *denuncia-solicitud* comportará la iniciación del procedimiento a instancia de parte, una vez superada la fase de información previa o comprobaciones iniciales.

[597] En Cataluña, arts. 253 y 254 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia y arts. 303 a 306 del Código Civil.

[598] Por otra parte, estos parientes quedan legalmente obligados a prestarse alimentos, en los términos que resulta del art. 144 del Código Civil. Asimismo, tienen preferencia para el nombramiento de tutor civil (art. 234.4 del Código Civil).

[599] Unas páginas atrás, al tratar sobre la posición jurídica del denunciante en el procedimiento administrativo de desamparo, se han puesto de relieve las diferencias entre el denunciante simple y el denunciante cualificado o denunciante-interesado. Ver en este mismo Capítulo, el epígrafe IV, "La obligación legal de la Administración de incoar el procedimiento de desamparo y adoptar medidas de protección. La posición jurídica del denunciante en el procedimiento administrativo", el apartado 2 sobre "La posición jurídica del denunciante en el procedimiento administrativo de desamparo: el denunciante simple y el denunciante cualificado".

El denunciante cualificado tiene, pues, la condición de interesado en el procedimiento. De forma que podrá participar en el mismo y, en su caso, reaccionar frente a la inactividad de la Administración o, en su caso, recurrir la resolución final.

Ahora bien, en cualquier caso, hubiera tenido conocimiento de la posible situación de desamparo a través de una comunicación o simple denuncia o de una denuncia solicitud, el órgano administrativo competente, con anterioridad al acuerdo de iniciación del procedimiento, podrá abrir un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del concreto asunto y decidir acerca de la conveniencia de iniciar o no el procedimiento.

4. Las comprobaciones iniciales o investigación previa

Las comprobaciones iniciales o información previa no forman parte en sentido estricto del procedimiento de desamparo. Este trámite precede al inicio del procedimiento. La finalidad del mismo es determinar si efectivamente existen elementos suficientes que hagan necesario incoar el procedimiento. Estas actuaciones se dirigen a evitar los efectos desfavorables que la iniciación y tramitación de este procedimiento pudiera comportar para el propio menor y los padres, tutores u otros responsables.

En efecto, en la medida que la iniciación del procedimiento de desamparo y asunción de tutela por la Administración afecta o incide en la esfera jurídica del menor y su familia y, por tanto, en el derecho a la vida familiar, debería contemplarse como cautela la apertura de un período de información previa, con el fin de conocer las circunstancias del caso y determinar la existencia de indicios de falta de asistencia que justifiquen la conveniencia de iniciar el procedimiento.

> El art. 69.2 de la LRJ-PAC dispone que "con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un *período información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia de iniciar el procedimiento*". La Ley únicamente contempla este trámite para los procedimientos iniciados de oficio. La explicación sería que estas actuaciones tienen su origen en la información reservada del procedimiento sancionador, cuya iniciación tan solo se prevé de oficio[600]. Sin embargo, el trámite de información previa o comprobaciones iniciales podría contemplarse, asimismo, en los procedimientos iniciados a solicitud de interesado, en especial resulta oportuno en casos de denuncia-solicitud.

Así, con anterioridad a la iniciación del procedimiento, el órgano administrativo competente podrá realizar una serie de actuaciones dirigidas a exa-

[600] Ver el art. 12 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

minar y valorar, de forma preliminar, si concurren las circunstancias que justifican la incoación del mismo. Estas actuaciones se encaminarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar el inicio y tramitación del procedimiento de desamparo. En el periodo de información previa se realizarán las primeras averiguaciones para la comprobación inicial de los hechos y la obtención de la máxima información sobre el caso, a fin de confirmar la posible concurrencia de una situación de desprotección del menor. En la medida que sea posible y conveniente, las comprobaciones iniciales podrían comprender un primer encuentro con el menor y el contacto con sus padres, tutores, guardadores o educadores, por parte de una persona debidamente cualificada, procurando en todo caso evitar innecesarias intromisiones en la esfera de la vida privada y familiar.

En el caso de que, como consecuencia de las averiguaciones realizadas, no se confirmara la existencia de indicios que apuntaran hacia una situación de desprotección del menor, se procedería al archivo de las actuaciones mediante resolución motivada. Esta resolución deberá ser comunicada a los interesados, quienes podrán interponer frente a la misma el recurso procedente. Así, la persona o entidad que hubiera realizado la denuncia de la posible situación de desamparo o, en su caso, el Ministerio Fiscal[601] podrían recurrir, ante la jurisdicción civil, la decisión de la Administración de no tramitar el procedimiento de desamparo.

> La Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia, establece en su art. 61.1 que "*finalizada la fase de comprobación inicial e investigación previa, si no se confirma la situación de desprotección, se acordará el cierre de las actuaciones, ordenando su archivo mediante resolución motivada, que será comunicada a los interesados, impugnable ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación previa en vía administrativa*".

Por otra parte, cuando se conozca una situación que hiciera conveniente o necesaria otro tipo de actuación administrativa —por ejemplo, cuando se detecte una simple situación de riesgo— se comunicará esta circunstancia a los órganos administrativos competentes[602]. En cambio, de confirmarse la existencia de indicios de una posible situación de desamparo se acordará la iniciación del procedimiento. El acuerdo de incoación del procedimiento deberá ser motivado y notificado a todos los interesados en el procedimiento, informándoles del plazo para dictar y notificar la resolución expresa y de los efectos de la falta de resolución[603].

---

[601] En aquellos casos que ha sido este órgano el que ha comunicado a la Administración la existencia de una posible situación de desamparo.

[602] Así lo dispone el art. 21 del Decreto de la Junta de Andalucía 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa.

[603] Así lo establece el Decreto del Gobierno de Cantabria 58/1002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores (art. 16.3 y 4). En cualquier caso, este mandato resulta de lo dispuesto en el art. 42.4 de la LRJ-PAC: "en todo

En el caso de que las personas legalmente responsables del menor, impidieran u obstaculizaran las actuaciones administrativas dirigidas a realizar las primeras averiguaciones o comprobaciones iniciales, la Administración acordará el inicio del procedimiento y, en caso de que en el curso del mismo persistiera la negativa o resistencia a colaborar, la Administración podría proceder a la declaración de desamparo y asunción de la tutela[604].

Por otra parte, en el supuesto de que en el trámite de información previa se tuviera conocimiento de la existencia de una situación de grave desprotección del menor —malos tratos, abusos sexuales, etc.— que hiciera aconsejable una intervención urgente, se debería proceder de forma inmediata a adoptar las medidas cautelares necesarias[605]. A continuación se procederá a tramitar el procedimiento de desamparo, en su caso, cuando estuviera legalmente previsto, de carácter urgente o abreviado. Debe insistirse en la importancia de proceder con la mayor celeridad posible a investigar o comprobar los indicios o denuncias, dadas las posibles y adversas consecuencias que puede tener para los menores el retardo de la acción administrativa protectora.

El tramite de información previa o comprobaciones iniciales ha sido previsto por alguna de las normas autonómicas sobre protección de menores; las dictadas de forma más reciente[606]. Sin embargo, en aquellos casos que no hubiera sido expresamente contemplado, el órgano administrativo competente podría disponer asimismo su realización, al amparo de las previsiones del art. 69.2 de la LRJ-PAC.

5. La asistencia jurídica en el procedimiento administrativo de desamparo

En los procedimientos administrativos, también en el procedimiento de desamparo y asunción de la tutela por la Administración, los interesados pue-

caso, las Administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguiente a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación".

[604] Ver en este sentido el art. 62.2 de la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia. Ahora bien, la Administración deberá actuar con suma cautela y prudencia e informar a la familia de que la finalidad es colaborar con ellos en la protección y defensa del interés de los menores. La Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores, tipifica como infracción grave la falta de colaboración con la Administración de los profesionales e instituciones, en la evitación y resolución de las situaciones de desprotección (art. 118.1 l).

[605] Ver en este mismo capítulo el epígrafe titulado "Medidas cautelares urgentes y procedimiento sumario. La declaración provisional de desamparo o la asunción provisional de funciones tutelares".

[606] Este es el caso de la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (arts. 60 y 61); el Decreto del Gobierno andaluz 42/2002, de 12 de febrero, por el que se establece el régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de menores (art. 21); el Decreto del Gobierno de Cantabria 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores (art. 16.2);

den actuar de forma personal o a través de un representante (art. 32 LRJ-PAC). En el caso que actúen mediante un representante no se exige que este tenga una especial cualificación profesional[607]. A diferencia del proceso judicial, en los procedimientos administrativos no es necesario actuar asistido de un abogado. Sin embargo, en ocasiones, dadas las especiales circunstancias de las personas que se ven directamente afectadas por aquel procedimiento, es conveniente que tengan la posibilidad real de actuar con asistencia jurídica. Así, en ciertos casos, nuestro Ordenamiento reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a fin de que determinadas personas puedan actuar en el procedimiento administrativo asistidos de un letrado en defensa de sus derechos o intereses[608]. Pues bien, este derecho debería ser reconocido en todo caso a los menores y sus responsables legales —padres o tutores— cuando se tramita un procedimiento de desamparo y asunción de la tutela por la Administración.

Debe tenerse en cuenta que los menores tienen reconocida por nuestro Ordenamiento capacidad de obrar ante las Administraciones públicas para el ejercicio y defensa de sus derechos[609]. Por tanto, tienen capacidad de obrar para actuar como interesados en el marco del procedimiento de desamparo. Este procedimiento se tramita para hacer efectivo su derecho a recibir asistencia y protección de las Administraciones públicas. La propia Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconoce a los menores el "derecho a recibir de las Administraciones públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos y que se garantice su respeto" (art. 10.1).

Por otra parte, los padres o tutores del menor también se ven especialmente afectados por la tramitación de un procedimiento administrativo de desamparo y asunción de la tutela por la Administración. En el caso de que el procedimiento finalice con una resolución administrativa de desamparo, la Ley

[607] El art. 85.2 de la LRJ-PAC establece que "los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses".

[608] Así, por ejemplo, la Ley reconoce a los extranjeros el derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo (Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (art. 22). Asimismo, la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en el art. 20 reconoce a las mujeres víctimas de la violencia de género y, en general, a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten, el derecho a la defensa y representación gratuitas por Abogado y Procurador en todos los procesos y *procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia* padecida. La cuestión es si este derecho podría alcanzar a los menores que de forma indirecta son víctimas de la violencia de género. Por otra parte, no se explica porque este derecho se circunscribe a las víctimas de este tipo de violencia y no las que lo sean de la violencia en general.

[609] Art. 30 LRJ-PAC. Los menores tienen reconocida, asimismo, capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo (art. 18 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa).

vincula a esta resolución la atribución automática de la tutela del menor a la Administración y la suspensión de la patria potestad o la tutela civil. Una vez asumida la tutela por la Administración, ésta podrá adoptar medidas de protección que implican la separación del menor de su familia. Por tanto, la actuación de la Administración podrá afectar el derecho a la vida familiar[610].

Además, ha de tenerse en cuenta que, en ciertos casos, las familias en las que se producen situaciones de falta o indebida asistencia y protección a los menores son familias poco estructuradas y con escasos recursos. Por todo ello será fundamental, para una defensa efectiva de sus derechos e intereses, que puedan actuar asistidos de letrado y, por tanto, reconocer a estas personas el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Así, desde un sector de la judicatura y las asociaciones y entidades dedicadas a la protección y defensa de los derechos de los menores, se ha reclamado la necesidad de dotar de asistencia letrada a los menores y sus familias en el marco de los procedimientos administrativos de desamparo y asunción de tutela por la Administración[611].

El Gobierno andaluz se ha hecho eco de esta demanda y en el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, de régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa, ha dispuesto que, en el momento de notificar a padres, tutores y guardadores el inicio del procedimiento de desamparo, la Administración pública "les informará acerca de 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*, a fin de que puedan actuar durante el procedimiento asistidos de letrado en defensa de sus intereses. Si los interesados manifestasen su intención de solicitar la asistencia jurídica gratuita, el plazo de alegaciones de suspenderá durante diez días hábiles" (art. 24). Por tanto, como vemos, en esta Comunidad, los responsables del menor podrán solicitar la asistencia jurídica gratuita para actuar asistidos por un letrado en el procedimiento administrativo de declaración de desamparo y, en su caso, cuando se adopten o modifiquen las medidas de protección[612].

---

[610] Este derecho se reconoce expresamente en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (art. 8). La vulneración de este derecho abre las puertas al recurso ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos.

[611] Vid. UTRERA GUTIERREZ, José Luis "Menores en desamparo y adopción: los fallos del sistema legal de protección", Seminario permanente de la APDHA de Córdoba (www.apdha.org).

[612] De entre las Quejas presentadas al Defensor del Menor de Andalucía, debe destacarse la 02/3773, referida a la representación y defensa jurídica gratuita. Esta queja se tramitó a instancias de la Asociación Pro Derecho Humanos de Andalucía en los siguientes términos: "Nuestro trabajo con menores nos hace afirmar que la indefensión de las familias en las que la Administración interviene con una expediente de protección es absoluta. Durante la tramitación del expediente administrativo, que puede durar un año o más, los afectados no son informados correctamente de sus derecho, no saben porqué les son retirados sus hijos, y en esas circunstancias no tienen posibilidad de disfrutar de asistencia jurídica gratuita, y por ello del asesoramiento y dirección jurídica de su caso por parte de un abogado hasta que el procedimiento llega a la fase judicial". El Ordenamiento andaluz había reconocido en el Decreto

Por otra parte, es especialmente importante el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, independiente de los intereses de la Administración, a los menores inmigrantes no acompañados. El Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, en la Observación General nº 6, de 1 de septiembre de 2005, sobre el "Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (CRC/GC/2005/6), ha establecido que los Estados quedan obligados por la Convención a designar un asesor a estos menores. Advierte que esta función no puede ser desempeñada por la Administración que tiene atribuida su tutela. La razón es que la función de asesor no puede ser realizada por una entidad cuyos intereses pueden colisionar con los del menor. Según indica el Comité, el asesor debe ser consultado e informado de todas las medidas que adopten las autoridades en relación con el menor inmigrante no acompañado. Por ello, se advierte que el asesor deberá tener los conocimientos necesarios para que los intereses del menor estén protegidos. Las obligaciones derivadas de la Convención coinciden, en este punto, con las recomendaciones realizadas por el Defensor del Pueblo, en su "Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España" (2005): en la medida que los menores inmigrantes no acompañados pueden tener intereses contrapuestos a los de la Administración legalmente responsable de velar por ellos y asumir su tutela, han de tener derecho a la asistencia de un letrado o de un representante legal externo que vele por sus derechos e intereses frente a la Administración.

6. La instrucción del procedimiento: alegaciones, prueba, informes y audiencia

La Administración deberá notificar el acuerdo de iniciación del procedimiento de desamparo a los padres, tutores, guardadores en su caso, al propio menor, y otros posibles interesados, como el denunciante-interesado o cuali-

citado en el texto el derecho a la asistencia gratuita para estas familias. Sin embargo, en la queja se pone de relieve que no se han provisto los medios necesarios para hacer efectivo ese derecho. Por ello, el Defensor del Menor tramita la Queja y, tras realizar las oportunas averiguaciones, formula una serie de Recomendaciones a la Dirección General de Instituciones y Cooperación con la Justicia: "Que, previas las modificaciones normativas oportunas, se promueva la existencia en los Colegios de Abogados de Andalucía de turnos de oficio especializados en materia de protección de menores. Que se promuevan compañas informativas dirigidas a los potenciales beneficiarios de la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos de protección de menores. Que, previas las modificaciones normativas correspondientes, se suprima la exigencia de aportar aquellos documentos probatorios de la capacidad económica de los solicitantes de los que ya tuviera constancia la Junta de Andalucía como consecuencia del estudio realizado a la familia en el expediente de protección del menor. Que se adopten las medidas precisas para agilizar el plazo de respuesta de las solicitudes de asistencia jurídica gratuita en los procedimientos de protección de menores... La respuesta de la Dirección General al Defensor del Menor fue en sentido favorable, asumiendo gran parte de su Contenido. Ver el Informe del año 2003 del Defensor del Menor de Andalucía al Parlamento (págs. 197-207).

ficado, siempre que sea posible porque se encuentren localizables. En la medida de lo posible, esta notificación debería realizarse de forma personal[613]. Asimismo, el acuerdo de iniciación del procedimiento debería notificarse al Ministerio Fiscal. El Ministerio Fiscal tiene la consideración de interesado en este procedimiento administrativo en la medida que tiene legalmente encomendada la función de salvaguardar los derechos e intereses del menor. Por tanto, el Fiscal también podrá personarse y ser parte en el procedimiento[614].

A) *Alegaciones. La apertura del procedimiento a la participación de todos los interesados*

Los interesados en el procedimiento de desamparo —el propio menor, los padres o tutores, el guardador de hecho, el denunciante-interesado, el Ministerio fiscal y, en su caso, el propio menor— podrán presentar, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, las alegaciones y aportar los documentos u otros elementos de juicio que estimen convenientes[615].

Los padres o tutores son titulares de potestades o facultades respecto a los menores que pueden verse afectadas o limitadas por la resolución final del procedimiento. Así, la resolución administrativa declarando al menor desamparado produce *ex lege* la atribución de la tutela a la Administración y la suspensión automática de la patria potestad o la tutela civil. Por ello, es fundamental abrir el procedimiento de desamparo a su participación a fin de que no se produzcan situaciones de indefensión[616]. La participación activa de los padres en los procedimientos de protección de menores es esencial por una doble razón: en defensa de sus intereses y para la determinación del interés del menor en el caso concreto.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que, aunque el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no contiene ninguna condición

[613] Así lo prevé la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 50.3).

[614] La Carta Europea de los Derechos del Niño dispone en su parágrafo 8.14 que "en la totalidad de procedimientos (que afecten al menor) deberá ser parte obligatoriamente el ministerio fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguarda de los derechos e intereses el niño".

[615] En los procedimientos administrativos es posible formular alegaciones a lo largo de toda la tramitación, tal como resulta de los arts. 79.1 y 35 e) de la LRJ-PAC. Ver, por ejemplo, el Decreto del Gobierno andaluz 42/2004, de 12 de febrero (art. 24).

[616] Por ello, el ya citado Decreto de la Junta de Andalucía 42/2002, de 12 de febrero, de régimen de desamparo, establece la obligación de la Administración de informar a las referidas personas sobre la posibilidad de personarse en el procedimiento administrativo asistidos de letrado en defensa de sus intereses y sobre los trámites para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Es más, se prevé la suspensión del plazo previsto para que estas personas presenten alegaciones en el caso de que manifiesten su intención de solicitar asistencia jurídica gratuita (art. 24.1).

explícita de procedimiento, el procedimiento de decisión que desemboca en una injerencia en el derecho a la vida familiar debe ser equitativo y respetar como es debido los intereses protegidos por el referido precepto. Por tanto, los padres deben tener en el procedimiento un rol lo suficientemente importante como para concederles la protección requerida de sus intereses. En caso negativo, no se habría respetado su vida familiar y no se consideraría que la injerencia resultante de la decisión fuese "necesaria" en el sentido del art. 8 del Convenio (STEDH de 9 de mayo 2003, asunto Covezzi y Morselli contra Italia, Ap. 133 (TEDH 2003\24) y STEDH de 17 de diciembre 2002, asunto Venema y Venema-Huiting contra Países Bajos, Aps. 91, 92 y 93 (TEDH 2002\75).

Así, en caso de no abrirse el procedimiento a la participación de los padres se vulneraría el derecho a la vida familiar y la ingerencia pública resultante de la decisión no podría considerarse "necesaria" en el sentido del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH). Por tanto, la ausencia de una posibilidad real, justa y suficiente de participar en el procedimiento de desamparo o los procedimientos mediante los que se adoptan medidas de protección dejaría abierta las puertas para recurrir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por vulneración del art. 8 (CEDH) (STEDH de 8 de julio de 1987, asunto B. contra Reino Unido, Aps. 64 y 65, (TEDH 1987\16).

> A decir del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se deberá examinar si, "teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso y principalmente la gravedad de las decisiones que deben ser tomadas, los padres han participado en el proceso de toma de decisiones, en su conjunto, hasta un grado suficiente como para proporcionales la exigida protección de sus intereses. Si no ha sido así, habrá habido una vulneración del respeto de su vida familiar y la injerencia resultante de la decisión no podría ser considerada como "necesaria" en el sentido del art. 8". Y añade que "es esencial que los padres estén en una posición en la puedan tener acceso a la información en la que se basan las autoridades para tomar las medidas de poner bajo su cuidado al menor o para tomar las decisiones pertinentes para el cuidado o la custodia del menor. De otro modo, los padres no podrán participar de manera efectiva en el proceso de toma de decisiones o indicar de manera adecuada las cuestiones que abogan a favor de su capacidad para proporcionar al menor el cuidado y la protección adecuados" (STEDH de 17 de diciembre 2002, asunto Venema y Venema-Huiting contra Países Bajos, Aps. 91 y 92 (TEDH 2002\75).

Además, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos ha considerado vulnerado el derecho a un procedimiento administrativo o judicial equitativo, reconocido en el art. 6.1 del CEDH, como consecuencia de la falta de comunicación a los padres de los informes sociales recabados en un procedimiento de protección de menores. El Tribunal ha declarado que, aunque el art. 8 del CEDH no incluye ninguna condición explícita de procedimiento, es necesario que el proceso decisiorio que conduce a la adopción de medidas que suponen una injerencia en la vida familiar sea equitativo y respete los intereses protegidos. Por tanto, concluye que la falta de una posibilidad real, justa y suficiente de participar en el procedimiento de desamparo o en el adopción

de medidas de protección constituye una violación del derecho a la vida familiar reconocido en el art. 8 del CEDH. (ver la STEDH de 10 de mayo 2001, asunto T.P. y K.M. contra Reino Unido, Aps. 58, 65, 72, 73, 80, 83).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado expresamente que, en el supuesto de que la Administración no permitiera a los padres desempeñar en el procedimiento un papel lo suficientemente importante para garantizar la protección de sus intereses, se vulneraría el derecho a la vida familiar y la injerencia resultante de la resolución final no se podría considerar "necesaria" en el sentido del art. 8 del CEDH (STEDH de 24 de febrero de 1995, asunto McMichael contra el Reino Unido; en especial Aps. 82, 84, 87)[617].

Asimismo, será esencial la participación del guardador de hecho que tenga acogido transitoriamente al menor que ha sido dejado en desamparo por los legalmente obligados a asumir las funciones de guarda; esta persona podrá aportar al expediente datos que permitan valorar y diagnosticar la situación del menor.

> La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, establece en el art. 9.1 con relación a esta clase de procedimientos que "*se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones*".

Por otra parte, como veremos, en el procedimiento deberá contemplarse, asimismo, un trámite específico de audiencia, al efecto de que los interesados, a la vista del conjunto del expediente, puedan presentar sus alegaciones finales antes de que el órgano competente proceda a redactar la propuesta de resolución.

B) *Pruebas*

El instructor del procedimiento podrá acordar la apertura de un periodo de prueba, por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas se juzguen pertinentes. Será admisible cualquier medio de prueba que sirva para acreditar las circunstancias reales del menor[618]; en especial, la pericial, documental y testifical[619].

---

[617] En el Ap. 91 de esta Sentencia el Tribunal afirma la diferente naturaleza de los intereses protegidos por los arts. 6.1 y 8 del CEDH. El art. 6.1 concede una garantía procedimental. En cambio, la exigencia procedimental inherente al art. 8, no sólo cubre los procedimientos administrativos y judiciales, sino que va asociada a un objetivo más amplio que consiste en garantizar el justo respeto, entre otros, del derecho a la vida familiar.

[618] Art. 80 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC). En el mismo sentido se expresa el Decreto de la Junta de Andalucía 42/2002, de 12 de febrero, de régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa (art. 25).Ver, asimismo, el Decreto del Gobierno de Cantabria 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores (art. 18.1).

[619] Así se prevé en la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección de la infancia (art. 64.3).

Además de las pruebas que pueda instar, en su caso, el propio instructor del procedimiento, también podrán solicitar la práctica de pruebas, tanto el propio menor, como sus padres, tutor, guardador u otros interesados en el procedimiento[620]. Por tanto, también el Ministerio Fiscal podría solicitar en el marco del procedimiento de desamparo la práctica de las pruebas que estime oportunas[621].

El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar la realización de las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada (art. 80.3 LRJ-PAC). La negativa de la Administración a abrir el periodo de prueba o a practicar las propuestas por los interesados, en el caso de que resultaren objetivamente necesarias, podría determinar la nulidad de la decisión final en la medida que la negativa hubiera producido indefensión[622].

Así, todos los interesados podrían proponer la audiencia y declaración de personas o la emisión de informes que puedan aportar más información sobre la situación efectiva del menor y su entorno socio-familiar[623]. Las declaraciones testificales y la prueba pericial constituyen un elemento que podrá permitir a la Administración valorar la situación del menor y establecer si se encuentra desamparado.

En la medida que la situación de desamparo constituye una situación de hecho en la que se encuentra el menor, es necesario verificar y valorar las circunstancias específicas de cada caso concreto. Por tanto, debe acreditarse a lo largo del procedimiento administrativo que los menores se ven privados de la necesaria asistencia y protección, de forma que no tienen garantizadas sus necesidades básicas, el adecuado desarrollo de su personalidad. La Administración deberá valorar el conjunto del material probatorio, así como los informes emitidos, al efecto de estimar si el menor se encuentra en una situación objetiva de desamparo. La Administración no puede declarar la situación de desamparo y asumir la tutela basándose tan solo en temores o suposiciones[624].

---

[620] La Ley de la Comunidad de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia, prevé en su art. 52.1 e) que "*se podrá abrir un período de prueba a instancia del menor que hubiere cumplido doce años o de quienes ejercieren sobre él potestad o guarda*".

[621] Tal como sucede en el marco del proceso judicial de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Según resulta del art. 752 en relación con el art. 780 de la Ley de 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

[622] El art. 80.3 de la LRJ-PAC dispone que "el instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada".

[623] En este sentido el art. 8.1 del Decreto del gobierno de la Comunidad de Madrid 121/1988, de 23 de noviembre, sobre procedimiento de constitución y ejercicio de tutela y guarda de menores desamparados.

[624] Así lo afirma expresamente el Tribunal en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 11 de enero de 1994 (AC 1994\45).

C) *Informes*

El órgano administrativo competente para la instrucción del procedimiento de desamparo deberá realizar de oficio y, con la mayor brevedad, las actuaciones precisas para la elaboración de un diagnóstico del estado real del menor que sufre una posible situación de desamparo. Así, los profesionales competentes deberán examinar y valorar si el menor tiene cubiertas sus necesidades básicas y, en caso de que no estuvieran siendo satisfechas, si la situación limita seriamente su desarrollo físico, psíquico o social[625]. Para ello, podrán solicitar los informes sociales, médicos, psicológico, pedagógicos, policiales u otros que sean necesarios, al efecto de conocer las circunstancias del menor y, en su caso, determinar si se encuentra en situación de desamparo o si estamos ante una simple situación de riesgo y, por tanto, es posible brindarle atención en el seno de su propia familia[626].

> Según resulta de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de abril 2002 (JUR 2002\185690), los *informes de profesionales imparciales*, expertos en la materia dada su titulación, orientan la decisión de la Administración y, en su caso, de los Tribunales. Por otra parte, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 9 de julio 1996 (RJCA 1996\2096), se tiene en cuenta el carácter objetivo e imparcial de los componentes del equipo social y médico que formula los informes como garantía de acierto y objetividad.

Además, al objeto de conocer la situación personal del menor, en el curso del procedimiento de desamparo podrá solicitarse, de oficio o a instancia de parte, la emisión de informes a todas aquellas personas o instituciones que puedan aportar datos sobre la situación efectiva del menor y de su entorno socio-familiar.

Por tanto, el instructor del expediente deberá solicitar aquellos informes previstos con carácter preceptivo por las normas reguladoras del procedimiento de desamparo. Además, también solicitará, fundamentando la conveniencia de reclamarlos, aquellos otros informes que juzgue necesarios para determinar la situación del menor y, en su caso, establecer las medidas de protección que resultan más adecuadas en el caso concreto. En la petición de los informes se deberán concretar los extremos o cuestiones sobre los que deberá versar el mismo (art. 82 LRJ-PAC).

> Así, el Decreto del Gobierno de Cantabria 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores, establece en su

[625] Nos brinda una clasificación de las necesidades de los menores, al efecto de determinar la conveniencia de declarar la situación de riesgo o desamparo, LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente a los malos tratos... cit.*, págs. 13 y ss. En la misma obra se hace referencia al alcance de la evaluación del menor y al contenido de los informes, págs. 178 y ss.

[626] Ver, entre otros, el art. 24.2 del Decreto de la Junta de Andalucía 42/2002, de 12 de febrero.

art. 18.2 que "es preceptiva la emisión de un informe social sobre la situación del menor y su familia. Además, podrán solicitarse cuantos informes sociales, médicos, psicológicos, policiales o de cualquier naturaleza, resulten necesarios"[627].

En aquellos casos que hubieran intervenido previamente los servicios sociales generales o de atención primaria en el entorno socio-familiar del menor, será fundamental que en el expediente administrativo de desamparo conste el informe elaborado por los mismos. Debe tenerse en cuenta que en muchos supuestos, la Administración autonómica tendrá conocimiento de una posible situación de desamparo porque los servicios sociales de atención primaria han derivado el caso a los servicios especializados.

Así, por ejemplo, el Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo, de medidas de protección jurídica del menor, dispone en su art. 26.1 que "en todo caso será necesario que en el expediente (de declaración de desamparo) conste el *informe del equipo municipal de servicios sociales*. Dicho informe contendrá un análisis completo de la situación personal del menor, de sus circunstancias socio-familiares y de su entorno inmediato, así como una valoración de las actuaciones realizadas y medidas adoptadas previamente por la entidad local en ejercicio de las competencias atribuidas" para actuar ante situaciones de riesgo[628].

En Cataluña, mediante Decreto 62/2001, de 20 de febrero, se ha creado un órgano consultivo al que es preceptivo solicitar dictamen siempre que la propuesta de resolución del procedimiento de desamparo contemple la aplicación de una medida de protección que suponga la separación del menor de su núcleo familiar. Este dictamen debe ser emitido por el Comité Técnico de Evaluación de Declaraciones de Desamparo, órgano colegiado consultivo de la Administración de la Generalitat en materia de protección de menores desamparados, adscrito a la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia. El informe de este órgano tiene carácter preceptivo pero no es vinculante.

En el marco de los procedimientos de desamparo y asunción de la tutela por la Administración los informes de médicos, psicólogos u otros profesionales desempeñan un papel esencial, ya que la Administración actúa en el ámbito de la denominada discrecionalidad técnica. La resolución administrativa por la que se declara a un menor en situación de desamparado no es fruto de una valoración política o puramente administrativa. Para valorar y determinar la efectiva situación del menor será imprescindible, por lo general, contar con el auxilio de otras ciencias, con el juicio técnico de profesionales especializados (psicólogos, psicopedagogos, trabajadores sociales, educadores, médicos, etc.).

[627] Ver, asimismo, la Ley de la Comunidad Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (art. 52.1b).

[628] De modo similar, el Decreto del Gobierno de Madrid 121/1988, de 23 de noviembre, del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor dispone que "para la adecuada instrucción del expediente, se solicitarán los *informe* a los *servicios sociales generales de los municipios* en que hubieran residido, sobre el menor y su familia" (art. 6.1).

D) *Audiencia*

a) *La audiencia de los interesados. El emplazamiento*

Una vez instruido el procedimiento y antes de redactar la propuesta de resolución, el expediente deberá ponerse de manifiesto a todos los interesados —los padres, tutores, guardadores, el propio menor y otros interesados como, en su caso, el denunciante-interesado[629]— o a sus representantes, a fin de que puedan alegar y aportar los documentos que estimen convenientes[630]. En el expediente deberá quedar constancia de la práctica de este trámite y, en su caso, de las notificaciones cursadas en legal forma dando audiencia o los motivos por los que no hubiera podido efectuarse[631].

> Así, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de julio de 1996 (RJCA 1996\891), el Tribunal contencioso-administrativo, que se declara competente para fiscalizar los aspectos formales de la resolución administrativa por la que se declara a un menor desamparo, entra a examinar si se ha cumplimentado "la preceptiva audiencia de todos los interesados"[632]. La omisión del trámite de audiencia comportaría la invalidez de la decisión final. Es más, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta que la imposibilidad de consultar, por parte de los padres de un menor respecto del que se han adoptado medidas de protección, los documentos e informes obrantes en un expediente comportaría el carácter no equitativo del procedimiento y, en consecuencia, la vulneración del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 24 de febrero de 1995, asunto McMichael contra Reino Unido (TEDH 1995\9).

El trámite de audiencia debe distinguirse de la posibilidad que tienen los interesados de formular alegaciones en el curso del procedimiento. Así, la finalidad de la audiencia es permitir que los interesados puedan conocer el conjunto del expediente, al efecto de hacer emerger y confrontar todos los intereses implicados y, en su caso, preparar la defensa de sus posiciones sobre la base de lo actuado en el procedimiento. Por ello, este trámite tiene lu-

[629] Así, la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia, en su art. 52 prevé abrir el trámite de audiencia a la Junta de Parientes en virtud de lo establecido en las normas de Derecho civil de Aragón.

[630] En este sentido se expresa el Decreto de la Junta de Andalucía 42/2002, de 12 de febrero, de régimen de desamparo (art. 26). Ver, asimismo, el Decreto del Gobierno valenciano 93/2001, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección jurídica del menor (art. 27.2). Según dispone el art. 84.2 de la LRJ-PAC, el plazo dentro del cual los interesados podrán presentar alegaciones y aportar documentos no deberá ser inferior a diez días ni superior a quince. Acerca de la importancia de la participación de los padres en el procedimiento, LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente a los malos tratos... cit.*, pág. 152. Ver, asimismo, la jurisprudencia del TEDH citada en este mismo epígrafe, en el apartado "A) Alegaciones. Apertura del procedimiento a la participación de todos los interesados".

[631] Así lo expresa la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (art. 37.3). Ver, asimismo, el Decreto del Gobierno de Valencia 93/2001, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección jurídica del menor (art. 27.4).

[632] Ver, asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 16 de diciembre de 1996 (RJCA 1996\2281).

gar inmediatamente antes de formular la propuesta de resolución, pues es esencial que consten en el expediente todas las actuaciones practicadas con fundamento en las cuales se dictará la resolución administrativa final.

La Administración deberá poner de manifiesto el expediente a todos los interesados a fin de que conozcan todas las actuaciones practicadas hasta ese momento y así, a la vista de las mismas, puedan formular las alegaciones y aportar los documentos o justificantes que estimen convenientes[633]. No obstante, la Administración podría retirar del expediente administrativo aquellos documentos que pudieran revelar datos referentes a la intimidad de las personas[634].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que *es esencial que los padres puedan tener acceso a la información en la que se basan las autoridades para adoptar medidas de guarda legal*. Así, afirma que la obligación positiva de los Estados contratantes, en aplicación del art. 8 del Convenio, de proteger los intereses de la familia *exige que la documentación del caso esté a disposición de los padres afectados, incluso aunque ellos no lo hayan solicitado* (TEDH de 14 de enero 2003, asunto K.A. contra Finlandia, Ap. 105 (JUR 2003\50027).

Por tanto, es fundamental que los interesados sean personalmente emplazados a participar en este trámite. El emplazamiento a los interesados deberá ser personal siempre que los interesados sean conocidos e identificables a partir de los datos que obren en el expediente.

> Según se afirma en la STC 143/1990, de 26 de septiembre, con relación a los procedimientos judiciales en materia de menores, pero aplicable, asimismo, a los procedimientos administrativos, "*el art. 24 de la Constitución garantiza* no sólo el acceso al proceso y a los recursos legalmente establecidos, sino también *el adecuado ejercicio del derecho de audiencia bilateral para que las partes puedan hacer valer sus pretensiones. De ahí la especial relevancia que reviste el emplazamiento de quienes han de ser o pueden ser parte en el procedimiento* judicial (o administrativo) pues sólo la incomparecencia voluntaria o por negligencia inexcusable de la parte podría justificar, en principio, una resolución *inaudita parte*, este Tribunal ha mantenido que *debe procederse al emplazamiento personal siempre que los interesados sean conocidos e identificables a partir de los datos que obren en el escrito de interposición o en el expediente*, siendo sólo válida la citación edictal cuando no conste en las actuaciones el domicilio de la persona que debe ser emplazada o

[633] Según resulta del Informe del año 2003 Defensor del Menor de Andalucía al Parlamento, algunas de las consultas realizadas a esta institución se referían al derecho de los interesados a conocer el estado de tramitación de los procedimientos en el expediente de protección. Pues bien, el Defensor del Menor (pág. 260 del Informe) les asesora e indica la aplicación del art. 35 de la LRJ-PAC que reconoce el derecho "a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en que tengan la condición de interesados y obtener copias de los documentos contenidos en ellos".

[634] Así lo contempla expresamente el Decreto el Gobierno de Cantabria 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores (art. 19).

> se ignore su paradero por haber cambiado de domicilio". Esta doctrina es aplicable, asimismo, a los procedimientos administrativos dirigidos a verificar y, en su caso, declarar la situación de desamparo de un menor y la adopción de las consiguientes medidas de protección pública.

Por otra parte, la familia y el menor tienen derecho a recibir información sobre todo el proceso de intervención. Las causas que la motivan, los pasos a seguir, las posibles consecuencias de la misma o las vías de oposición[635].

b) La audiencia del menor

La audiencia del menor constituye un requisito ineludible en los procedimientos de desamparo y asunción de la tutela por la Administración. La Administración deberá abrir el trámite de audiencia al menor, a quien se deberá escuchar en la forma adecuada a su edad y grado de madurez, garantizado, en todo caso, la intimidad, seguridad y ausencia de presión[636]. En el expediente administrativo deberá quedar constancia que el menor ha disfrutado de este derecho[637]

> En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de abril 2002 (JUR 2002\185690), el Tribunal advierte acerca de la necesidad de escuchar al menor en los procedimientos administrativos dirigidos a declarar la situación de desamparo y determinar la medida de protección aplicable. La omisión de este trámite comportaría la nulidad de la resolución final.

En el trámite de audiencia deberán ser escuchados directamente los menores que tengan suficiente capacidad y madurez y, en todo caso, los que tuvieran más de doce años[638]. Además, estos menores podrán decidir ejercer este derecho por sí mismos o mediante persona que les representen[639]. En el caso

---

[635] Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente... cit.*, pág. 60.

[636] Así, la Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia, reconoce el derecho del menor a ser oído en el procedimiento "de acuerdo con su desarrollo evolutivo". Acerca de la audiencia como medio de evaluación de la situación del menor, LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente... cit.*, pág. 180.

[637] Así lo dispone expresamente la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (art. 37.2).

[638] Ley de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor (art. 11); Decreto del Gobierno de Madrid 121/1988, de 23 de noviembre, sobre procedimiento de constitución y ejercicio de tutela y guarda de menores desamparados (art. 7); Ley de las Islas Baleares 7/1995, de 21 de marzo, de guarda y protección de los menores desamparados (art. 8.1); Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (art. 52); Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (art. 64.1); o Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 37).

[639] Así lo dispone expresamente la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 21 de marzo, del menor (art. 52.2). Ahora bien, en este procedimiento no podrían actuar como representantes del menor sus padres o tutores, dado que sus intereses podrían ser contrapuestos a los de aquél.

de que solicitaran a la Administración ser oídos directamente o a través de persona que les represente, la denegación de la audiencia deberá ser motivada y notificada al propio menor y al Ministerio Fiscal.

La opinión de aquellos menores que no hubieran cumplido doce años y no tenga suficiente madurez deberá conocerse a través de sus representantes legales —en el caso de que no tengan intereses contrapuestos a los del menor— o a través de otras personas que por su profesión o relación de confianza con el menor puedan transmitir su opinión objetivamente.

> La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, impone a los Estados Partes la obligación de garantizar al niño, "que esté en condiciones de formarse un juicio propio, *el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño*, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño". A tal fin, el propio precepto establece la obligación de brindar al menor la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o *administrativo* que le afecte.

Así, la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, ha reconocido en su art. 9 (precepto de carácter orgánico) el *derecho de los menores a ser oídos "en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social"*. Asimismo, este precepto "garantiza que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio". Ahora bien, la propia norma advierte que "cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente". En cualquier caso, "cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquellos"[640].

Por tanto, en aquellos procedimientos de desamparo en los que la Administración considere que no es conveniente dar audiencia directamente al menor, deberán expresarse en la resolución final las razones que justifican esta decisión.

---

[640] En Cataluña, la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, dispone en su art. 11.1 que "los niños y adolescentes han de poder expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten". Por lo que se refiere al establecimiento de medidas de protección para los menores en situación de desamparo, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de protección de los menores desamparo, dispone en su art. 5.4 que en la adopción de cualquier medida debe ser oído el menor de más de doce años, y el de menos de doce si tiene suficiente conocimiento y es posible". Este precepto debe interpretarse de conformidad con el citado art. 9 LOPJM.

c) La audiencia del Ministerio Fiscal

En la actualidad, las normas que regulan los procedimientos administrativos de desamparo no contemplan la participación en el mismo del Ministerio Fiscal[641]. Sin embargo, a la vista del Ordenamiento aplicable, esta participación debería ser preceptiva. El Fiscal tiene la condición de interesado en el procedimiento administrativo en la medida que tiene legalmente encomendada la función de salvaguardar los derechos e intereses de los menores. Por tanto, el órgano administrativo competente debería comunicar al Ministerio Fiscal el inicio del procedimiento y la apertura del trámite de audiencia. El Ministerio Fiscal deberá manifestar en el trámite de audiencia lo que considere oportuno y, asimismo, debe velar porque la audiencia del menor se realice en las debidas condiciones. En definitiva, en el marco del procedimiento de desamparo y asunción de la tutela por la Administración, el Ministerio Fiscal deberá garantizar que se respeten los derechos del menor y que se adopten la decisión más conveniente para el interés superior del mismo. Ahora bien, lo cierto es que hoy por hoy la Fiscalía no cuenta con los medios personales y materiales para hacer frente a esta obligación[642].

En esta materia es esencial tener presente que la Carta Europea de los Derecho del Niño (aprobada por Resolución A3-0172/92, de 9 de julio 1992), en el ya citado punto 8.14, establece que "*en la totalidad de procedimientos* (dirigidos a adoptar una decisión relativa a los menores) *deberá ser parte obligatoriamente el ministerio fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguarda de los derechos e intereses del niño*".

5. La propuesta de resolución

La instrucción del procedimiento concluye tras la celebración del trámite de audiencia y vista del expediente. A continuación, el órgano instructor deberá elaborar la propuesta de resolución en la que, de forma clara y razonada, se determinará la procedencia o no de declarar al menor en situación de desamparo y, en su caso, las medidas de protección que se consideran más adecuadas.

> En Cataluña, el Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados, dispone en su art. 15 que la

[641] En la actualidad, las normas tan solo parecen contemplar el control *ex post* del Ministerio Fiscal y, por ello, se establece la obligación de comunicarle las resoluciones de la Administración dictadas en materia de protección de menores (art. 174 del Código Civil).

[642] No deja de ser paradójico y preocupante que la Fiscalía cuente con más medios para su intervención en el ámbito dirigido a determinar la responsabilidad penal de los menores que en el ámbito protector. La dedicación de medios personales y materiales en materia de protección haría, en buena medida, innecesario destinarlos a la intervención en el campo penal o de reforma.

> propuesta de medida de protección deberá especificar razonadamente y de forma clara y concisa: a) el plan de mejora; b) el alcance de la medida, con previsión de su duración y de la forma en que ha de aplicarse; c) los objetivos concretos a alcanzar mediante la aplicación de aquella medida.

La propuesta de resolución, junto con los documentos que forman el expediente administrativo, deberá trasladarse al órgano administrativo competente para resolver el procedimiento[643].

La Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, entre los principio rectores de la actuación de la Administración en este ámbito proclama "la objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de las medidas"[644].

Así, teniendo en cuenta que la determinación de si un menor se encuentra desamparado y, en su caso, la concreción de las medidas de protección que, en ejercicio de la tutela, resultan más convenientes para el concreto menor, son decisiones enmarcables en el ámbito de la denominada discrecionalidad técnica, con el fin de garantizar la objetividad, imparcialidad y acierto de la decisión, la propuesta de resolución debería se elaborada por un órgano de carácter colegiado e interdisciplinar. En efecto, numerosas normas autonómicas han previsto que sea un órgano de carácter colegiado y multidisciplinar el que realice la propuesta de resolución de desamparo y de adopción de las medidas de protección.

> El Decreto del Gobierno de Cantabria 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores, dispone en su art. 20 que "Las medidas de protección se adoptarán previa propuesta del *órgano colegiado* competente, en el que existirá una *visión pluridisciplinar* de la situación del menor y de su entorno". Asimismo, la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor, atribuye a un equipo interdisciplinar la competencia para proponer la medida de protección más adecuada para el menor (art. 24 en relación con el art. 37.4)[645]. En Cataluña, el Decreto 2/1997, de 7 de enero, de aprobación del Reglamento de protección de los menores desamparados, también encomienda a un equipo técnico la competencia para instruir el procedimiento y elaborar la propuesta de resolución (art. 15). Asimismo, la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 26 de enero, de protección del menor, ha creado la Comisión

[643] El Decreto del Gobierno andaluz 42/2002, de 12 de febrero, por el que se establece el régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de menores, dispone que la propuesta de resolución junto con el expediente se elevará al órgano competente para dictar la resolución "en un plazo no superior a cinco días hábiles" (art. 27).

[644] En el mismo sentido se expresa el art. 4 f) de la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia; el art. 6.2 j) de la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor.

[645] En el apartado 3 del art. 24 se dispone que "con objeto de garantizar la objetividad e imparcialidad en su acción protectora, la Consejería competente en materia de protección de menores adoptará las oportunas medidas de forma colegiada a través del *equipo interdisciplinar*, asumiendo *uno de los miembros* del citado equipo la *responsabilidad de cada caso*".

del Menor, órgano colegiado integrado por profesionales responsables de las distintas áreas relacionadas con la protección, formación y atención de menores y, entre otras, le atribuye la competencia para elevar propuestas al órgano decisor respecto a las medidas de protección (art. 23.1 y 2 a). En la Comunidad Valenciana, el Decreto 93/2001, de 22 de mayo, por el que el Gobierno aprueba el Reglamento de medidas de protección jurídica del menor, ha atribuido a la Comisión Técnica de Menores la competencia para formular de forma motivada la propuesta de resolución (art. 28)[646]. La Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores, también atribuye a un órgano colegiado la valoración de la situación de los menores y la elaboración de la propuesta de resolución (art. 4 en relación con el art. 51.1). De modo similar la Ley de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (art. 41 en relación con el art. 51).

6. La terminación del procedimiento. El plazo para dictar y notificar la resolución administrativa de desamparo

A) *La finalización del procedimiento. Las formas de terminación*

La resolución administrativa que ponga fin al procedimiento de desamparo deberá ser *motivada* y decidir todas las cuestiones planteadas. Así, en el supuesto de verificarse la situación de desamparo, el procedimiento administrativo finalizará con una resolución debidamente motivada declarando el desamparo y expresando las causas del mismo. En la resolución podrán acordarse, asimismo, las medidas y actuaciones para la protección del menor cuya tutela asume la Administración; aunque estas medidas también podrían ser establecidas en una resolución distinta.

Asimismo, podría suceder que en el curso del procedimiento la Administración constatará que la situación del menor no tiene la entidad para ser calificada como de desamparo y, en cambio, tratarse de una situación de riesgo que hace necesaria la intervención de los servicios sociales. En ese caso, se procederá al archivo del expediente de desamparo y se dará traslado de las actuaciones a la Administración competente para que adopte las medidas oportunas y realice el seguimiento del menor en su entorno socio-familiar, con el fin de erradicar los factores de riesgo y así evitar un agravamiento de la

[646] El propio Reglamento establece en su art. 91 la composición de esta Comisión, formada por "a) El Jefe del Servicio con competencias en materia de protección de menores, o persona en quien delegue, que será su Presidente; b) el Jefe de la Sección con competencias en materia de protección de menores; c) un *técnico jurídico* de la Sección con competencia en materia de protección de menores; d) un técnico de cada una de las diferentes unidades funcionales en materia de protección de menores, en las que se estructure el departamento del menor de las Direcciones Territoriales hasta un máximo de tres personas. Una de estas personas ejercerá de Secretario; e) un representante del centro donde el menor este acogido". Asimismo, podrán participar en las reuniones sin derecho de voto y previo requerimiento "representantes de los equipos municipales de servicios sociales o de las entidades colaboradoras de integración familiar, cuando la índole de los asuntos a tratar así lo requiera".

situación del menor[647]. Por otra parte, también deberá procederse al archivo de actuaciones en el supuesto de constatarse que el menor no padece una situación de desprotección.

En el procedimiento dirigido a verificar la situación de desamparo, difícilmente podrán tener cabida otras formas de terminación distintas a la resolución, como el desistimiento, la renuncia o la terminación convencional, ya que se trata de un procedimiento que tiene exclusivamente por objeto verificar una situación de hecho, si concurre o no una situación de desamparo.

No obstante, por lo que se refiere a la terminación convencional, los padres podrían asumir ante los servicios sociales el compromiso de adoptar determinadas conductas o medidas para una adecuada asistencia a los menores. Cuando así sucede, en lugar de acudir al desamparo, el caso podría calificarse como de riesgo y la Administración competente realizar el seguimiento y control del cumplimiento de los compromisos asumidos por los responsables del menor en el propio entorno socio-familiar. Ahora bien, en estos casos, en realidad, el procedimiento finalizaría con una resolución administrativa estableciendo que no concurre el desamparo, sino una situación de riesgo y remitiendo el expediente, incluidos los compromisos asumidos por la familia, a la Administración competente para intervenir en situaciones de riesgo.

Por otra parte, tampoco parece posible finalizar el procedimiento por las referidas vías en cuanto al establecimiento de las medidas de protección más convenientes. El objeto de esta clase procedimientos es indisponible[648]. En la decisión final deberá prevalecer, en todo caso, el interés superior del menor sobre cualquier otro interés. Por tanto, en la resolución final del procedimiento, la Administración deberá declarar si el menor se encuentra desamparado y, asimismo, explicitar las razones por las que, en su caso, se ha apreciado esta situación como consecuencia de la falta o indebido cumplimiento de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores.

> Ahora bien, podría suceder que, iniciado el procedimiento administrativo dirigido a apreciar si el menor se encuentre en situación de desamparo, la Administración constate que la situación de desprotección es debida a que concurren circunstancias graves o razones de fuerza mayor que impiden a los padres o tutores cumplir debidamente con los deberes de guarda. En este caso, si en el curso del procedimiento, los responsables del menor solicitaran a la Administración que asuma la guarda mientras se superan aquellas circunstancias que les impiden atender al menor, el

[647] Así se prevé, por ejemplo, en el Decreto del Gobierno de Canarias 54/1998, de 17 de abril, por el que se regulan las actuaciones de amparo de los menores (art. 10.2 b).

[648] De este modo lo establece, en referencia al proceso judicial de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, el art. 751 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que dispone que "no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción". El desistimiento requiere la conformidad del Ministerio Fiscal.

[649] Ver art. 172.2 del Código Civil; y en Cataluña, art. 9 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

procedimiento administrativo podría finalizar, no con una resolución de desamparo —que implicaría la suspensión de la patria potestad o la tutela— sino con una resolución mediante la que la Administración asume de forma temporal la guarda del menor a instancia de los propios padres o tutores[649].

B) *El plazo para dictar y notificar la resolución*

En cuanto al plazo dentro del cual la Administración deberá tramitar el procedimiento y dictar y notificar a los interesados la resolución final, será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento, tal como dispone el art. 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC). Asimismo, el citado precepto precisa que el referido plazo no podrá exceder de seis meses, a no ser que una norma con rango de ley disponga uno mayor. Por otra parte, el apartado 3 del propio art. 42, establece que "cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses".

Pues bien, por lo que se refiere a la protección pública de los menores desamparados, sólo algunos legisladores autonómicos han previsto el plazo dentro del cual la Administración deberá tramitar el procedimiento y dictar y notificar a los interesados la resolución administrativa final. Por tanto, en aquellos supuestos en los que la norma no ha establecido un plazo máximo dentro del cual se ha de notificar la resolución de desamparo, se aplicará el plazo de *tres meses* (art. 42.3 LRJ-PAC).

La Ley de la Comunidad de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia, al regular el procedimiento para declarar al menor desamparado y asumir la tutela, ha dispuesto en su art. 52.2 que "en ningún caso el plazo máximo de resolución será superior a tres meses desde que se inicia el expediente salvo que el órgano competente para resolver autorice, excepcionalmente, una prórroga por un período máximo de dos meses". También establece que el plazo máximo para dictar resolución no podrá ser superior a tres meses la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 51.1). En cambio, el Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo, de medidas de protección jurídica del menor, prevé un plazo máximo de seis meses. Asimismo, el Decreto del Gobierno de Cantabria 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores, contempla un plazo de seis meses para resolver y notificar la resolución[650].

Ahora bien, el plazo máximo legal para resolver el procedimiento administrativo y notificar la resolución final podrá ser suspendido cuando sea necesario solicitar informes preceptivos y determinantes del contenido de la

[650] En efecto, el art. 29.2 del Decreto valenciano dispone que "si no se dicta y notifica resolución expresa en el plazo de seis meses, se entenderá que el procedimiento ha caducado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley 30/1992" (LRJ-PAC). Asimismo, dispone la caducidad del procedimiento el art.51.1 de la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero y el art. 22.2 del Decreto de Cantabria.

decisión a un órgano de la misma o de distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición —que deberá comunicarse a los interesados— y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este es un dato que será necesario tener en cuenta, debido a la importancia que tienen en esta clase de procedimiento los informes técnicos, por lo que en muchos casos se requieren con carácter preceptivo. No obstante, el plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses[651].

C) *La falta de resolución expresa. Silencio administrativo y caducidad del procedimiento*

La Ley impone a las Administraciones públicas la obligación de dictar resolución expresa en todos los procedimientos y notificarla, cualquiera que hubiera sido la forma de iniciación (art. 42.1 LRJ-PAC). La norma reguladora de cada procedimiento deberá establecer el plazo dentro del cual las Administraciones deberán tramitar los procedimientos y notificar a los interesados la resolución final[652]. En el supuesto de que las correspondientes normas reguladoras no fijen el plazo máximo, deberá aplicarse de forma supletoria el plazo de tres meses establecido en el art. 42.3 de la LRJ-PAC.

En el caso de *procedimientos iniciados a solicitud de persona interesada*, el transcurso del plazo máximo legalmente previsto sin que se hubiera notificado la resolución expresa, legitima a los interesados para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo. Los interesados podrán entender sus solicitudes estimadas por silencio administrativo en todos los casos, salvo cuando una norma con rango de Ley establezca lo contrario (art. 43.1 y 2 LRJ-PAC).

> Así, la Ley de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia, en su art. 52.2 dispone que en ningún caso el plazo máximo para tramitar el procedimiento de desamparo y notificar la resolución "será superior a *tres meses* desde que se inició el expediente salvo que el órgano competente para resolver autorice, excepcionalmente una prórroga por un período máximo de dos meses". En el apartado 3 añade que "en los expedientes de asunción de tutela por ministerio de la ley, promovidos a instancia de parte, *el silencio administrativo, en caso de producirse tendrá efectos negativos*"[653].

[651] Así lo dispone el art. 42.5 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC).

[652] Este plazo, como se ha dicho, no podrá ser superior a seis meses, salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativo comunitaria europea (art. 42.2 LRJ-PAC).

[653] La Ley de la Rioja 4/1998, de 18 de marzo, se pronunciaba en su art. 49 en el mismo sentido. Sin embargo, la nueva Ley 1/2006, de 28 de febrero, ha establecido expresamente en el art. 50.1 que en ningún caso podrá iniciarse el procedimiento a instancia de parte "ni podrá entenderse producida en él ninguna resolución por silencio administrativo". En la Exposición de Motivos de la Ley no se expresan las razones de este cambio radical.

Por tanto, en aquellos casos en que el procedimiento de desamparo y asunción de la tutela por la Administración se ha iniciado a instancia de persona interesada, el silencio tiene de forma general efectos positivos. Así, la solicitud de la persona interesada, dirigida a que la Administración declare el desamparo y asuma la tutela del menor, debe entenderse estimada. La estimación por silencio tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento de desamparo (art. 43.2 LRJ-PAC). Por tanto, la Administración tendría atribuida *ex lege* la tutela del menor y debería adoptar las necesarias medidas de protección. En el supuesto de que la Administración persistiera en su inactividad y no brindará al menor la necesaria asistencia y protección, podría acudirse a los Tribunales a través de la acción de inactividad prevista en el art. 29 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa[654]. Este camino podría ser seguido por los menores inmigrantes no acompañados a los que las Administraciones se resisten, en muchos casos, a declarar en desamparo y tutelar, por el temor al efecto llamada.

En cambio, en el caso de que el *procedimiento* se hubiera *iniciado de oficio*, el transcurso del plazo legalmente previsto para resolver y notificar la resolución, produce distintos efectos según se trate de un procedimiento susceptible de producir efectos favorables o desfavorables (art. 44 LRJ-PAC). Así, en los procedimientos susceptibles de producir efectos favorables, los interesados podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo. En cambio, en los procedimientos a través de los cuales la Administración ejercita potestades de intervención o son susceptibles de producir efectos desfavorables, se producirá la caducidad del procedimiento.

Pues bien, según vimos páginas atrás[655], los efectos del procedimiento de desamparo y asunción de la tutela por la Administración deben ser calificados como *favorables*. La perspectiva que debe acogerse es la del menor a quien se hace efectivo su derecho a recibir asistencia y protección de las Administraciones públicas y no la de los padres que ven afectado su derecho a la vida familiar. Por tanto, en los procedimientos iniciados de oficio, la falta

[654] Este precepto dispone que "Cuando la Administración... en virtud de un acto... esté obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración". En la actualidad, La Ley de Enjuiciamiento civil prevé el procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (arts. 779 y 780), pero no contempla el recurso frente a la inactividad de la Administración.

[655] Ver en este mismo Capítulo, en el epígrafe VI, apartado 3 relativo al "inicio del procedimiento administrativo", los epígrafes sobre la naturaleza de los efectos del procedimiento de desamparo y asunción de la tutela por la Administración y las clases de iniciación.

de resolución expresa comportará que los interesados deban entender desestimadas sus pretensiones por silencio.

No obstante, tal como se ha puesto de relieve con anterioridad, algunas normas autonómicas, han acogido la perspectiva de los padres o tutores que pueden ver suspendida la patria potestad o la tutela ordinaria. Desde este ángulo, han considerado que se trata de un procedimiento a través del que se ejercitan potestades de intervención. Por ello, han contemplado la iniciación de oficio de los procedimientos y la consiguiente caducidad en caso del vencimiento del plazo máximo para resolver y notificar la decisión final. Así, la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, el Decreto del Gobierno valenciano 93/2001, de 22 de mayo (art. 29.2) o el Decreto del Gobierno de Cantabria 58/2002, de 30 de mayo (art. 22). Sin embargo, considero que esta posición debería ser revisada a la luz del principio del interés superior del menor que también vincula al legislador (art. 3.1 de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas). La perspectiva que debería acogerse es la del menor y no la de sus padres o tutores, ya que debe prevalecer el interés superior del primero.

VII. LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DE DESAMPARO

1. La resolución administrativa de desamparo: contenido y efectos; en especial, la motivación

Una vez tramitado el procedimiento administrativo dirigido a conocer y valorar la situación del menor y, en su caso, verificado el desamparo. El órgano administrativo competente declarará mediante resolución debidamente *motivada* la situación de desamparo del menor. La resolución administrativa deberá explicitar las razones que han conducido a la Administración, a la vista de los hechos, a declarar el desamparo y, por consiguiente, asumir la tutela del menor y adoptar las necesarias medidas de protección.

De la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta que la resolución administrativa de desamparo, para ser conforme al art. 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, debe estar basada en *razones "pertinentes"* y *"suficientes"*. Así, debe ser capaz de convencer a un observador objetivo de que la asunción de la tutela por la Administración está basada en una valoración cuidadosa y sin prejuicios de todas las pruebas realizadas en el curso del procedimiento y obrantes en el expediente, *indicando explícitamente las razones que han llevado a adoptar esta medida.* Tal como afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el razonamiento debe reflejar el cuidadoso examen que se puede esperar que los órganos competentes lleven a cabo en una cuestión de tal magnitud, valorando las diferentes pruebas que militan a favor y en contra de la decisión (STEDH de 14 de enero 2003, asunto K.A. contra Finlandia, Ap. 103 (JUR 2003\50027).

La Ley anuda a la resolución administrativa de desamparo la atribución automática de la tutela del menor a la Administración. Sin embargo, ni el Código Civil ni las diversas normas autonómicas pueden contemplar y precisar, de modo exhaustivo y completo, cada una de las circunstancias que determinarán la declaración de desamparo de un menor. El concepto de desamparo queda comprendido entre los que, desde la doctrina administrativa tradicional, se califican como "conceptos jurídicos indeterminados". La Administración, para precisar este concepto y concluir si un menor se encuentra efectivamente en situación de desamparo, deberá examinar las circunstancias del propio menor y de su entorno socio-familiar. Ahora bien, el análisis correcto de la situación de hecho, al efecto de concluir si un menor se encuentra desamparado, requerirá generalmente (desde, luego cuando se actúa en el denominado "halo de incertidumbre" del concepto) la intervención de profesionales especializados, de técnicos —psicólogos, médicos, pedagogos, trabajadores sociales— que puedan conocer y valorar con rigor las condiciones reales del menor y su entorno, al efecto de concluir si se encuentra desamparado. La actividad mediante la que la Administración dota de contenido o precisa el concepto normativo indeterminado se califica como ejercicio de discrecionalidad de juicio o interpretativa, por un sector destacado de la doctrina administrativa[656]. Estamos ante una actividad mediante la que la Administración interpreta o completa la ley, dota de contenido o significado a un concepto normativo; en este caso, el concepto legal de "desamparo" que el legislador no puede precisar de forma completa y exhaustiva. Puede afirmarse que es imposible recoger o contemplar en una norma todas las posibles, variadas y complejas circunstancias y situaciones que pueden comportar el desamparo de un menor.

Por todo ello, la Administración deberá justificar y expresar en la resolución de desamparo las razones por las cuales, a la vista de las concretas circunstancias personales, familiares y sociales del menor, ha concluido que en aquel caso concurre una situación de desamparo[657]. De modo que esta resolución deberá ser debidamente *motivada* con referencia a los fundamentos de hecho y de derecho que justifiquen la decisión adoptada[658]. Así, pues, la

[656] Vid. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa", *REDA* nº 92, 1996, págs. 535-554.

[657] Debe tenerse en cuenta que la declaración de *desamparo* comporta la atribución de la tutela a la Administración y las medidas de protección previstas en el marco de la tutela suponen la separación del menor de su familia. En cambio, de concluirse que el menor se encuentra simplemente en situación de *riesgo*, las medidas de protección previstas se aplican en el propio entorno familiar del menor (arts. 12 y 17 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor). Por tanto, será fundamental establecer, con toda claridad, las razones que llevan a la Administración a calificar la situación del menor como de desamparo y no simplemente como una situación de riesgo, ya que las medidas de protección tienen un alcance muy distinto en uno y otro caso.

[658] Así lo requiere el art. 54 de la LRJ-PAC para todos aquellos actos administrativos dictados en ejercicio de potestades discrecionales y los que deban serlo en virtud de una disposición legal o reglamentaria expresa. Pues bien, las diversas normas autonómicas sobre pro-

motivación ha de ser pertinente y suficiente. Deberá expresar el proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión. En la resolución de desamparo deberá quedar justificada la aplicación de dicho concepto a las circunstancias de hecho singulares de que se trate; otra cosa no sería expresar un motivo sino una conclusión[659]. No obstante, hemos de preguntarnos si la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma[660].

> El Decreto de la Junta de Andalucía 42/2002, de 12 de febrero, de régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa, en su art. 28.2, dispone expresamente que "la resolución —se refiere a la de desamparo— deberá estar debidamente *motivada*, con relación de hechos y fundamentos de derecho que justifiquen la decisión adoptada. *No obstante, podrá servir de motivación a la resolución la aceptación de los informes que se hubieran incorporado al procedimiento durante su instrucción*, y que se refieran a la situación real de los menores".
>
> Por otra parte, en la Sentencia de la Audiencia provincial de Valencia, de 30 de abril 2002 (JUR 2002\185690), el Tribunal afirmó que no puede tildarse de falta de motivación la resolución recurrida dado que se apoya básicamente en los informes de los técnicos.

Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que el art. 8 del Convenio Europeo, en el que se reconoce el derecho a la vida familiar, "exige que las autoridades y tribunales que toman decisiones proporcionen *razones detalladas* como para permitir a los padres o tutores participar en las siguientes tomas de decisiones, recurriendo sus resoluciones de manera adecuada". Y añade "*una mera referencia a la "documentación archivada" o a la "información" contenida en apéndices de una resolución no proporcionará a esa parte del procedimiento la suficiente información para un posible recurso y así, no le permitirá participar de manera suficiente en el proceso de toma de decisiones*" (STEDH de 14 de enero 2003, asunto K.A. contra Finlandia, Ap. 104, (JUR 2003\50027).

Por tanto, como vemos, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo resulta que no podrá admitirse como motivación la aceptación de los informes

---

tección de menores contemplan la necesidad de motivar las resoluciones de desamparo y adopción de medidas de protección. Así, entre otras, la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (art. 60); el Decreto del Gobierno de Cantabria 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores ((art. 21); la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (art. 67); Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (art. 40.2); Ley de Extremadura 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores (art. 8); Ley de Baleares 7/1995, de 21 de marzo, de guarda y protección de los menores desamparados (art. 8.2); la Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia (art. 24); Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor (art. 33); Decreto del Gobierno valenciano 93/2001, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección jurídica del menor (art.29.1).

[659] Así lo afirman GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 565.

[660] Según establece el art. 89.5 de la LRJ-PAC.

recabados a lo largo del procedimiento. La efectividad del derecho a la vida familiar, reconocido en el art. 8 de la Convenio Europeo de Derechos humanos, exige que la Administración explicite en la resolución de desamparo las razones detalladas de la misma. La motivación debe permitir el control posterior del acto y, en particular, la adecuación al fin. En este caso, la protección del menor y de su interés superior[661].

> En la medida que la motivación de la resolución constituye un requisito formal de la misma, los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo podrían ser competentes para realizar el control de la legalidad formal. Así se declara, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 16 de diciembre de 1996 (RJCA 1996\2281) o de 13 de febrero de 1997 (RJCA 1997\466), en las que el Tribunal entra a controlar si en el procedimiento administrativo para dictar la resolución de desamparo se han observados los trámites y garantías esenciales del procedimiento, incluido el requisito de la motivación de la resolución[662].

En cuanto a los *efectos* de la resolución administrativa de desamparo, la Ley anuda a la misma la producción de efectos de diversa naturaleza. Por una parte de naturaleza administrativa y, por otra, de naturaleza civil. Así, en el momento de dictarse la resolución de desamparo se produce *ex lege* un *efecto de naturaleza administrativa*: la atribución a la Administración de manera automática de la tutela del menor. Este título legitima y obliga a la Administración a adoptar un conjunto de medidas de protección en interés del menor, que inciden en el derecho a la vida familiar. Por otra parte, una vez la resolución administrativa de desamparo ha producido *ex lege* el efecto de atribuir de forma automática la tutela a la Administración, se producen, también por obra de la ley y de manera automática, *efectos civiles*: la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria[663]. En consecuencia, la Administración tiene atribuida por la Ley la tutela del menor y, por tanto, la titularidad de su guarda es, pues, responsable de los deberes y facultades inherentes a la misma[664]. De forma simultánea, la Ley suspende a los padres o tutores las obli-

[661] En el Auto de la Audiencia de Cádiz de 19 de mayo 2001 (JUR 2001\303272), el Tribunal afirma que "el principio del interés del menor... constituye la finalidad legal de la actuación pública y causa de los correspondientes actos administrativos" ya sea la resolución administrativa declarando el desamparo del menor o mediante la que se acuerdan las medidas de protección.

[662] Ahora bien, también es posible plantear ante los Tribunales civiles como una cuestión prejudicial la invalidez de la resolución administrativa de desamparo por vicios formales. El art. 10.1 de la Ley orgánica 6/1986, de 1 de julio, del Poder Judicial, establece que "a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente".

[663] Art. 172.1 *in fine* del Código Civil. En Cataluña, art. 3 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y art. 164 del Código de Familia.

[664] La patria potestad comprende los siguientes deberes y facultades de contenido personal: velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Así resulta del art. 154 del Código Civil y, en Cataluña del art. 143.1 del Código de Familia. No obstante, la Administración que asume la tutela del menor desamparo podrá delegar el ejercicio de la guarda del menor.

gaciones y facultades de carácter personal inherentes a la patria potestad o la tutela.

Por otra parte, en ciertos casos deberá otorgarse eficacia retroactiva a la resolución de desamparo, en la medida que de la misma deriven efectos favorables para el menor y el supuesto de hecho necesario —la situación de desamparo— ya existiera en la fecha a la que se retrotrae la eficacia del acto. Así debe suceder en el caso de resoluciones que declaran la situación de desamparo de un menor inmigrante no acompañado, de forma que la tutela *ex lege* de la Administración retrotraería sus efectos al momento en que se puso de manifiesto la situación de desamparo que la Administración ha declarado tras la tramitación del oportuno procedimiento[665]. Debe tenerse en cuenta que la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone en su art. 35.4 que "se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública". El propio precepto añade que "a instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará una autorización de residencia, *cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiera sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores*; prescripción que lleva a mantener, asimismo, los efectos retroactivos de la resolución de desamparo en estos casos[666].

En la medida que la resolución de desamparo comporta la atribución *ex lege* de la tutela a la Administración, en la misma resolución podrán acordarse las medidas de protección aplicables al concreto menor y, en su caso, el régimen de relaciones personales de los menores con su familia. Así, la mayor parte de las normas autonómicas, cuando precisan el contenido de la resolución de desamparo, prevén que establecerá, asimismo, las medidas de protección[667]. La

[665] El art. 57.3 de la LRJ-PAC dispone que "excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando... produzcan efectos favorables al interesados, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas". En el caso de la declaración de desamparo de los menores inmigrantes no acompañados no se producen efectos desfavorables para ningún interesado, al contrario de lo que podría suceder respecto a otros menores. Sobre la retroactividad de la eficacia del acto administrativo, ver entre muchos otros, MARTÍN REBOLLO, Luis, "Disposiciones administrativas y actos administrativo", en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, dirigida por Jesús Leguina Villa y Miguel Sanchéz Morón, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 171-172; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. II, 3ª ed., Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, págs. 166-167.

[666] Asimismo, la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en su art. 10.4 establece que, una vez constituida la guarda o tutela de los menores extranjeros que no residan legalmente en España, "la Administración pública competente facilitará a los menores extranjeros la documentación acreditativa de su situación".

[667] En el caso de Canarias, la resolución declarando el desamparo, además de contemplar las medidas de protección, deberá ordenar la inscripción del menor en el Registro de Tutelas. En este Registro son inscritos todos los menores cuya tutela es asumida por la Adminis-

Administración deberá expresar la razón por la que aquella medida protectora es la más conveniente para el menor, así como el alcance y finalidad de la misma. Por tanto, la motivación de la resolución administrativa no sólo deberá referirse a la valoración de las circunstancias del menor y de su entorno que han conducido a la declaración de desamparo; la motivación deberá alcanzar, asimismo, a las razones por las cuales las medidas y actuaciones de protección acordadas resultan adecuadas a los intereses de aquel menor incluido, en su caso, el régimen de visitas que pudiera acordarse[668].

> En el art. 28.2 del citado Decreto de la Junta de Andalucía 42/2002, de 12 de febrero, se establece que "la parte dispositiva de la resolución deberá expresar la procedencia o no de declarar la situación de desamparo y, en su caso, la asunción de la tutela de los menores, la designación de las personas, Entidades o Centros a los que se atribuya el ejercicio de la guarda mediante acogimiento familiar o residencial, y el régimen de relaciones personales de los menores con sus padres, parientes y allegados".

Por otra parte, en la resolución también podría establecerse el plazo dentro del cual los padres, tutor, guardador u otras personas que convivan en aquel momento con el menor deberán ponerlo aquél a disposición de la Administración[669].

A continuación, como veremos, la Administración deberá notificar la resolución administrativa a todos los interesados en el procedimiento, también al menor. Asimismo, deberá comunicar la resolución al Ministerio Fiscal. En el caso de menores extranjeros tutelados por la Administración, la resolución de desamparo también debería ser comunicada a la autoridad consular.

2. La notificación de la resolución administrativa: destinatarios, plazo, medio o forma, contenido y acreditación

La eficacia de la resolución administrativa de desamparo quedaría supeditada a su notificación[670]. De ahí la importancia que la misma se practique

---

tración Canaria a través de la Dirección General de Protección del Menor y Familia (Decreto 54/1998, de 17 de abril, por el que se regulan las actuaciones de amparo de los menores en el ámbito de Canarias (arts. 10.2 b) en relación con el art. 49).

[668] Ver, en este sentido, entre otras normas, la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (60); el Decreto del Gobierno de Cantabria 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores (art. 21); la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (art. 67); Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (40.2); Ley gallega 3/1997, de 9 de junio, de la familia, la infancia y la adolescencia (art. 18); Ley de Baleares 7/1995, de 21 de marzo, de guarda y protección de los menores desamparados (art. 8.2); Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia (art. 24.3).

[669] Ver el art. 37.2 del Decreto del Gobierno de Galicia 42/2000, de 7 de enero.

[670] Así resultaría del art. 57.2 en relación con el art. 58 de la LRJ-PAC. No obstante, en algún caso, las normas autonómicas de protección de menores, han dispuesto que la resolución de desamparo será ejecutiva desde la fecha en que se dicte. De este modo lo establece

conforme a Derecho. La notificación de la resolución constituye una garantía tanto para los interesados como para la propia Administración actuante. La notificación permite a los interesados conocer el contenido de la decisión administrativa que les afecta y, en su caso, poder oponerse a la misma. Por otra parte, también es una garantía para la Administración ya que de la notificación derivan ciertos efectos jurídicos[671].

A) *Destinatarios*

La resolución administrativa por la que se declara a un menor en situación de desamparo y se adoptan las necesarias medidas de protección deberá ser notificada a los padres, tutores, guardadores y, claro está, al propio menor siempre que hubiera cumplido los doce años y a los de menor edad según su grado de madurez. Asimismo, la resolución deberá ser notificada a todos las demás personas que tuvieran la condición de interesados en el procedimiento; este sería el caso del denunciante-interesado[672].

Asimismo, como veremos más adelante, la resolución deberá ser notificada al Ministerio Fiscal. Por otra parte, alguna legislación contempla la comunicación del contenido de la misma a las personas a favor de quienes se establece el acogimiento familiar o al director del centro o institución que asume el acogimiento residencial[673].

B) *Plazo*

En cuanto al plazo dentro del cual deberá ser notificada la resolución de desamparo y tutela de la Administración, del art. 172.1 del Código Civil re-

el art. 31.1 del Decreto del Gobierno andaluz 42/2002, de 12 de febrero. Sin embargo, podríamos entender que esta previsión no es ajustada a lo dispuesto en los referidos preceptos de la LRJ-PAC ya que, además, la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, establece que será ejecutiva con arreglo a lo dispuesto en las leyes (art. 23.3).

[671] Art. 57 en relación con el art. 58 de la LRJ-PAC. Vid. REBOLLEDO VALERA, Ángel, "Procedimientos judiciales...*cit.*, pág. 15.

[672] Asimismo, en el caso de que la Administración no hubiera acordado en la misma resolución de desamparo la medida de protección aplicable al menor, una vez dictada la resolución estableciendo el tipo de medida y su alcance y finalidad, deberá ser notificada también a todos los interesados. La Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, dispone en su art. 2.4 que la resolución de desamparado será "notificada a los padres, al tutor, al guardador o a los familiares que últimamente hayan convivido con el menor. Estos también serán informados de los derechos que les asisten y de cómo pueden canalizar su oposición". A continuación, el art. 7 añade que "la adopción de cualquier medida, y la finalidad y el alcance de ésta, serán notificados inmediatamente a los padres, al tutor, al guardador o a los familiares que últimamente hayan convivido con el menor".

[673] Este es el caso de la Comunidad Andaluza, que así lo prevé en el art. 29.1 y 2 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, por el que se establece el régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de menores.

sulta que la Administración que tenga encomendado en su respectivo territorio la protección de los menores, deberá notificar a los padres, tutores o guardadores —también a otros posibles interesados y al propio menor— esta resolución en un *plazo de cuarenta y ocho horas*.

Teniendo en cuenta que esta materia ha sido regulada por el legislador estatal en el Cogido Civil, al amparo del título competencial legislación civil de art. 149.1.8 de la Constitución —cuestión que, como se ha planteado páginas atrás, es discutible— los legisladores autonómicos que no tienen competencia sobre legislación civil han acogido el referido plazo de cuarenta y ocho horas para la práctica de la notificación de la resolución de desamparo[674].

Asimismo, en Navarra, donde se ha invocado el título competencia legislación civil para regular esta materia, se ha establecido un plazo máximo de cuarenta y ocho horas para practicar la notificación. En Cataluña, que también ha regulado la materia como legislación civil, parece contemplarse un plazo de dos días; y digo parece, porque no queda claro si la Ley establece este plazo exclusivamente para comunicar al Fiscal la resolución o si también es aplicable para la práctica de la notificación a los interesados[675].

C) *Medio o forma*

De forma general, las resoluciones administrativas en materia de desamparo y tutela de la Administración deberán notificarse *de forma presencial siempre que sea posible*. En efecto, el art. 172 del Código Civil establece que "siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará —a los interesados— de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posible efectos de la decisión adoptada". Así, las diversas normas autonómicas prevén la práctica de la notificación de modo presencial[676]. Además, en

[674] Así, la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección de la infancia, establece en su art. 68 que deberán ser notificadas "en el más breve plazo, y en todo caso, dentro de las cuarenta y ocho horas cuando se declare la situación de desamparo en que éste se encuentra y se asuma su tutela". Asimismo, prevén que la notificación de la resolución administrativa deberá practicarse dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, entre otras, la Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (art. 49), la Ley de Cantabria 7/1997, de 28 de abril, de protección a la infancia y la adolescencia (art. 32), la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (art.38), la Ley de la rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 51.2), el Decreto del Gobierno de Galicia 42/2000, de 7 de enero, que refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia (art. 37.2) o el Decreto andaluz 42/2002, de 12 de febrero (art. 29.3).

[675] Art. 51.4 de la Ley Foral de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre; y art. 2.4 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

[676] Este es el caso, entre otras, de la Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (art. 49); la Ley de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de protección de

el expediente administrativo deberá quedar constancia por escrito de la práctica de la notificación a los diversos interesados[677].

La notificación de forma personal es especialmente necesaria cuando va dirigida a los menores, con el fin de garantizar que éstos puedan comprender el significado y alcance de la decisión administrativa que les afecta. Por ello, los menores siempre deberían ser notificados de forma personal y de modo adecuado a su grado de madurez. La Administración deberá informarles, de forma veraz, completa y comprensible, acerca de su situación, de las medidas de protección que van a adoptarse y de los derechos que, conforme a la legislación vigente, les corresponden[678]. El menor debe conocer y comprender las razones por las que debe ser separado de su familia, el tiempo que se prevé que va a durar la separación, el régimen de relaciones personales con sus padres, el lugar y las personas con las que va a vivir. Además, de forma general, si el menor conoce o percibe que sus padres están de acuerdo con la decisión mostrará una aptitud menos negativa a la separación[679].

Desde mi punto de vista, sería conveniente que la notificación personal de la resolución de desamparo fuera realizada por el responsable del caso concreto o, al menos, por alguno de los miembros del equipo técnico que han realizado los estudios e informes en el entorno socio-familiar del menor que han desembocado en la decisión que se notifica. Estas personas conocen a la familia y, por tanto, serán las mejor preparadas para conseguir que ésta comprenda el significado de la decisión y la situación posterior. De este modo será más fácil su colaboración, no sólo en el momento de ejecutar la resolución y sacar al menor de su domicilio sino también con posterioridad, en el desarrollo del plan de mejora y reintegración familiar[680].

Asimismo, siempre que sea posible, la Administración también notificará de forma personal a los demás interesados. Debe tenerse en cuenta las importantes consecuencias de esta decisión administrativa; en especial en lo que se refiere a la incidencia en el derecho a la vida familiar. Por ello, será fundamental que la Administración, en el momento de practicar la notifica-

---

la infancia y la adolescencia; la Ley de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (art. 51.5); o la Ley de la Rioja 1/2006 de 28 de febrero, de protección de menores (art. 51.3).

[677] Así lo prevé expresamente la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (art. 38.2)

[678] De este modo lo disponen la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (art. 48.2 a) o la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero (art. 38).

[679] Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, Félix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente... cit.*, pág. 159.

[680] No obstante, parece que en muchos casos, ante el temor de que los padres huyan con el menor, la notificación se realiza por un educador social que no ha intervenido en el caso concreto, acompañado de un policía por si hubiera resistencia a entregar al menor. En mi opinión, este proceder es criticable como regla general y puede tener efectos negativos para el menor.

ción, considere las circunstancias personales y socio-culturales de cada uno de los interesados. Es esencial que todas aquellas personas a las que notifica la resolución administrativa comprendan el significado, alcance y consecuencias de la declaración de desamparo, las causas que la han motivado y las medidas y actuaciones de protección y, en su caso, de reintegración familiar que van a adoptarse. Asimismo, deberán conocer y comprender las vías que el Ordenamiento prevé para que, en su caso, puedan oponerse a esta decisión de la Administración y someterla al control de los Jueces y Tribunales[681].

En la STC 114/1997, de 16 de junio (F.J 6), el Tribunal afirma que los riesgos de que la actuación de los poderes públicos en situaciones percibidas como de desamparo pueda producir indefensión a alguna de las personas concernidas, explica que *se hayan reforzado las garantías* que protegen a los afectados por las resoluciones administrativas en esta materia. Por ello, la Ley impone la *obligación de notificar la resolución de desamparo en un plazo de 48 horas, de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada.* El Tribunal Constitucional añade que "el cumplimiento de este *deber cualificado de notificación y de información, que deberá ser supervisado cuidadosamente por los Tribunales* cuando la Administración proponga cualquier medida de acogimiento o de adopción, o los interesados se opongan a sus resoluciones, disipa el riesgo de falta de conocimiento de los hechos determinantes para la defensa".

Sin embargo, en aquellos casos que no fuera posible practicar la notificación de forma presencial, la resolución administrativa será notificada por escrito o por cualquier otro medio que permita tener constancia de su recepción por los interesados o sus representantes y la fecha, identidad y contenido del acto notificado[682]. Ahora bien, en el supuesto de que alguno de los interesados en el procedimiento fuera desconocido, no se le pudiera localizar, se ignore el lugar de notificación o por cualquier razón no se hubiera podido practicar, se notificará mediante la inserción de anuncios o la publicación en el tablón de edictos del Ayuntamiento del último domicilio conocido y en el Boletín Oficial correspondiente. Cuando el último domicilio conocido estu-

[681] La notificación de forma presencial devendrá especialmente importante en Cataluña, en el caso de que finalmente se apruebe como Ley el actual Anteproyecto de Ley de libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia, ya que se prevé limitar a dos meses el plazo para recurrir ante la autoridad judicial la resolución de desamparo (art. 226-2).

[682] Art. 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC). En la actualidad, la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores (art. 34), prevé la notificación por escrito de la resolución de desamparo. Sin embargo, esta previsión debe entenderse superada por lo dispuesto por el art. 172 del Código Civil, redactado conforme la disposición final 5ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero (LOPJM), que contempló la notificación presencial. Debe tenerse en cuenta que el legislador autonómico debe regular el desamparo en el marco de las previsiones del referido art. 172 del Cc.

viera situado en el extranjero, la notificación deberá practicarse mediante publicación en el tablón de anuncios del consulado o sección consular de la embajada correspondiente[683]. En todos estos casos, si el órgano competente apreciase que la notificación por medio de anuncios o la publicación pudiera lesionar derechos o intereses legítimos (como el derecho a la intimidad), se limitaría a publicar una breve indicación del contenido de la resolución y el lugar en el que los interesados podrán comparecer, en el plazo establecido al efecto, para conocer el contenido íntegro de la misma[684].

D) *Contenido*

Las resoluciones administrativas de desamparo y, en su caso, las que se dicten acordando las medidas de protección aplicables —si no han quedado establecidas en la misma resolución de desamparo— deberán contener el texto íntegro del acto e indicar los recursos que procedan contra la misma, el órgano ante el que hubieran de presentarse y, en su caso, el plazo para interponerlos.

En la notificación, como se ha dicho, deberá informarse a todos los interesados, de un modo claro y comprensible, de las causas que dieron lugar a la intervención administrativa, de la procedencia o no de declarar la situación de desamparo y la asunción de la tutela, los efectos de la decisión adoptada, las medidas de protección acordadas y, en su caso, el régimen de relaciones personales de los menores con su familia. Asimismo, la resolución podrá establecer las personas, entidad o centro a los que la Administración delega el ejercicio de la guarda del menor mediante la medida de acogimiento familiar o residencial[685]. En la notificación también podrá indicarse el plazo dentro del cual los padres, tutor, guardador u otras personas que entonces convivan con el menor tutelado deberán entregarlo de manera voluntaria a la Administración competente[686].

> El Decreto del Consello de la Xunta de Galicia 42/2000, de 7 de enero, que refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adoles-

[683] Art. 59.5 LRJ-PAC.

[684] Así lo establece, por ejemplo, el art. 29.5 del Decreto de la Junta de Andalucía 42/2002, de 12 de febrero. Ver, asimismo, el art. 61. de la LRJ-PAC.

[685] Sin embargo, cuando se considere conveniente para el interés de los menores que los padres o tutores del menor no conozcan estos datos, para impedir que puedan identificar a los guardadores, se mantendrá la conveniente reserva sobre los mismos al practicarles la notificación (art. 29.2 del Decreto del Gobierno andaluz 42/2002, de 12 de febrero, por el que se establece el régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de menores).

[686] Así, en el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 30 de enero 2001 (RJCA 2001\337), el Tribunal afirma (F.D. cuarto) que la resolución administrativa por la que se declaraba al menor desamparo y se adoptaba la consiguiente medida de protección era ejecutiva, al "haber sido notificada adecuadamente concediéndosele un plazo para la ejecución voluntaria de lo acordado".

cencia, establece expresamente en su art. 37.2 que "los padres o guardadores dispondrán de un plazo de *dos días*, a contar desde el día siguiente a la notificación, *para hacer entrega voluntaria del menor*"[687].

E) *Acreditación*

En el expediente administrativo deberá quedar constancia por escrito de la práctica de la notificación a cada uno de los interesados, también cuando la notificación se hubiera practicado de forma presencial. Por tanto, la acreditación de la notificación efectuada deberá incorporarse al expediente administrativo[688]. En el supuesto de que alguno de los interesados no se hiciera cargo o rechazara ser notificado, también deberá quedar constancia en el expediente de esta circunstancia y del intento de la Administración de practicar la misma.

3. La comunicación de la resolución de desamparo y de adopción de medidas de protección al Ministerio Fiscal. La comunicación, en su caso, a otras personas u organismos

A) *La comunicación-notificación al Ministerio Fiscal*

El Ministerio Fiscal, en los procedimientos administrativos de desamparo, ostenta la condición de parte interesada, ya que tiene legalmente atribuida la tarea de salvaguardar los derechos e intereses del menor. La ya citada Carta Europea de los Derecho del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo (Resolución A3-0172/92, de 8 de julio), establece en su punto 8.14 que el Ministerio Fiscal o su equivalente deberá ser *obligatoriamente* parte en los *procedimientos administrativos* o judiciales *referidos a los menores con el fin de velar por sus derechos e intereses*.

Sin embargo, ni el legislador estatal, ni los legisladores autonómicos, han establecido con la debida claridad el papel del Ministerio Fiscal, ni han previsto expresamente al regular los procedimientos de desamparo su participación. Desde mi punto de vista, la Administración deberá comunicar al Ministerio Fiscal el inicio del procedimiento al efecto de que pueda participar en el mismo. En cualquier caso, en la medida que el Fiscal tiene la condición de parte interesada podrá personarse en el procedimiento de desamparo y, en su caso, examinar el expediente y formular las alegaciones que considere oportunas. Asimismo, podrá requerir a la Administración información sobre el estado del mismo. La función del Ministerio Fiscal no se limita a un control

[687] Ver, asimismo, el Decreto del Gobierno andaluz 42/2002, de 12 de febrero (art. 31.2).
[688] Art. 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC). De igual modo lo ha precisado respecto a la notificación de la resolución de desamparo la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (art. 38).

ex post de la actuación de la Administración, el Fiscal debería intervenir *ex ante,* a través de la participación en el procedimiento administrativo.

> La Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, le atribuye la función de asumir o, en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él (por tanto, también en un procedimiento administrativo) de los menores (ya que carecen de capacidad de obrar), así como promover la constitución de los órganos tutelares y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de los menores (art. 3.7). Para el ejercicio de estas funciones, la Ley atribuye al Ministerio Fiscal competencia para "interesar la notificación de cualquier resolución judicial (debe entenderse que también administrativa cuando, como en el caso que nos ocupa, afecta a los menores) y la información sobre el estado de los procedimientos (deberemos entender que tanto judiciales como administrativo), pudiendo pedir que se le dé vista de los mismos cualquiera que sea su estado, para velar por el exacto cumplimiento de las leyes, plazos y términos, promoviendo, en su caso, las correcciones oportunas".

En el ámbito estatal, el art. 174 del Código Civil ha encomendado al Fiscal la superior vigilancia de la tutela y guarda de las Administraciones públicas y, a tal fin, establece que "la entidad pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor". Así, siguiendo los pasos del legislador estatal, los diversos legisladores autonómicos se han limitado ha contemplar la necesidad de comunicar al Ministerio Fiscal la resolución de desamparo.

> En Cataluña, el legislador ha establecido que la resolución declarando el desamparo deberá ser comunicada al Ministerio Fiscal en el plazo máximo de dos días. Asimismo, deberán comunicarse al Fiscal las resoluciones por las que se adopten medidas de protección que impliquen la separación de los menores de su familia[689]. Es más, teniendo en cuenta las funciones del Fiscal en materia de protección de menores, le deberán ser comunicadas todas las resoluciones por las que se acuerdan medidas de protección de los menores tutelados por la Administración, con independencia del tipo de medida.

Ahora bien, no estamos ante una simple comunicación de la resolución administrativa declarando el desamparo y estableciendo las medidas de protección. Por un lado, como se ha dicho, el Ministerio Fiscal tiene la condición de interesado en estos procedimientos. Por otra parte, la Ley le atribuye la superior vigilancia de la tutela administrativa (art. 174.1 del Código Civil). Por tanto, en el caso de que el Fiscal no hubiera participado en el procedimiento de desamparo y, por tanto, no hubiera tenido la oportunidad de conocer el expediente administrativo, la Administración deberá acompañar a la noti-

[689] Arts. 2.4 y 6.1 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

ficación de la resolución copia del conjunto del expediente. Así, el Fiscal podrá ejercer un control de los aspectos formales y materiales de la actuación de la Administración. El Ministerio Fiscal está legitimado para oponerse a las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores y actuar como parte demandante[690].

B) *La comunicación de la resolución a otras personas u organismos*

Las normas autonómicas de protección de menores han previsto, en algún caso, la comunicación de la resolución a ciertas personas que, aunque no tendrían la condición de interesado en el procedimiento administrativo de desamparo, deben tener conocimiento del contenido de la decisión en lo que respecta al alcance de las medidas y actuaciones de protección acordadas. Así, alguna norma autonómica ha previsto la comunicación de la resolución a las personas que vayan a recibir al menor en acogimiento familiar o al Director del centro o institución donde vaya a ingresar el menor. Sin embargo, si se estimara contrario al interés de los menores que los padres o tutores conozcan estos datos, se mantendrá la conveniente reserva sobre los mismos en el momento de notificarles la decisión administrativa[691].

Por otra parte, en el caso de menores inmigrantes no acompañados que son declarados en situación de desamparo y, por tanto, tutelados por nuestras Administraciones, la resolución de desamparo, y consiguiente asunción de la tutela por la Administración, debería ser comunicada a la autoridad consular del Estado del que sea nacional el menor[692]. De este modo las autoridades del Estado de origen pueden conocer la situación del menor y, en su caso, permitir que sus padres o familiares puedan conocer su estado y localización y hacer posible, cuando fuera conveniente, la reintegración del menor en su familia o, al menos, que el menor pueda gozar de su derecho a relacionarse con la misma.

Asimismo, en aquellas Comunidades Autónomas que hubiera sido creado un Registro de Protección de menores, en el que se prevea la inscripción de los menores tutelados por la Administración, deberá comunicarse al mismo la resolución declarando el desamparo y adoptando las medidas de pro-

[690] La disposición adicional 3ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, faculta al Ministerio Fiscal para actuar de oficio en interés del menor. Esta norma remitía a los procedimientos de jurisdicción voluntaria pero, en la actualidad, debe entenderse referida al procedimiento previsto en el art. 780 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

[691] Art. 29.1 y 2 del Decreto de la Junta de Andalucía 42/2002, de 12 de febrero, de régimen de desamparo.

[692] Lo ha previsto así el Decreto de la Junta de Andalucía 42/2002, de 12 de febrero, de régimen de desamparo (art. 29.1)

tección[693]. Por otra parte, alguna norma autonómica prevé la comunicación de la asunción de la tutela al Registro Civil[694].

4. Eficacia de la resolución administrativa de desamparo. El privilegio de autotutela de la Administración

La resolución administrativa declarando el desamparo de un menor produce, como se ha dicho unas páginas antes, un doble tipo de efectos. Efectos de naturaleza administrativa y efectos de naturaleza privada. Por un lado, la resolución declarando el desamparo comporta la atribución a la Administración de manera automática de la tutela del menor. Por otra parte, la atribución de la tutela a la Administración produce, también de forma *ex lege*, la suspensión automática de la patria potestad o la tutela civil.

Así, una vez verificada y declarada la situación de desamparo y, por tanto, atribuida la tutela a la Administración, ésta tiene el título legal que le permite adoptar las medidas de protección que considere más convenientes, aunque impliquen la separación del menor de su familia y, por tanto, afecten al derecho a la vida familiar. Estas medidas podrán ser establecidas en la misma resolución de desamparo, dado que produce la tutela automática y, por tanto, ya legitima a la Administración para actuar, pero también podrían ser establecidas mediante una resolución distinta.

Los padres, tutores, guardadores o familiares que hubieran convivido últimamente con el menor, el propio menor y otros interesados podrían oponerse a la declaración de desamparo y, en su caso, a la aplicación de las medidas de protección acordadas por la Administración y, por consiguiente, impugnar ante la autoridad judicial la decisión administrativa. Ahora bien, como veremos, la decisión de la Administración se presume válida y goza de eficacia inmediata y, por tanto, deberá ser inmediata cumplida por los destinatarios de la misma.

---

[693] Así sucede en la Comunidad de Aragón, tal como resulta del Decreto 79/1995, de 18 de abril, por el que se regula la declaración de desamparo (art. 6). El Decreto 28/1995, de 21 de febrero, de la Diputación General de Aragón, regula el Registro de Protección de menores; en el Libro de Menores del Registro se deberán inscribir a todos los menores tutelados o en guarda por la Administración autonómica (art. 9). En la Comunidad de Cantabria también ha sido creado un Registro de Protección de Menores, en la Sección de Menores de Tutela o Guarda deberán inscribirse los menores tutelados (art. 24.3 en relación con los arts. 73 y 74 del Decreto del Gobierno de Cantabria 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores). Asimismo, en Andalucía, el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, ha creado un Registro de tutelas y guardas administrativas (art. 34 en relación con los arts. 45 a 49). La Ley Foral de Navarra15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, en su art. 38 también crea el Registro de las situaciones del menor.

[694] Este es el caso del Decreto del Gobierno de Cantabria 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores (art. 24.3). Vid. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Mª Teresa, *La tutela "ex lege"... cit.*, págs. 73-74.

En consecuencia, es necesario plantearse si cuando la Administración actúa las potestades legalmente atribuidas para la protección de los menores desamparados lo hace como *poder público*. Esto es, si actúa investida de autoridad, de la tradicionalmente denominada *autotutela administrativa*. De ser así, la resolución administrativa por la que se declara el desamparo de un menor y se acuerdan las medidas de protección es un acto que quedaría sujeto al Derecho administrativo y, por tanto, tendría eficacia inmediata[695].

Debe tenerse en cuenta que la institución de la tutela administrativa de los menores desamparados fue incorporada por el legislador estatal al Código Civil (art. 172), al amparo del título competencial "legislación civil" del art. 149.1.8 de la Constitución. Por esta razón, buena parte de la doctrina privatista calificó la tutela de la Administración como institución civil. Ahora bien, como también vimos anteriormente, otro sector importante de la doctrina considera que, a pesar del título competencial utilizado para regular la institución, la acción tutelar de la Administración de los menores desamparados queda enmarcada en el ámbito de la asistencia y servicios sociales, por lo que mantienen que se trata de una actividad de naturaleza administrativa.

Por ello, es necesario analizar el modo en que actúa la Administración y las prerrogativas que el Ordenamiento jurídico le atribuye en este ámbito, para así determinar si la Administración efectivamente actúa sujeta al Derecho administrativo y si la relación que surge de la resolución de desamparo es una relación jurídico-administrativa o si, por el contrario, se trata de una relación jurídica de Derecho privado sometida al Derecho civil.

Así, con el fin de establecer si la relación jurídica que nace de la resolución de desamparo es una relación propia del Derecho administrativo o bien se trata de una relación de Derecho privado, debemos examinar los medios que el Ordenamiento atribuye a la Administración para alcanzar el fin encomendado; que en este caso es la asistencia y protección pública de los menores desamparados, para garantizarles el goce de sus derechos y las condiciones básicas para su desarrollo físico, psíquico y social. En efecto, uno de los criterios esenciales para determinar si la Administración actúa sometida al Derecho Administrativo es la singularidad de los medios de que dispone para alcanzar sus fines. Estos medios se concretan en el reconocimiento de ciertas prerrogativas —la denominada autotutela administrativa— que se manifiesta esencialmente en la *ejecutividad* de la resolución administrativa.

A) *La ejecutividad de la resolución administrativa de desamparo*

El art. 57 de la LRJ-PAC, bajo el título *ejecutividad*, establece que "los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo se

[695] Art. 57 de la LRJ-PAC.

presumen válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa"[696].

La ejecutividad de los actos administrativos es expresión de la prerrogativa que el Ordenamiento reconoce a las Administraciones públicas conocida como "*autotutela declarativa*". La ejecutividad supone que los actos de las Administraciones públicas sometidos al Derecho administrativo producen efectos jurídicos de manera inmediata. Los actos administrativos se presumen válidos y, por tanto, despliegan inmediatamente efectos.

Por tanto, en virtud de su *ejecutividad*, las resoluciones de la Administración son de obligado cumplimiento para los destinatarios afectados, sin necesidad de que sea declarada su validez por los Tribunales, aun en el supuesto de que el particular no reconozca esa validez. En consecuencia, la carga de impugnar la decisión administrativa recae sobre el afectado, quien deberá recurrirla para destruir la presunción de validez.

Pues bien, a continuación debemos entrar a examinar si el legislador ha atribuido el privilegio de la *ejecutividad* a las resoluciones administrativas de desamparo y adopción de las consiguientes medidas y actuaciones de protección.

El Código Civil, en su art. 172, regula sólo de forma somera la tutela administrativa y nada dice respecto a la eficacia de la resolución de desamparo. En cambio, como veremos, los diversos legisladores autonómicos han reconocido a esta resolución administrativa eficacia inmediata. Por otra parte, así sucede en todos los casos en la práctica administrativa.

De forma que no deja lugar a dudas, la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, establece expresamente que *la resolución de desamparo será ejecutiva* con arreglo a lo dispuesto en las leyes (art. 23.3). Asimismo, el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la referida Ley, establece "*las resoluciones administrativas que declaren la situación de desamparo de los menores y la asunción de la tutela serán ejecutivas desde la fecha en que se dicten*" (art. 31.1).

En Cataluña, la Ley 37/1991, de 30 diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, también establece en su art. 8 que la resolución mediante la que la Administración adopta cualquier medida de protección tiene "*eficacia inmediata*"[697]. Del mismo modo se expresa la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor (art. 19.3).

[696] Ahora bien, debe advertirse que la eficacia del acto queda demora cuando está supeditada a la notificación del mismo (art. 57 LRJ-PAC). El art. 58.1 dispone que deberán notificarse a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses.

[697] Los propios Tribunales de Justicia han reconocido la eficacia inmediata y, por tanto, la ejecutividad de las resoluciones administrativas de desamparo y aquellas mediante las que

> Asimismo, la Ley de Castilla León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia, establece en su art. 70 la ejecutividad de las resoluciones y medidas acordadas. Por su parte, la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección de los menores, establece en su art. 19.3 que "la medida de protección adoptada tendrá *eficacia inmediata*, sin perjuicio de su impugnación en vía judicial"[698].

Así, una vez declarada mediante resolución administrativa la situación de desamparado y, por tanto, atribuida *ex lege* la tutela del menor a la Administración, los padres, tutores o guardadores deberán poner el menor a disposición de la entidad pública en el plazo que se hubiera establecido para ello, con el fin de que puedan hacerse efectivas las medidas de protección acordadas. Ahora bien, en la fase previa a la ejecución, la Administración deberá preparar adecuadamente a la familia y, en su caso, al menor para afrontar y aceptar la nueva situación.

En caso de desacuerdo con la decisión de la Administración, la carga de impugnar la resolución recae sobre los interesados; ya sean los padres, tutores, guardadores, otros interesados o, en su caso, el Ministerio Fiscal. A estas personas corresponde recurrir la resolución, ya que juega a favor de la misma la presunción de validez. Por tanto, deberán solicitar de la autoridad judicial que deje sin efecto la resolución administrativa de desamparo o las medidas de protección acordadas en la misma por la Administración.

> En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de abril 2002 (JUR 2002\185690), el Tribunal declara que "el sistema legal de protección de menores se articula sobre la base de la doble instancia: *la de carácter ejecutivo que se encomienda a la administración*, y la de control o revisión de esa actuación administrativa que se atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden civil".

Ahora bien, de forma general, como veremos a continuación, la ejecutividad de la resolución de desamparo, esto es, su presunción de validez e eficacia inmediata, resulta del reconocimiento legal de un privilegio complementario: la *ejecutoriedad*.

---

la Administración acuerda la aplicación de medidas de protección. Entre otras, la Sentencia Audiencia Provincial Girona de 12 de julio de 2002, F.D. octavo (AC 2002\1156). Ello ha pesar de que en esta Comunidad algún autor, de forma aislada, ha llegado a mantener la naturaleza civil del procedimiento de desamparo. Vid. VILLA RUBIO, Marino, "Protección de menores desamparados...*cit.*, págs. 62-69.

[698] Más adelante, la propia Ley dispone en su art. 34.2 que la oposición al acuerdo de desamparo "y la pretensión de *dejarlo sin efecto*", se sustanciará ante el órgano judicial competente"; de donde resulta la eficacia inmediata de la resolución de desamparo. La eficacia inmediata de la resolución de desamparo resultaría, asimismo, de lo dispuesto, entre otras normas, en la Ley de las Islas Baleares 7/1995, de 21 de marzo, de protección de menores, (art. 10); la Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (art. 50); el Decreto del Gobierno de Galicia 42/2000, de 7 de enero (art. 38) o el Decreto del Gobierno valenciano 93/2001, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección jurídica del menor (art. 30).

B) *La ejecutoriedad de la resolución administrativa de desamparo. La ejecución forzosa*

La *ejecutoriedad* de los actos administrativos supone que la Administración autora puede proceder a ejecutarlos por sus propios medios, sin necesidad de acudir a los Tribunales. La ejecutoriedad constituye, pues, un complemento de la ejecutividad de los actos administrativos, analizada en el apartado anterior; se trata de dos características de las resoluciones administrativas expresión de la prerrogativa que el Ordenamiento atribuye a la Administración conocida como "*autotutela ejecutiva*", al efecto de alcanzar de forma eficaz los fines públicos encomendados.

> El art. 94 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC) establece, bajo el título *ejecutoriedad*, que "los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos...". A continuación, el art. 95 dispone, bajo el rótulo *ejecución forzosa*, que "las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención de los Tribunales".

Pues bien, las diversas normas autonómicas reguladoras del procedimiento de desamparo y tutela de la Administración, reconocen la *ejecutoriedad* de la resolución administrativa de desamparo[699].

Así, el Decreto de la Junta de Andalucía 42/2002, de 12 de febrero, (en el marco de las previsiones de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención del menor, que en su art. 23.2 establece la ejecutividad de la resolución de desamparo) dispone en su art. 31 que "en la práctica de la notificación (de la resolución de desamparo) se requerirá a los padres, tutores o guardadores para que pongan a disposición de los órganos competentes a los menores a quienes se haya declarado en situación de desamparo, apercibiéndoles de que si no lo hicieren se procederá a la *ejecución forzosa* de la resolución adoptada". A continuación, el propio precepto prevé que "ante el previsible riesgo de violencia, o ante la imposibilidad de ejecutar de manera pacífica y con la colaboración de los padres, tutores o guardadores la resolución administrativa, se procederá a la *ejecución forzosa*".

Por tanto, la Administración competente procederá a ejecutar de oficio las resoluciones de desamparo y el acuerdo por el que se establece la medida de protección aplicable. Ahora bien, las normas contemplan que, cuando fuera necesario, la Administración podrá solicitar el auxilio de otras autoridades; entre otras, la autoridad policial y, en última instancia, la judicial.

---

[699] Asimismo, los Tribunales han reconocido el carácter ejecutivo de la resolución administrativa de desamparo y aquella mediante la que se acuerda aplicar la medida de protección. En este sentido ver, por ejemplo, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 30 de enero 2001 (RJCA 2001\337).

Así, en el ya citado Decreto de la Junta de Andalucía 42/2002, de 12 de febrero, se prevé que la Administración al efecto de ejecutar la resolución de desamparo pueda recabar cuando fuere necesario "el auxilio de las Fuerzas de Seguridad, principalmente de la Unidad del Cuerpo Nacional de Policía adscrita a la Comunidad Autónoma" (art. 31.4)[700].

Por su parte, la Ley de la Comunidad de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección de los menores, establece en su art. 20 que "si los padres, tutores, guardadores o familiares del menor impidiesen la ejecución de la medida de protección acordada o concurriese alguna otra circunstancias que dificultase gravemente la ejecución de la misma, la Administración del Principado de Asturias recabará de la autoridad judicial o policial en su caso, la adopción de las medidas necesarias para hacerla efectiva, sin perjuicio de las intervenciones inmediatas a que hubiese lugar si estuviese en peligro la vida o la integridad del menor o se produjese conculcación grave de sus derechos". En términos similares se expresan muchas otras normas autonómicas[701].

En algún caso, la normativa autonómica, pensando quizá fundamentalmente en que las personas que conviven con el menor puedan impedir la entrada de la Administración en el domicilio con el fin de hacerse cargo del menor, tan sólo prevén el auxilio de la autoridad judicial para ejecutar la medida de protección acordada. Así, por ejemplo, en Cataluña, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, establece en su art. 4 que "si los padres, tutores o los guardadores impidieran la ejecución de la medida acordada, el organismo competente solicitará a la autoridad judicial la adopción de las medidas necesarias para hacerla efectiva, sin perjuicio de las intervenciones inmediatas que se puedan producir si está en peligro la vida o la integridad del menor o sus derechos son gravemente vulnerados".

---

[700] De forma quizá algo más precisa, la Ley de la Comunidad de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia, establece en su art. 54, bajo el título *colaboración interadministrativa,* que para lograr la efectividad de la resolución de desamparo se "podrá recabar del Alcalde, del Concejal-Delegado en su caso, o del presidente de la Junta de Distrito en el caso del Ayuntamiento de Madrid, del Municipio correspondiente, al domicilio en que se encuentre el menor, la colaboración de las fuerzas de seguridad bajo su mando y especialmente cuando el o los menores afectados puedan encontrarse en situación de riesgo".

[701] Entre otras, Ley 3/1999, de 31 de marzo, del menor de Castilla-La Mancha (art.39); la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (art. 74); la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (art. 54);la Ley de Extremadura 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores (art. 13); Ley de Baleares 7/1995, de 21 de marzo, de guarda y protección de los menores desamparados (arts. 9,10 y 11); Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (art.50); Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia (art. 25); la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor (art. 20); Decreto del Gobierno de Cantabria 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores (art. 25); Decreto del Gobierno de Galicia 42/2000, de 7 de enero (art. 38); Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo, de medidas de protección jurídica del menor (art. 9 en relación con el art. 30); Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 54).

C) *La necesidad de entrar en un domicilio para proceder a la ejecución forzosa de la resolución administrativa de desamparo y aplicación de la medida de protección*

Una vez la Administración ha declarado a un menor desamparado y, por consiguiente, tiene atribuida por ley su tutela, deberá adoptar las medidas de protección que estime más convenientes para el interés superior de aquel. Estas medidas generalmente comportarán la separación del menor de las personas con las que hasta ese momento convive. Pues bien, uno de los problemas que se plantea en este caso, es la resistencia de los padres u otras personas que conviven en aquel momento con el menor a entregarlo a la Administración y la oposición a que esta proceda a entrar en el domicilio para hacer efectivas las medidas de protección.

La Constitución contempla el derecho a la inviolabilidad del domicilio entre los derechos fundamentales y dispone que "*ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito*" (art. 18.2). Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha declarado en numerosas ocasiones que la Administración necesita autorización judicial para entrar en un domicilio al efecto de ejecutar una resolución administrativa. El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio constituye, pues, un límite a la autotutela ejecutiva o privilegio de ejecutividad de los actos administrativos[702].

Los Juzgados de lo Contencioso Administrativo ostentan, en la actualidad, la competencia para autorizar la entrada en un domicilio con el fin de proceder a la ejecución forzosa de un acto de la Administración. La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone en su art. 8.6 que *conocerán los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo "de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública*"[703].

Por tanto, cuando la Administración pública se vea impedida de entrar en un domicilio al objeto de hacerse cargo de un menor declarado en desamparo mediante resolución administrativa y, por tanto, bajo su tutela, deberá so-

[702] STC 22/1984, de 17 de febrero; STC 76/1992, de 14 de mayo. Sin embargo, en la STC 160/1991, de 18 de julio, se declara que la autorización judicial no es precisa cuando la entrada en el domicilio es necesaria no para ejecutar un acto administrativo sino una sentencia dictada por los tribunales del orden contencioso administrativo.

[703] Asimismo, la orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, establece en su art. 91.2 (según redacción de la LO 6/1998, de 13 de julio) que "corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración". En relación a la competencia de los Juzgados del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en esta materia, ver las consideraciones realizadas en el Capítulo VII de esta obra, apartado II, 3 D).

licitar un mandamiento que autorice la entrada al Juez de lo contencioso-administrativo[704].

> Así, el Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo, de medidas de protección jurídica del menor, prevé en su art. 9 que "si la ejecución de la medida de protección acordada exigiese la entrada en domicilio o lugar cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, y no obtuviera dicho consentimiento, se solicitará al Juzgado competente la autorización judicial de entrada, conforme a lo previsto en la normativa vigente".

El Juez de lo Contencioso-Administrativo, al autorizar la entrada, también podrá establecer la forma en que deberá procederse a ejecutar la resolución administrativa de desamparo y adopción de las oportunas medidas de protección. En el momento de proceder a entrar en el domicilio para recoger al menor, la Administración deberá actuar de forma proporcionada y teniendo presente el interés del menor. Así, deberán adoptarse las cautelas y precauciones necesarias para no causar ningún tipo de perjuicio al menor. Además, deberá actuarse sin comprometer la reputación de su familia y, en todo caso, respetando el derecho de todos ellos a la intimidad[705].

En ciertos casos, la concesión de la autorización judicial se dilata en el tiempo, debido a que los Juzgados entran a revisar el acuerdo adoptado por la Administración. Sin embargo, el retardo en la ejecución de la resolución administrativa puede producir perjuicios al menor que sufre una situación de desamparo. Por ello, debe advertirse que el Juez de los Contencioso-Administrativo simplemente debe limitarse a constatar que la resolución administrativa ha sido dictada por el órgano competente, que el acto aparece fundado en Derecho, que no se ha producido indefensión y que la ejecución de dicho acto requiere la entrada en el domicilio en el que habita en aquel momento el menor, debido a que las personas que conviven con el se oponen a que la Administración que tiene atribuida por ley la tutela se haga cargo del mismo[706].

La autoridad judicial deberá ponderar las circunstancias, de modo que, aunque no ha de actuar con un automatismo formal, tampoco puede entrar a conocer y revisar en ese momento la legalidad intrínseca del acto administrativo de que se trate, actuación que corresponde únicamente al órgano judicial competente. En este caso el Juez actúa simplemente como garante del derecho a la inviolabilidad del domicilio, verificando la apariencia de legalidad del acto y la necesidad de proceder a la entrada para su ejecución[707].

---

[704] En este sentido, por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 21 de enero 2003 (JUR 2003\131621).

[705] Ver el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 30 de enero de 2001 (RJCA 2001\337).

[706] Vid. BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo... cit.*, págs. 143-145.

[707] Así, según se afirma en el citado Auto del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 30 de enero de 2001 (RJCA 2001\337): "no procede en este momento y a los solos efectos

Por otra parte, en la medida que la resolución administrativa mediante la que se declara el desamparo y aquella por la que se adopta la consiguiente medida de protección pública es inmediatamente ejecutiva, aun cuando se precise la autorización judicial porque fuera necesaria la entrada en el domicilio, no es posible oponerse a la resolución judicial autorizando la entrada, con fundamento en que se encuentra pendiente un proceso civil que tiene por objeto resolver un recurso frente a la resolución de desamparo. Así, en el citado Auto del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 30 de enero de 2001 (RJCA 2001\337), el Tribunal conocía de un recurso de apelación interpuesto frente al Auto del Juzgado de los Contencioso-Administrativo, por el que se había autorizado a la Administración la entrada en un domicilio al efecto de ejecutar la resolución administrativa de desamparo y aplicar la medida de protección acordada, con fundamento en que se encontraba "pendiente de resolución firme el expediente civil de jurisdicción voluntaria, lo que se decida en el dependerá la certeza o no del Auto ahora apelado". Pues bien, el Tribunal establece que el referido recurso "no puede prosperar toda vez que la autorización judicial tiene como fundamento ejecutar lo resuelto en la resolución" administrativa que tiene carácter ejecutivo.

---

de conceder o denegar la autorización solicitada, controlar la conformidad o disconformidad del acto que se pretende ejecutar... sino simplemente examinar si se han observado en la vía de ejecución forzosa los requisitos formales que, como garantía de los administrados, exige la LRJ-PAC y normas complementarias y, en todo caso, si la entrada en el domicilio solicitado es una medida adecuada y proporcionada para la efectividad de la actuación administrativa". El Tribunal declara que "debe partirse de la base de que el mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico, sometiendo la ejecución de los actos administrativos que precisen la entrada en un inmueble que constituya morada de un ciudadano, se configura como un procedimiento de garantía de los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio previstos y protegidos en el art. 18 de la Constitución. La función del Juez de Instancia y la de este Tribunal, se extiende no sólo a la competencia del órgano administrativo que dictó la resolución y a la ausencia de indefensión por parte de los interesados, sino que muy especialmente se ha de realizar un juicio de proporcionalidad, que valore los intereses en conflicto, de una parte la ejecución de un acto emanado de una autoridad pública, que evidentemente, ha de ser producido de forma regular, en el ejercicio de sus competencias o potestades y de otra parte el derecho fundamental en juego, de forma que aun cuando el acto administrativo sea regular la autorización puede ser denegada, si existe una desproporción entre el fin pretendido por dicha resolución y el derecho fundamental en juego, como ocurrirá frecuentemente si la finalidad de la resolución puede ser conseguida por otros medios que aun siendo muy gravosos para la Administración dejan indemnes el derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio". El propio Tribunal Superior de Justicia cita la STC 76/1992, en la que el Tribunal Constitucional declaraba lo que sigue: la Ley ha atribuido al Juez "la función de garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución de los actos administrativos, por lo que antes que imponerle la obligación de autorización mecánica de esas entradas, que ninguna garantía ofrecería a los derechos fundamentales, le ha otorgado la potestad de controlar, además de que el interesado es, efectivamente, el titular del domicilio para cuya entrada se solicitaba la autorización, la necesidad de dicha entrada para la ejecución del acto de la Administración, que éste sea dictado por la autoridad competente, que el acto aparezca fundado en Derecho y necesario para alcanzar el fin perseguido y, en fin que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto". Ver, asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de mayo de 2001 (JUR 2001\226119).

5. La naturaleza de la resolución administrativa de desamparo y de establecimiento de las medidas de protección

Un sector de la doctrina civil ha afirmado, por el simple hecho de que la figura de la tutela de la Administración se encuentra regulada en el Código Civil, que la resolución de desamparo es un acto de la Administración que no tiene naturaleza administrativa[708]. Sin embargo, con mejor criterio, otro sector de la doctrina civil advierte que la regulación de la tutela administrativa en el Código Civil no comprende todas sus vertientes.

En efecto, la Ley encomienda a la Administración constatar que el menor se encuentra desamparado y, una vez verificada y declara dicha situación, le atribuye la tutela de forma automática. La Administración competente deberá declarar al menor desamparado mediante un acto *administrativo*. Este acto administrativo debe cumplir los requisitos subjetivos (competencia de la Administración y del órgano o la investidura del titular del órgano) y formales (procedimiento, la forma de la resolución o la notificación) propios de todo acto administrativo. Pues bien, una parte de la propia doctrina civil apunta que estas cuestiones son propias del Derecho administrativo y, por tanto, deberán aplicarse las normas administrativas[709]. De modo que cada una de las Comunidades Autónomas, mediante Ley o Reglamento, tiene competencia para regular los referidos aspectos, tal como ha sucedido en la práctica en los últimos años.

Por otra parte, como se ha visto, las diversas normas autonómicas han dotado a la resolución administrativa mediante la que se declara al menor en situación de desamparo y se acuerdan, en su caso, las medidas de protección aplicables, los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad[710]. Estos privilegios son expresión de la denominada autotutela administrativa reconocida a las Administraciones en aras a un eficaz servicio a los intereses generales. Pues bien, estas prerrogativas son las que configuran el Derecho administrativo como un Derecho exorbitante del Derecho común, caracterizado por el equilibrio entre los privilegios atribuidos a la Administración para servir de modo eficaz los intereses generales y las garantías reconocidas a los ciudadanos.

La actividad administrativa se identifica por los *fines* de interés general que se persiguen cuya satisfacción implica unos *medios*, el ejercicio de potestades administrativas que sitúan a la Administración en una posición privilegiada en la relación jurídico-administrativa. Con el fin de asegurar el ejercicio de sus funciones y el logro de los fines públicos encomendados, las Administraciones, además de personalidad jurídica, tienen atribuidas un con-

[708] Vid. IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda asistencia... cit.*, pág. 305.
[709] Vid. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentarios... cit.*, pág. 66.
[710] Ver el epígrafe anterior sobre la "Eficacia de la resolución administrativa de desamparo. El privilegio de autotutela de la Administración".

junto de prerrogativas. Así, el propio legislador configura el Derecho administrativo como un Derecho exorbitante del Derecho común, caracterizado por reconocer a la Administración una serie de prerrogativas para el cumplimiento de los fines de interés público encomendados. Ahora bien, junto a las "derogaciones en más" se encuentran las "derogaciones en menos", que suponen que la Administración queda sometida a una serie de limitaciones y controles, como el sometimiento al principio de legalidad o la actuación procedimentalizada.

> El propio legislador ha declarado, en la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que "la Constitución consagra el carácter instrumental de la Administración, puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos... El régimen jurídico de las Administraciones Públicas debe establecerse desde este concepto y trascender a las reglas de funcionamiento interno, para integrarse en la sociedad a la que sirve como instrumento que promueve las condiciones para que los derechos constitucionales del individuo y de los grupos que integran la sociedad sean reales y efectivos". El cumplimiento de dicha tarea en el seno de la sociedad justifica y legitima la existencia de un Derecho exorbitante.

Por tanto, la resolución de desamparo es un acto dictado por un sujeto jurídico-público, una Administración pública, en ejercicio de potestades administrativas, a través del procedimiento legalmente establecido, para alcanzar un fin público: la protección de los menores desamparados, al efecto de garantizarles el goce de sus derechos y las condiciones básicas para el desarrollo integral de su personalidad[711]. Por todo ello, debemos concluir que la resolución administrativa de desamparo y las dictadas en ejercicio de la tutela son actos de naturaleza jurídico-administrativa.

VIII. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO. LA TUTELA ADMINISTRATIVA DE LOS MENORES DESAMPARADOS

1. Efectos de la resolución administrativa de desamparo

La resolución administrativa mediante la que se declara a un menor en situación de desamparo, como ya se ha dicho, tiene la peculiaridad de producir efectos no sólo de naturaleza pública sino también de naturaleza privada o civil[712].

La primera consecuencia y principal efecto derivado de la resolución administrativa de desamparo es la atribución a la Administración competente,

[711] La cuestión de la naturaleza administrativa del procedimiento de desamparo ha sido examinada en este mismo capítulo, en el epígrafe VI apartado 2. Ver, asimismo, la jurisprudencia citada en ese lugar.

[712] Ver a este respecto el epígrafe VII de este mismo Capítulo, el apartado 1 sobre los efectos de la resolución administrativa de desamparo.

de manera automática u *ope legis*, de la tutela del menor. Una vez la Administración declara un menor desamparado, la propia Ley le encomienda la asunción automática de funciones tutelares.

A su vez, la atribución legal de la tutela del menor desamparado a la Administración produce, también de manera automática, efectos que pueden calificarse de naturaleza privada o civil: la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria[713]. Por tanto, la atribución *ex lege* a la Administración de la tutela de un menor declarado desamparado produce, de forma inmediata y automática, la suspensión de la patria potestad o la tutela civil u ordinaria. A partir de este momento, la Administración deviene responsable de la guarda del menor y, por tanto, es titular de los deberes y facultades inherentes a la misma[714].

Así, una vez la Administración tiene atribuida la tutela de un menor desamparado cuenta con el título que la legitima para adoptar en interés del menor las medidas de protección más convenientes[715]. La tutela sería, pues, el título jurídico que legitima a la Administración para intervenir como tal —como poder público— en un ámbito naturalmente privado, incidiendo en el derecho a la vida familiar reconocido a los padres o tutores y al propio menor[716], con el fin de adoptar determinadas medidas de protección frente a un menor en situación de desamparo.

> Por ello, en el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 23 de octubre de 1997 (AC 1997\2277), el Tribunal afirma que la adopción de medidas de protección "presupone la declaración de desamparo" y la consiguiente tutela de la Administración. En el supuesto a que se refiere el Auto, el Juzgado de primera instancia había considerado que no existía situación de desamparo y, sin embargo, había fijado una medida de protección prevista en el marco de la tutela, lo cual es criticado por la Audiencia.

Precisamente por constituir la tutela el título jurídico que legitima a la Administración a intervenir, ciertos legisladores autonómicos han previsto como medida cautelar, incluso antes de iniciar el procedimiento, la declaración provisional de desamparo, con el fin de que la Administración cuente con la habilitación que le permita adoptar las medidas que aseguren al menor la

[713] Art. 172 del Código Civil y en Cataluña arts. 2 y 3 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

[714] Entre muchos otros, el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo, de 9 de febrero 2000 (AC 2000/512), afirma que la tutela automática implica "la privación de la guarda y custodia que sobre dichos menores pudiera corresponder a sus padres".

[715] Sin perjuicio de las medidas que, con carácter provisional, hubiera sido oportuno adoptar con anterioridad, para garantizar la efectiva asistencia del menor. Ver, en este mismo capítulo, el epígrafe V sobre "Medidas cautelares urgentes y procedimiento sumario. La declaración provisional de desamparo o la asunción provisional de funciones tutelares".

[716] Art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertes fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

asistencia y protección urgente que necesite[717]. No obstante, cuando se conozca de una situación de inminente peligro para la integridad del menor, se le deberá prestar de inmediato el auxilio que precise, adoptando las medidas necesarias.

Como vemos, el legislador no arbitra como medida cautelar una concreta medida de protección, sino la declaración provisional del desamparo y la consiguiente atribución provisional de la tutela a la Administración, pues este es el título que habilita para intervenir en el entorno familiar del menor, para incidir en el derecho a la vida familiar. Debe tenerse en cuenta que las medidas de protección que la Administración puede adoptar en el marco de la tutela administrativa implican la separación del menor de su familia. La tutela de la Administración supone, como se ha dicho, que esta deviene legalmente responsable de la guarda del menor. Sin embargo, la Administración no ejerce por sí misma la guarda sino que, al establecer la medida de protección y constituir el acogimiento familiar o residencial, delega el ejercicio de las funciones legales inherentes a la guarda en la familia de acogida (que podría ser la familia extensa) o en el director del centro residencial; la Administración en tanto titular de la tutela y, por tanto, de la guarda del menor, es responsables de vigilar, controlar y colaborar con las personas que la ejercen en su nombre.

> Por todo ello, los Tribunales ha declarado que constando vigente una resolución administrativa "de desamparo y adopción de medidas de protección, no contradicha judicialmente o, estando en curso el correspondiente proceso de oposición, no pueden los Juzgados y Tribunales que tienen de ello noticia adoptar ningún tipo de pronunciamiento relativo a guarda y custodia en sede de procesos de crisis familiar... y, caso de haberlo adoptado por falta de conocimiento del expediente de protección, su decisión es inoponible frente a la Administración ni a los acogedores en su caso". En consecuencia, mientras perdura la tutela administrativa quedan sin efecto las medidas judiciales que hubieran podido adoptarse en el marco de un proceso judicial de crisis matrimonial, relativas a la patria potestad, guarda y custodia o régimen de visitas (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de diciembre 2002 (JUR 2003\65238 y las citadas por ésta).

En el ejercicio de la tutela, la Administración actúa, como se ha dicho, en su condición de poder público y, por tanto, con las prerrogativas que la caracterizan. Sin embargo, una parte de la doctrina civil, según se ha visto, ha calificado la tutela administrativa de los menores desamparos como institución civil, por el simple hecho de haber sido regulada por el legislador estatal en el Código Civil. Ahora bien, los únicos efectos civiles que derivarían

[717] Así, la Ley de la Comunidad de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia (art. 24.2); La Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (art. 48.4); la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (arts. 34 y 53) o el Decreto de la Junta de Andalucía 42/2002, de 12 de febrero, de régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa (arts. 32 y 33). Ver el epígrafe de este trabajo al que hago referencia en la nota a pie de página 716.

ope legis de la resolución administrativa de desamparo son la suspensión de la patria potestad o la tutela civil u ordinaria. Precisamente estos efectos civiles derivados de la atribución legal de la tutela a la Administración y la clara incidencia de esta institución jurídico-pública en las relaciones familiares privadas, explicarían la atribución al orden jurisdiccional civil de la competencia para conocer los recursos interpuestos frente a las resoluciones administrativas declarando al menor desamparado y las adoptadas en el marco de la tutela. Los recursos frente a estas resoluciones administrativas están previstos fundamentalmente en garantía de las facultades o potestades de los padres o tutores. En realidad, en este ámbito se echa de menos el establecimiento de técnicas dirigidas a garantizar de modo eficaz el derecho de los menores a ser protegidos por la Administración, en especial cuando se encuentran en situación de desamparo y, por tanto, los cauces para reaccionar frente a la inactividad administrativa. Las técnicas de control de la actuación de la Administración parecen concebidas desde la perspectiva de los padres o tutores, que verían afectado su derecho a la vida familiar, y no desde la perspectiva del propio menor y la garantía de su derecho a recibir asistencia y protección de las Administraciones públicas cuando padecen una situación de riesgo o desamparo.

2. La naturaleza *iuspublicista* de la tutela administrativa

El legislador estatal, en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del Código Civil, incorporó al Código Civil la figura de la denominada tutela administrativa con el fin de arbitrar una técnica jurídica que garantizara a todos los menores en situación de desamparo la debida protección por parte de las Administraciones públicas competentes. Sin embargo, la regulación de la tutela administrativa suscitó desde un primer momento dudas interpretativas y cierta confusión. Una de las razones de estas dudas fue la falta de claridad y precisión con que se reguló el régimen de la tutela administrativa[718].

Por otra parte, gran parte de los problemas que ha planteado la delimitación del régimen jurídico de la tutela administrativa, en especial respecto a la tradicional tutela civil, derivan del hecho que el legislador estatal alude a la misma al regular la tutela ordinaria en los arts. 222 y ss. del propio Código Civil. Debido a ello, un sector de la doctrina privada procedió a asimilar indebidamente la tutela administrativa a la tutela civil u ordinaria, calificando a la primera de tutela de Derecho privado y, por ello, sujeta a las previsiones de Título X, del Libro, I del Código Civil. En la misma línea, aunque

[718] Con posterioridad, la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, brinda nueva redacción a varios artículos del Código Civil —entre ellos el art. 172— tratando de aclarar algunas de las dudas y problemas suscitados por la regulación anterior.

de forma más matizada, otros autores consideran que la tutela administrativa es una verdadera tutela, pero una tutela especial a la que, con algunas excepciones, serán de aplicación las normas relativas a la tutela civil u ordinaria[719].

Sin embargo, para precisar debidamente el contenido y naturaleza de la denominada tutela administrativa, es necesario volver nuestra mirada al pasado y constatar su vinculación con la tradicional acción tutelar o protectora desarrollada por la extinta Obra de Protección de Menores y la actuación de los también desaparecidos Tribunales Tutelares de menores[720].

En efecto, la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948, cuya vigencia ha perdurado hasta hace pocos años[721], atribuía a dichos Tribunales competencia para acordar la suspensión de los derechos de guarda y educación de los padres o tutores en caso de indebido ejercicio de la patria potestad o la tutela. En caso de suspensión de los referidos derechos, el Tribunal asumía la tutela y encomendaba la custodia del menor a otras personas o entidades: el acogimiento del menor por la Junta de Protección de Menores, sociedad tutelar, establecimiento, persona o familia[722].

Por tanto, vigente la referida legislación, correspondía a los Tribunales Tutelares verificar el indebido ejercicio de los deberes de guarda y educación y declarar, en su caso, la suspensión de la patria potestad o la tutela y asumir la tutela del menor. Por ello, cuando el legislador estatal regula la tutela administrativa en el Código Civil, desde la doctrina se afirma que se ha procedido a una *desjudicialización*, ya que ahora correspondía a las Administraciones públicas —y no a los Tribunales— constatar el posible desamparo y, una vez declarado, se produce *ope legis* la tutela administrativa y la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria.

---

[719] Sobre la distintas posiciones doctrinales acerca de la naturaleza de la tutela administrativa, BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo... cit.*, págs. 237-249.

[720] En el Capítulo I de esta obra se ha examinado la evolución histórica de la protección pública de los menores en nuestro sistema jurídico.

[721] Esta Ley fue declarada parcialmente inconstitucional por STC 36/1991, de 14 de febrero. Con posterioridad, fue totalmente derogada por la Ley orgánica 5/2000, de 12, de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Debe tenerse en cuenta que la Ley de 1948 regulaba conjuntamente la faceta protectora y reformadora atribuida a los Tribunales Tutelares de menores. En el Capítulo I ha sido examinado el contenido de esta ley, en especial en lo referido a las facultades protectoras ejercidas por los Tribunales Tutelares.

[722] El art. 9.3 de la Ley atribuía a los referidos Tribunales, en ejercicio de la facultad protectora, competencia para conocer de "la protección jurídica de los menores de dieciséis años contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda y educación". Asimismo, la Ley disponía que "la facultad de suspender el derecho a la guarda y educación de los menores de dieciséis años y la acción tutelar sobre las personas de los menores protegidos con dicha suspensión, quedarán exclusivamente encomendadas a la competencia de los Tribunales de Menores" (art. 13). En ejercicio de la facultad protectora el Tribunal podía adoptar las siguientes medidas: "imposición de vigilancia o de suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación del menor, ordenando, en su caso, que éste sea confiado a la correspondiente Junta de Protección de Menores o a una persona o familia, Sociedad tutelar o Establecimiento" (art. 17 B).

Sin embargo, tal afirmación sólo tiene una parte de verdad, pues lo cierto es que los Tribunales Tutelares de Menores estuvieron originariamente incardinados en la propia Administración. En efecto, los Tribunales para niños fueron creados mediante ley de 25 de noviembre de 1918; en aquel momento el Tribunal tenía naturaleza administrativa, no era necesario que sus miembros provinieran de la carrera judicial y, además, sus resoluciones eran recurridas ante el Consejo Superior de Protección a la Infancia, órgano administrativo enmarcado en el Ministerio de Gobernación. Con posterioridad, la Ley de 3 de febrero de 1929 mantuvo la naturaleza administrativa del Tribunal. De igual modo el Texto Refundido sobre Tribunales Tutelares de Menores aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948; esta norma atribuía a la Administración pública, a través del Consejo Superior de Protección de Menores, amplias facultades para establecer la composición y organización de estos Tribunales. Por otra parte, según dispuso el Texto Refundido sobre Protección de Menores de 2 de julio de 1948, la protección de los menores tutelados por los Tribunales correspondía a la Obra de Protección de Menores, entidad estatal autónoma dependiente del Ministerio de Justicia[723].

En definitiva, como vemos, la acción tutelar y protectora se desarrollaba, antes como ahora, en la órbita de la Administración pública. La judicialización del Tribunal Tutelar de menores se contempla por primera vez en la Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974, que prevé la existencia de Magistraturas Tutelares de Menores, a las que correspondería el conocimiento de los procedimientos que hasta entonces tenían atribuidos los Tribunales Tutelares. Finalmente, la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, creó los Juzgados de Menores (art. 96).

Por otra parte, las funciones inherentes a la acción tutelar que en el ámbito de la faculta protectora tenían atribuidos los Tribunales Tutelares y los servicios de la Obra de Protección de Menores a través de los que se actuaba, tras la aprobación de la Constitución, se fueron traspasando a las Comunidades Autónomas.

En el caso de Cataluña, mediante el Real Decreto 1292/1981, de 5 de junio, el Estado traspasó a la Generalitat los servicios en materia de protección de menores que la Obra de Protección de Menores desarrollaba en territorio de Cataluña, así como la ejecución de las medidas acordadas por los Tribunales Tutelares. Al efecto de cumplir debidamente las funciones encomendadas, el legislador catalán establece un nuevo marco jurídico en el ámbito de la protección de los menores, mediante la aprobación de la Ley 11/1985, de

[723] El Decreto 414/76, de 26 de febrero, todavía englobaba los Tribunales Tutelares en la Obra de Protección de Menores. No obstante, la norma deseaba subrayar la independencia de los referidos Tribunales al brindar nueva redacción al art. 59 que precisaba que en el ejercicio de su función sólo estaban sometidos al Ordenamiento jurídico y no, por tanto, a instrucciones de la Administración.

13 de junio (en la actualidad derogada). Esta Ley, siguiendo el camino trazado por la legislación estatal precedente, encomendaba a la Administración de la Generalitat la función de brindar protección a los menores que se hallen en situación de necesitarla (art. 1), y disponía que la protección de los menores comprende "*la tutela de menores* por defecto o por inadecuado ejercicio de la patria potestad o del derecho de guarda y educación" (art. 2 c). Asimismo, el art. 54 establecía que "*la tutela de menores* por defecto o inadecuado ejercicio de la patria potestad o del derecho de guarda y educación *consistirá en la atención y tratamiento de los menores abandonados o víctimas de la actuación de los padres o guardadores*, cuando la autoridad judicial decida intervenir en el ejercicio de sus competencias y en la forma que disponga". La autoridad judicial a la que alude este precepto era en aquel momento los Tribunales Tutelares de Menores.

Así, el legislador catalán, engarzando con la legislación estatal precedente sobre protección de menores, utilizaba la expresión "*tutela*" para aludir a la acción protectora o funciones tutelares que la Administración debía ejercer frente a los menores en situación de necesitarla.

Pues bien, la citada Ley catalana inspiró la posterior regulación de la tutela administrativa por la Ley estatal 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código Civil[724]. Sin embargo, el legislador estatal dará un paso adelante al prescindir de la intervención judicial para declarar la tutela de la Administración, que ahora deriva *ope legis* de la existencia de una situación de desamparo constatada por la propia Administración.

La regulación de la tutela administrativa en el Código Civil ha conducido, como se ha dicho, a una parte de la doctrina civil a vincularla a la tutela ordinaria y calificarla de institución civil. En nuestro sistema jurídico, para la mayoría de la doctrina civil ha pasado prácticamente inadvertida la acción tutelar del Estado desarrollada a través de la Obra de Protección de Menores y los Tribunales Tutelares[725]. Ello explica que se vinculara, y de forma indebida incluso se asimilara, la tutela de la Administración a la figura de la tutela civil, en lugar de engarzarla con la acción tutelar que tradicionalmente ha desarrollado la Administración frente a los menores en situación de desprotección.

En cambio, de forma más precisa, otro sector de la doctrina civil, a la vista de los antecedentes históricos de la tutela de las Administraciones públicas, concluye que, en realidad, no estamos ante una verdadera tutela; no se trata de una tutela civil u ordinaria, sino de una función administrativa. El térmi-

[724] Tal como pone de relieve PÉREZ ALVAREZ, Miguel Ángel, *La nueva adopción... cit.*, págs. 48-49.

[725] Así lo afirma, MENDIZÁBAL OSES, Luis, *Derecho de menores. Teoría general*, Ed. Pirámide, Madrid, 1977, pág. 173.

no "tutela" se utiliza para designar la función administrativa de protección de los menores desamparados que la ley encomienda a la Administración pública competente[726]. Por tanto, estamos ante una tutela de naturaleza *iuspublicista,* diferente de la que tuvo su origen en el *ius civile.* En realidad, la acción protectora desarrollada por la Administración constituye un servicio público esencial de carácter personal o social; tal como han reconocido el propio legislador al regular esta materia y los Tribunales[727].

Así, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 31 de mayo de 1995 (AC 1995\1059), el Tribunal afirma, con relación a la competencia de la Administración de tutelar y prestar atención a los menores que, por circunstancias especiales e inadaptación, abandono o marginación, etc., necesitan de una protección específica por parte de los poderes públicos", que se trata de un *"servicio público de asistencia social de protección de menores en situación de desamparo".*

3. Caracteres de la tutela administrativa

A) *El carácter automático de la tutela administrativa*

La tutela administrativa se produce *"ope legis"*, por ministerio de la Ley, una vez constatada y declarada por la Administración la situación de desamparo[728]. El art. 172 del Código Civil dispone que "la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, *tiene por ministerio de la Ley* la tutela del mismo"[729].

---

[726] En este sentido, PÉREZ ALVAREZ, Miguel Ángel, *La nueva adopción... cit.*, págs. 88-99. Así, en Cataluña, el legislador habla de atribución a la Administración de *"funciones tutelares"* (Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados (art. 3.1).

[727] Así, por ejemplo, el propio legislador catalán, que posteriormente ha regulado la materia al amparo el título competencial legislación civil, en un primer momento, al dictar la Ley 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores, proclama en la Exposición de Motivos que uno de los objetivos de la Ley es "sustituir los antiguos criterios de beneficencia en que se basa la protección a la infancia y a la mujer por la moderna concepción de *servicio público*". Asimismo, entre otros, el legislador valenciano, afirma en la Exposición de Motivos de la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la infancia, que "la infancia en uno de los intereses públicos más preciados en las sociedades modernas, su atención se ha convertido en un *servicio público esencial* en los países que se han constituido en un estado social y democrático de derecho". El legislador de Aragón también declara, en el Preámbulo de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia, que la protección de los menores en situación de riesgo y desamparo se incardina en el "marco del *sistema público de servicios sociales*" a través del Instituto Aragonés de Servicios Sociales (art. 85).

[728] Así resulta de la Ley y se afirma expresamente, entre muchas otras, en el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 2 de mayo 2002 (JUR 2002\174019), en el Auto de la Audiencia Provincial de Soria de 14 diciembre 2000 (JUR 2001\79466) o en el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 25 de abril de 1997 (AC 1997\903).

[729] Esta redacción proviene de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero (disposición final 5ª). No obstante, como se ha dicho anteriormente, en ocasiones la atribución de la tutela a la

El legislador estatal incorporó a nuestro Ordenamiento la figura de la tutela *ex lege* de los menores desamparados por la Administración en la reforma del Código Civil de 1987. En el preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del Código Civil, el legislador declaraba, con relación a las normas sobre la tutela administrativa de los menores desamparados, que "se ha estimado, atendiendo a la urgencia del caso, que la situación de desamparo debe dar origen a una *tutela automática* a cargo de la Entidad pública a la que corresponda en el territorio la protección de los menores". Por tanto, el deseo de que la Administración brinde atención inmediata a estos menores explica el carácter *automático* de la tutela administrativa[730].

La expresión del art. 172 del Código Civil "*tiene por ministerio de la Ley*", proviene de la enmienda número 37 presentada por el Grupo Socialista en el curso de los debates parlamentarios. La finalidad de la enmienda era poner de relieve "que se trata de una tutela automática que funciona *ope legis* sin intervención judicial ni formalización instrumental alguna". El legislador no deseaba judicializar la protección de los menores desamparados, al efecto de agilizar la actuación asistencial y protectora de la Administración[731]

Es más, en la redacción del art. 172 del Código Civil, que inicialmente brindó la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, se establecía que "la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, tiene por ministerio de la ley la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo". En un primer momento, el legislador estatal no contempló expresamente la necesidad de que la Administración declarará al menor desamparado. Sin embargo, en la doctrina civil se inició un debate acerca de la autoridad competente para apreciar el desamparo. Para solventar las dudas planteadas y poner fin a este debate, el legislador estatal modificó la redacción inicial del art. 172 y, siguiendo el camino ya emprendido por algún legislador autonómico[732], atribuyó expresamente a la Administra-

---

Administración podría tener efectos retroactivos, ya que produce efectos favorables para el menor y el supuesto de hecho de desamparo existía en la fecha a la que se retrotraen los efectos de la tutela. Así deberá suceder en el caso de la declaración de desamparo y asunción de la tutela de los menores inmigrantes no acompañados.

[730] Así se ha afirmado por los Tribunales en el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de noviembre 1999 (AC 1999\8672).

[731] El Grupo Parlamentario Popular había presentado las enmiendas 42, 43 y 59 en las que proponía suprimir el inciso "tiene por ministerio de la Ley" e introducir otro en el que se establecía que la situación de desamparo "habrá de ser declarada por el Juez, a Instancia de la entidad pública o del Ministerio Fiscal". Pues bien, el Grupo Parlamentario Socialista se opuso a esta enmienda en el Senado, alegando que "sería muy grave, y no haríamos nada con este proyecto de Ley, si tuviéramos que esperar a que los Jueces decidiesen para esas situaciones de desamparo, porque habría muchos niños que desgraciadamente, cuando obtuvieran la resolución judicial, ya no podrían estar en la presencia del Juez, porque se habrían muerto de frío y de hambre". Vid. IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda asistencial... cit.*, págs. 212 a 214, nota 630.

[732] Este es el caso de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados (art. 3).

ción pública la competencia para constatar y declarar la situación de desamparo, vinculando a esta declaración la atribución automática de la tutela del menor a la propia Administración.

Por tanto, la tutela administrativa se configura como una tutela pública que deriva directamente de la Ley. Una tutela que tiene carácter automático al constatarse por la propia Administración la situación de desamparo de un menor[733]. Este constituye un rasgo que distingue la tutela administrativa de la tutela civil u ordinaria, ya que esta última debe ser constituida judicialmente[734]. En cambio, en la constitución de la tutela administrativa no interviene la autoridad judicial[735].

La Administración competente, en el marco del correspondiente procedimiento administrativo deberá examinar las circunstancias personales y sociofamiliares del menor y, en caso de verificarse, procederá a declarar la situación de desamparo. Por obra de la Ley, la resolución administrativa produce el efecto de atribuir a la Administración de manera automática la tutela del menor.

En Cataluña, siguiendo los pasos del legislador estatal[736], la Ley ha establecido, asimismo, el carácter automático de la tutela administrativa. La Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, dispone en su art. 3 que la resolución de desamparo "comporta la asunción *automática* por el organismo competente de las funciones tutelares sobre el menor" [737]. En el mismo sentido se ha pronunciado el art. 164 del Código de Familia. Las funciones tutelares son asumidas de manera automática por la Administración de la Generalitat, que las deberá actuar a través de

[733] A lo largo de los debates parlamentarios de aprobación de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código Civil, cuyo art. 172 prevé la tutela automática de la Administración, el entonces Ministro de Justicia Sr. Ledesma Bartret manifestaba que "si me piden un resumen telegráfico de las notas que caracterizan esta tutela, creo que se podrían dar las siguientes: esa tutela automática y legal se caracteriza, primero por su automatismo, porque como sabe SS.SS. se produce *ex lege*; es decir, sin necesidad de declaración judicial; segundo, por su provisionalidad, porque se mantendrá en tanto subsistan las causas que determinaron esa intervención, y tercero, por sus beneficiarios que serán los menores desamparados" (Diario de Sesiones del Senado. Año 1987. III Legislatura. Sesión Plenaria nº 46 celebrada el miércoles 7 de octubre de 1987, pág. 1725) Cfr. BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo... cit.*, pág. 212.

[734] Así, en Cataluña, el art. 171 del Código de Familia, al regular los "supuestos de delación", dispone que "la tutela de los menores desamparados se difiere en la forma establecida por las leyes y se rige por sus normas especiales".

[735] En la Memoria del Fiscal General el Estado de 1988 y de 1992 se afirma que la autoridad judicial no interviene en el acto constitutivo, puesto que la entidad pública la tiene por ministerio de la Ley. En el mismo sentido se han expresado los Tribunales, entre otros, en el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de noviembre 1999 (AC 1999\8672). Sin embardo, algún autor había defendido la necesidad de una declaración judicial. Vid. BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo... cit.*, págs. 217 y 218 -221.

[736] En la primera redacción que del art. 172 brindó la Ley 21/1987, de 11 de noviembre.

[737] En relación con el art. 2 del Reglamento de protección de los menores desamparados, aprobado por Decreto 2/1997 y modificado por Decreto 62/2001.

la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia del Departamento de Bienestar y Familia.

El carácter automático de la tutela administrativa supone que, una vez constatada por la Administración la situación de hecho —el desamparo del menor—, de la propia ley deriva la consecuencia jurídica: la atribución de la tutela del menor a la Administración. Tutela administrativa de carácter legal que comporta, también de forma automática, la suspensión de la patria potestad o la tutela civil y el deber de la Administración competente de hacerse responsable de la asistencia y protección del menor declarado desamparado[738].

B) *La relativa provisionalidad de la tutela administrativa*

La tutela administrativa se caracteriza, asimismo, por su relativa *provisionalidad*[739]. La tutela se mantendrá mientras subsistan las causas que determinaron la declaración de desamparo. Las medidas asistenciales y protectoras adoptadas por la Administración que tiene atribuida la tutela deberán dirigirse, siempre que sea posible, a conseguir la reintegración del menor en su núcleo familiar o, en su caso, su incorporación en otra familia. Así lo exige el derecho a la vida familiar, reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[740]. En nuestro Ordenamiento jurídico, como en la práctica totalidad de los Ordenamientos de nuestro entorno, la familia constituye el medio preferido para el desarrollo y formación de los menores[741]. Por ello, como se ha visto, la actuación protectora de las Administraciones públicas debe guiarse por los principios de reintegración e integración familiar[742].

Así, cuando la Administración que tiene atribuida la tutela adopta medidas de protección que implican la separación del menor de su familia (acogimiento familiar o residencial), las Administraciones en su caso competentes deberán, a su vez, actuar el entorno socio-familiar del menor para

[738] El conjunto de legislación autonómica sobre la protección de los menores desamparados acoge el carácter automático de la tutela de la Administración una vez declarada la situación de desamparo; en unos casos así resulta de la remisión al art. 172 del Código Civil y en otros se establece expresamente. En Cataluña, ver el art. 3.2 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre protección de los menores desamparados.

[739] Así se puso de relieve en el curso de los debates parlamentarios sobre el art. 172 del Código civil, en el marco de elaboración de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. Ver en la nota 734 las palabras del entonces Ministro de Justicia.

[740] Ver las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre reintegración familiar citadas en el anexo de referencias jurisprudenciales de este trabajo.

[741] Así resulta de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (arts. 5, 9.1, 18).

[742] Ver, por ejemplo, la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (arts. 3.3 d), 46f) y art. 47.1f). En relación al contenido de estos principios, ver el Capítulo III de esta obra, el epígrafe sobre los principios rectores de la actuación pública en materia de menores.

neutralizar los factores que llevaron a la situación de desamparo. En general, corresponderá a las Administraciones locales actuar a través de los servicios sociales generales o atención primaria en el entorno familiar del menor, de forma coordinada con la Administración que tiene encomendada la tutela. Por otra parte, al efecto de hacer posible la posterior reintegración familiar del menor tutelado, también será esencial establecer un adecuado régimen de relaciones personales, con el fin de evitar que se rompan los vínculos entre el menor y su familia.

Por tanto, las medidas de protección acordadas en el marco de la tutela administrativa, siempre que así convengan al interés del menor, sólo implicarán, en principio, el alejamiento *temporal* de su familia. Las Administraciones en cada caso competentes deberán brindar asistencia y protección al menor y, de forma simultanea, actuar en el seno de la familia para hacer posible su reintegración familiar.

> En la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de febrero 2002, asunto Kutzner contra Alemania, op. 76 (JUR 2002\90946), el Tribunal afirma que "la resolución de tomar a un niño a cargo de las autoridades debe en principio ser considerada como una *medida temporal*, a anular en cuanto las circunstancias se presten a ello, y todo acto de ejecución debe estar de acuerdo con un *fin último: unir de nuevo a los padres biológicos con el niño. Las autoridades tienen la obligación positiva de tomar medidas para facilitar la reunión de la familia en cuanto sea verdaderamente posible*, desde el inicio del periodo en que toman a su cargo al niño y cada vez con más fuerza, lo que debe siempre estar en equilibrio con el deber de considerar el interés superior del niño"[743].
>
> Asimismo, nuestros Tribunales, en el Auto de la Audiencia Provincial de Soria de 14 de diciembre 2000 (JUR 2001\79466), declaran "que hay que procurar un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales. Por ello consideramos que *la Administración debe planear*, a corto o medio plazo, y *siempre que sea posible y conveniente para los menores, el retorno de éstos con sus padres, mediante oportunos programas de información, educación y asistencia a los progenitores; del mismo modo, estimamos que debe ampliarse el horario de visitas de los padres a sus hijos... de forma que se fomente e incentive la relación paterno filial*".

Así, siempre que resulte lo más conveniente para el interés superior del menor, la Administración competente deberá acometer las actuaciones necesarias para hacer posible la reintegración del menor a su ámbito familiar. De modo que la tutela administrativa sólo se mantendrá, en principio, mientras se neutralizan los factores de riesgo que llevaron al desamparo. Por esta razón las diversas normas autonómicas contemplan la duración provisional de la tutela de la Administración y regulan las causas de extinción de la misma.

[743] Ver, asimismo, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 24 de marzo de 1988, asunto Olsson contra Suecia, op. 81 (TEDH 1988\2); o la STEDH de 10 de mayo 2001, asunto T.P. y K.M. contra Reino Unido (TEDH 2001\331). Por lo que se refiere a los Tribunales Españoles, entre otras, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de julio 1996 (RJCA 1996\2098).

> Así, por ejemplo, el Decreto del Gobierno andaluz 32/2002, de 12 de febrero, por el que se establece el régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa, en su art. 35 dispone que "en el caso de que se constatase la desaparición de las circunstancias que dieron lugar a la asunción de la tutela de los menores, los órganos competentes de la Administración de la Junta de Andalucía promoverán, de oficio o a instancia de parte, las actuaciones precisas para la extinción de la misma y la reintegración de aquellos a su ámbito familiar".

En la STEDH de 7 de agosto de 1996, asunto Johansen contra Noruega, Ap. 78 (TEDH 1996\31), el Tribunal declara que "normalmente hay que considerar la asunción de la tutela de un menor como una *medida temporal* a suspender cuando la situación se preste ello y que cualquier acto de ejecución debe estar de acuerdo con un *fin último: unir de nuevo los padres naturales y al hijo*" (ver, asimismo, la STEDH de 9 de mayo 2003, asunto Covezzi y Morselli contra Italia, Ap. 118 (TEDH 2003\24).

Así, la Administración deberá adoptar las medidas pertinentes para hacer posible la reintegración familiar y, en su momento, preparar adecuadamente al menor y a la familia para reanudar la vida en común (STEDH de 22 de junio 1989, asunto Eriksson contra Suecia (TEDH 1989\12).

Por otra parte, en aquellos casos en que falten los padres del menor o éstos hubieran sido privados de la patria potestad, la Administración podrá promover el nombramiento de un tutor civil. Así, la Administración que tiene atribuida la tutela de un menor desamparado promoverá el nombramiento de un tutor civil cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la misma en su beneficio[744]. Es más, la constitución de la tutela civil será la actuación que en primer término deberá emprender la Administración, siempre que concurran los presupuestos y existan personas de la propia familia del menor dispuestas a asumirla. El nombramiento de un tutor ordinario entre los familiares del menor permite hacer efectivo el mandato del legislador del "mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés"[745]. Por tanto, en estos casos, la tutela administrativa sólo duraría mientras se procede al nombramiento de un tutor civil. Una vez constituida la tutela civil finalizaría la tutela administrativa.

Como vemos, la tutela de la Administración tendrá, en principio, carácter *provisional*. La acción protectora se prolongará hasta el momento en que el menor pueda retornar en las debidas condiciones con su familia u otra persona que asuma la tutela civil[746].

---

[744] Art. 239 del Código Civil. En Cataluña, art. 3.1 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de protección de los menores desamparados y art. 164 del Código de Familia.

[745] Art. 11.1 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Ver, asimismo, el art. 172.4 del Código Civil.

[746] Ver el caso a que se refiere la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 12 de junio 2000 (JUR 2000\283139).

Por otra parte, en aquellos casos en que no resulte posible la reintegración familiar del menor, o cuando las circunstancias socio-familiares hicieran conveniente el alejamiento definitivo de su familia natural y no existan personas a favor de las cuales resulte oportuno promover la tutela civil, la Administración que tiene encomendada la tutela podrá iniciar el camino hacia la adopción a través de la medida de acogimiento preadoptivo[747]. En este caso también la familia, aunque no la propia, constituye el destino final del menor. Así, con la adopción del menor finalizaría la tutela administrativa.

Sin embargo, como se ha dicho, la tutela administrativa sólo es relativamente provisional, ya que en algún caso podría tener carácter definitivo. En efecto, así sucederá cuando no fuera posible la reintegración familiar y tampoco resultare conveniente para el interés superior del menor la constitución de la tutela civil o su posible adopción. Este tipo de situaciones suele producirse en el caso de menores desamparados próximos a la mayoría de edad. En estos supuestos, la Administración asumirá las funciones tutelares hasta la mayoría de edad del menor o, en su caso, hasta su emancipación[748]. Sin embargo, el cese de la tutela administrativa por estas razones podrá ser compatible con el establecimiento de medidas dirigidas a facilitar la plena autonomía personal e integración social y laboral de las personas que hayan estado tuteladas por la Administración[749].

En definitiva, la tutela automática de la Administración de los menores desamparados no tiene vocación de permanencia, sólo deberá mantenerse mientras dure la situación excepcional que la motivó. Sin embargo, como se ha visto, en ciertas circunstancias podría ser definitiva y finalizar con la emancipación o la mayoría de edad del menor tutelado.

C) *El carácter delegable del ejercicio de la guarda inherente a la tutela administrativa*

La tutela administrativa es de titularidad pública, sin embargo, el ejercicio de las obligaciones y facultades derivadas de la misma es susceptible de delegación. En efecto, la Administración delegará el ejercicio de las funciones de guarda inherentes a la tutela en las personas a favor de las cuales se constituya la medida de acogimiento familiar o en el director del centro o

[747] Art. 173 bis.3º del Código Civil en relación con los arts. 175 y siguientes. En Cataluña, art. 5.1 en relación con los arts. 13 a 15 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

[748] El propio Código Civil contemplaría la posible tutela administrativa definitiva al regular el acogimiento familiar *permanente* entre las medidas de protección de los menores tutelados por la Administración (art. 173 bis 2º).

[749] Así lo prevé expresamente el Decreto del Gobierno valenciano 93/2001, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección jurídica del menor (art. 36.3).

institución en el que vaya ingresar el menor, ya sea un centro público o un centro privado colaborador[750].

En efecto, el art. 172.3 del Código Civil dispone que la guarda "como función de la tutela por ministerio de la Ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial". Así, entre las medidas de protección que la Administración puede adoptar frente a los menores bajo su tutela se encuentra el acogimiento familiar (simple, permanente o preadoptivo[751]) y el acogimiento institucional o residencial.

El acogimiento familiar o personal supone que la Administración confía el menor a una persona o personas que asumen su guarda y, por tanto, quedan legalmente obligadas a "velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarle, educarle y procurarle una formación integral, siempre bajo la vigilancia, el asesoramiento y la ayuda del organismo competente"[752]. La Administración ostenta la tutela y, por tanto, es titular de la guarda. Sin embargo, delega el ejercicio de las funciones inherentes a la guarda en la persona o personas que reciben al menor en acogimiento familiar.

Asimismo, la Administración puede acordar como medida de protección del menor tutelado el acogimiento residencial o institucional, ya sea en un centro público o en un centro privado colaborador. En este caso el centro o institución queda obligado a brindar al menor la atención y educación necesarias y corresponde al director de la institución ejercer por delegación las obligaciones y facultades inherentes a la guarda del menor[753].

Por tanto, como vemos, aunque la Administración tiene atribuida la tutela y, por tanto, es titular y responsable de la guarda del menor, delega el ejercicio de las funciones inherentes a la misma en una persona física. El carácter tuitivo de las funciones inherentes a la guarda explica que, en última instancia, la responsabilidad última de las funciones de guarda recaiga sobre una persona física. Por ello, se atribuye el ejercicio de la guarda a las personas que acogen al menor o al director del centro residencial en el que éste ingresa. Estas personas ejercerán las facultades y deberes derivados de las funciones de guarda con la colaboración y bajo la vigilancia de la Administración responsable de la tutela y, en última instancia, del Ministerio Fiscal (art. 174 Código civil)[754].

---

[750] Debe advertirse que la responsabilidad de la guarda forma parte de la tutela. Sin embargo, no sucede lo contrario, esto es, el ejercicio de la guarda y educación del menor no supone en todo caso tener atribuida su tutela.

[751] Art. 173 bis del Código Civil.

[752] Art. 10.2 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

[753] En Cataluña, ver el art. 32 la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

[754] En el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Adopción, de 17 de diciembre de 1985) se consideraba "deseable que se configuraran las actividades públicas de guarda de menores desamparados, o tendentes a su integración familiar,

4. El contenido de la tutela administrativa

A) *El contenido personal de las funciones tutelares de la Administración. La cuestión de la administración de los bienes del menor tutelado*

La asistencia y protección de los menores desamparados a través del instrumento legal de la tutela de la Administración constituye una función administrativa de carácter asistencial, un servicio público social o de carácter personal, tal como han declarado el propio Legislador, los Tribunales y la Administración[755]. En la medida que la acción administrativa tutelar o protectora de los menores desamparados constituye una actividad administrativa de carácter asistencial, en principio, sólo abarcaría los aspectos personales, la asistencia y protección de la persona del menor. Así, de forma general, la Administración que asume la tutela no debería ser responsable de administrar el patrimonio del menor declarado en desamparo. Los propios padres o tutor ordinario, a pesar de la suspensión de la patria potestad o tutela civil, podrán gestionar el patrimonio del menor en beneficio de éste. En su caso, podrá promoverse ante el juez el nombramiento de un administrador patrimonial si así se considera conveniente para el interés del menor.

La tutela administrativa de los menores desamparados no comporta, como se ha visto, la privación o extinción de la patria potestad o de la tutela ordinaria. En el momento en que la Ley de 21/1987, 11 de noviembre, incorporó este instrumento protector al Código Civil (art. 172) no precisó nada al respecto. Ello llevó a la doctrina civil a debatir sobre las consecuencias de la tutela de la Administración para el ejercicio de la patria potestad o la tutela ordinaria[756]. La cuestión era si la tutela administrativa comportaba la privación de la patria potestad o la tutela ordinaria o simplemente su suspensión. Pues bien, el propio legislador brindó nueva redacción al art. 172 del Código Civil para aclarar esta cuestión[757].

---

como un auténtico servicio público de titularidad administrativa, que pudiera ser objeto, bien de gestión directa, bien de gestión indirecta a través de las instituciones colaboradoras, pero de tal modo, que, en cualquier caso, la Administración Pública conservara facultades inspectoras coordinadores y directivas respecto a la gestión del servicio". Informe citado por BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo... cit.*, pág. 235.

[755] Así lo afirma el legislador, por ejemplo, en la Exposición de Motivos (apartado 3) de la Ley valenciana 7/1994, de 5 de diciembre, de la infancia. Los Tribunales, entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 31 de mayo de 1995 (AC 1995\1059). También la Administración, según resulta de la lectura de los dictámenes de la Comissió Jurídica Asesora (órgano consultivo de la Administración autonómica catalana que realiza las mismas funciones que el Consejo de Estado en el ámbito estatal), referidos a los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de daños producidos en ejercicio de la actividad de protección de los menores tutelados por la Administración; entre muchos otros, el dictamen 94/00, de 17 de febrero de 2000; el 572/98, de 26 de noviembre de 1998; el 34/99, de 4 de febrero de 1999; el 444/02, de 7 de noviembre de 2002; el 20/02, de 10 de enero de 2002; 19/02, de 10 de enero de 2002.

[756] Se hace eco de las distintas posiciones doctrinales, BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo... cit.*, págs. 249 y ss.

[757] A través de la disposición adicional 5ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

En la actualidad, el art. 172.1 *in fine* del Código Civil establece que "*La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria*[758]". Y añade "*No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él*"[759].

Por tanto, con la atribución *ex lege* de la tutela a la Administración los responsables del menor no se ven privados de la patria potestad o la tutela ordinaria. La patria potestad o la tutela civil tan sólo quedan automáticamente en *suspenso*. Por ello, son válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en beneficio del menor. De forma que la tutela automática de la Administración tan solo produciría la plena suspensión del ejercicio de los deberes de guarda, de las facultades de naturaleza personal inherentes a la patria potestad y no las de contenido patrimonial.

> En este sentido, la Fiscalía General del Estado ha manifestado expresamente que "*la declaración de la tutela automática produce tan solo la suspensión del ejercicio de las facultades de naturaleza personal (no patrimoniales) inherentes a la patria potestad o tutela*" [760].

Así, según resulta del art. 172 del Código Civil, la tutela de la Administración implicaría la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria tan solo en los aspectos personales, no en los patrimoniales. Los padres o tutores podrían seguir administrando los bienes del menor siempre que lo hagan en interés y beneficio del mismo. Las funciones tutelares atribuidas a la Administración comprenderían, en principio, tan solo los deberes y facultades de contenido *personal* inherentes a la patria potestad o la tutela ordinaria. Las Administraciones públicas no tendrían atribuida, de forma general, la responsabilidad de administrar los bienes de los menores tutelados.

> El art. 154 del Código Civil establece los deberes y facultades que comprende la potestad del padre y de la madre "1º. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2º. Representarlos y administrar sus bienes"[761]. Pues bien, con la atribución de la tutela del menor desamparado a la Administración sólo quedarían en suspenso los deberes y facultades del primer apartado y la representación legal inherente a dichas funciones.

---

[758] En Cataluña, se expresa en el mismo sentido el art. 3.2 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

[759] Con posterioridad, la previsión del legislador estatal ha sido recogida, asimismo, por la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (art. 61.2); el Decreto del Gobierno de Galicia 42/2000, de 7 de enero, (art. 40) o el Decreto del Gobierno de Valencia 93/2001, de 22 de mayo (art. 34).

[760] Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, sobre la "incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles", al hacer referencia al procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (apartado VII.5.A). Desde la doctrina, se manifiesta en el mismo sentido, PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, "La desprotección social...*cit.*, pág. 26.

[761] En Cataluña, arts. 143 y 145 del Código de Familia.

Debe tenerse en cuenta que la situación de desamparo se produce como consecuencia de la falta de asistencia y protección *a la persona* del menor por parte de aquellos legalmente responsables de su guarda. Tal como resulta de las normas que han caracterizado la situación de desamparo y de los pronunciamientos judiciales al respecto[762]. El desamparo del menor se produce como consecuencia del incumplimiento o indebido cumplimiento —de forma voluntaria o involuntaria— de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores. En cambio, la indebida administración de los bienes del menor por parte de los padres no conduce en ningún caso a la declaración de desamparo y consiguiente tutela de la Administración. En este último supuesto es otro el camino trazado por el legislador. Así, el art. 167 del Código Civil dispone que "*cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, el Juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal o del cualquier pariente del menor, podrá adoptar las providencias que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la administración o incluso nombrar un Administrador*". Por tanto, en el caso de que la Administración que tiene encomendada la tutela de un menor declarado en desamparo, observara que los padres o tutores no gestionan debidamente el patrimonio del aquel, debería instar a la autoridad judicial, en su caso a través del Ministerio Fiscal, la adopción de las medidas oportunas: la prestación de garantías suficientes, la limitación de las facultades de disposición más allá de lo establecido legalmente o el nombramiento de un administrador.

En consecuencia, las funciones tutelares de los menores desamparados atribuidas a la Administración serían simplemente de contenido *personal*: la guarda, educación y formación integral de la persona del menor. Un argumento más en favor de esta tesis resultaría de las previsiones de los arts. 155.2 y 165 del Código Civil[763]. En efecto, en estos preceptos se impone a los hijos el deber de contribuir equitativamente, según sus posibilidades, en los gastos de la familia mientras convivan con ella. Por su parte, en la medida que los padres tienen atribuida la función de administrar los bienes del menor (art. 164 Cc), se prevé que puedan destinar los frutos de los bienes y derechos que administren al mantenimiento de los gastos familiares. Pues bien, en el supuesto de que el contenido de la tutela administrativa también comprendiera la administración de los bienes del menor, podría concluirse que éste también debería contribuir a los gastos y la Administración podría destinar los frutos de los bienes que administra a sufragar los gastos derivados de la atención al

[762] Entre otras, Auto Audiencia Provincial de Cádiz de 19 de mayo 2001 (JUR 2001\303272) o Auto Audiencia Provincial de Cantabria de 24 de septiembre 2002 (JUR 2003\8154). En el Auto Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de noviembre 1999 (AC 1999\8672) se afirma que "la legitimación de la acción pública (sea administrativa o judicial) sólo se justifica cuando resulta indispensable para evitar graves repercusiones en la *esfera personal* de los menores".

[763] En Cataluña, art. 146.1 del Código de Familia.

menor. Sin embargo, no sucede así. La tutela administrativa de forma general tiene carácter gratuito, al menos para el menor[764]. El propio menor no queda en ningún caso legalmente obligado a contribuir con la Administración en los gastos de su asistencia y protección. En cambio, en ciertos casos se ha previsto la colaboración de los padres o tutores[765]; lo que resultaría coherente con el hecho de que puedan seguir administrando el patrimonio del menor.

Por otra parte, la naturaleza personal de las funciones tutelares encomendadas a la Administración también resulta de la regulación legal de las medidas de protección previstas para los menores desamparados. En efecto, cuando el legislador regula la medida de acogimiento familiar impone a las personas que reciban al menor "las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral"[766]. La persona o familia acogedora deberá ejercer estas obligaciones "siempre bajo la vigilancia, el asesoramiento y la ayuda" de la Administración responsable de la tutela del menor[767]. Pues bien, las referidas obligaciones, de *carácter personal*, coincidirían con las que corresponden a la Administración en el ejercicio de sus funciones tutelares. La Ley no impone a la persona o familia que, por delegación de la Administración, asume la guarda del menor, la obligación de administrar sus bienes. Las obligaciones inherentes a la guarda alcanzan tan solo a los aspectos personales, no los materiales. En el supuesto que el menor poseyera bienes que administrar, la Administración debería promover ante el Juez el nombramiento de un administrador patrimonial[768].

En nuestro Derecho histórico, la acción tutelar atribuida a los Tribunales Tutelares de Menores en caso de inadecuado ejercicio de la patria potestad o la tutela civil también tenía únicamente *contenido personal*. El instrumento legal de la tutela de la Administración de los menores desamparados, como se ha dicho anteriormente, enlaza directamente con la acción tutelar que en nuestro sistema jurídico habían tenido atribuida los Tribunales Tutelares de Menores y que éstos actuaban a través de la Administración. Los Tribunales Tutelares de Menores, en ejercicio de la facultad protectora, podía acodar la *suspensión* de los derechos de guarda y educación de los padres o tutores en

[764] El Decreto del Gobierno andaluz 42/2002, de 12 de febrero, por el que se establece el régimen desamparo, tutela y guarda administrativa, dispone en su art. 34.5 que "el ejercicio de la tutela por la Administración de la Junta de Andalucía tendrá *carácter gratuito*".

[765] Este es el caso de la Ley de Baleares 7/1995, de 21 de marzo, de guarda y protección de los menores desamparados, en su art. 14 prevé la colaboración de los padres o tutores en los gastos que deriven de la atención del menor cuando así lo establezca la Administración competente.

[766] Art. 173.1 del Código Civil y en Cataluña art. 10.2 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

[767] Así lo establece expresamente el art. 10.2 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

[768] Sin embargo, del Auto Audiencia Provincial de Madrid de 22 de enero 2003 (JUR 2003\83643), resulta que el Juzgado de Primera Instancia atribuyó a los acogedores la administración de los bienes del menor, decisión que fue confirmada en segunda instancia".

caso de indigno o indebido ejercicio de los mismos. Pues bien, según establecía el art. 14 del texto refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de menores (aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948) "los acuerdos de los Tribunales de Menores en que se suspenda el derecho de los padres o tutores, *sólo se referirán a la guarda y educación de la persona del menor y no producirán efectos civiles en cuanto a sus bienes. Si el Tribunal adquiriese el convencimiento de la necesidad de suspender el derecho a la administración de tales bienes, participará al Ministerio Fiscal de los hechos en que se funde dicha convicción, al efecto de que éste promueva el procedimiento que corresponda ante el Tribunal civil*".

> Asimismo, la Orden de 1 de abril de 1937, norma que contempló por primera vez en nuestro Ordenamiento la atribución *ex lege* de la tutela a la Administración, disponía que la tutela administrativa no alcanzaba a la gestión de los bienes del menor, función que correspondía al Consejo de Familia en aplicación de lo dispuesto en el Código Civil. En efecto, el art. 11 de la referida Orden establecía que "si uno de los niños colocados en virtud de esta disposición, llegase en cualquier momento a poseer bienes, se constituirá el Consejo de Familia para la guarda de los mismos, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil y disposiciones vigentes".

Pues bien, este sería el criterio acogido por el legislador estatal cuando modifica (en el año 1996[769]) la redacción inicial (del año 1987[770]) del art. 172 del Código Civil. La suspensión de la patria potestad o la tutela civil que se produce de forma automática al asumir la tutela la Administración sólo afectaría a los deberes y facultades de carácter personal. Por ello, el legislador dispone la validez de los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en beneficio del menor.

Ahora bien, en el caso de que la Administración tuviera constancia de que el patrimonio del menor bajo su tutela está siendo indebidamente gestionado por sus padres o tutor, debería emprender las acciones oportunas para que la autoridad judicial adopte las medidas pertinentes; como puede ser el nombramiento de un administrador patrimonial[771]. Este ha sido el camino seguido, de forma a mi juicio acertada, por algunas normas autonómicas.

> El Decreto de la Junta de Andalucía 42/2002, de 12 de febrero, sobre régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa, establece en su art. 34.4 que "en el

[769] En la disposición adicional 5ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

[770] Este precepto, como se ha dicho, fue incorporado al Código Civil por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código Civil.

[771] Por otra parte, desde la doctrina civil se ha afirmado que el contenido personal propio de la tutela administrativa podría alcanzar a los aspectos patrimoniales en aquellos casos en que el menor desamparado no estuviera sometido a la patria potestad o la tutela por fallecimiento de los titulares o en virtud de sentencia judicial. En este caso, algún autor sostiene que correspondería a la Administración que ejerce sobre el menor la acción tutelar la administración de los bienes del menor. Vid. PÉREZ ALVAREZ, Miguel Ángel, *La nueva adopción... cit.*, pág. 96 nota 124.

caso de que los menores tutelados tuvieran bienes, se procederá a la elaboración de un inventario, y *se promoverá el nombramiento judicial de un tutor de tales bienes* cuando resultaré conveniente por la naturaleza o el volumen de estos"[772]. En Cataluña, el Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados, establece en su art. 19 que la Administración "en caso necesario, cuando las circunstancias lo aconsejen, *podrá promover el nombramiento judicial de administrador patrimonial*" [773].

Ahora bien, teniendo en cuenta que la falta de capacidad de obrar del menor debe interpretarse de forma restrictiva, si el menor tuviera suficiente madurez para realizar por sí mismo ciertas actuaciones patrimoniales o para administrar sus bienes, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los mismos, la Administración que ejerce su tutela o, incluso, las personas responsables de su guarda, podrían aconsejar o asistir al menor en estas actuaciones[774].

No obstante todo lo anterior, debe reconocerse que ciertas normas autonómicas se apartan del criterio que en este trabajo se defiende. En algunos casos, la legislación sobre protección de menores pasa por alto este tema[775]. La razón de ello sería que, como se ha dicho, en un primer momento (año 1987) el legislador no estableció nada al respecto. Por su parte, la doctrina civilista no mantuvo una posición unánime. Por ello, algún legislador autonómico, en la línea de la doctrina que asimilaba la tutela administrativa a la tutela civil, comprende entre las funciones de la tutela administrativa la administración de los bienes del menor[776]. Ahora bien, en general, el legislador

[772] De modo muy similar se ha pronuncia el Decreto del Gobierno de Cantabría 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores (art. 12). Ver, asimismo, el art. 14 del Decreto del Gobierno de Madrid 121/1988, de 23 de noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor.

[773] Por ello, quizá pudiera cuestionarse el contenido del dictamen de la Comissió Jurídica Asesora 48/00, de 3 de febrero 2000, emitido en el marco del procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración, por daños causados en un centro de acogida a un menor declarado en situación de desamparo y tutelado por la Administración de la Generalitat, en el que se establece que "Esta Comisión Jurídica Asesora, desde la perspectiva de que la indemnización corresponde al menor, estima oportuno que la cantidad que en definitiva se otorgue se deposite en una entidad bancaria o de ahorro, buscando una efectiva y prudente rentabilidad, a nombre exclusivo del menor para que este la tenga a su disposición cuando llegue a la mayoría de edad y dando a los frutos que produzca el destino que legalmente corresponda de conformidad con la situación personal del afectado durante su minoría de edad".

[774] Arts. 162, 164 del Código Civil. En Cataluña, arts. 149 en relación con el art. 155 del Código de Familia.

[775] Este sería el caso de las legislaciones de las Comunidades Autónomas de Murcia, Canarias, Extremadura y Castilla-La Mancha. En el caso de Extremadura, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 21 abril 2003 (JUR 2003\131304), se atribuye a la Administración autonómica el deber de velar por los intereses económicos del menor bajo la supervisión del Ministerio Fiscal y, en su caso, aprobación judicial.

[776] La norma que se pronunciaría en este sentido de forma más clara es la Ley de las Islas Baleares 7/1995, de 21 de marzo, de guarda y protección de los menores desamparados, que establece en su art. 12.3 que "la asunción por el órgano competente de las referidas funciones tutelares conlleva la administración de su patrimonio, haciendo previamente inventario de los bienes del tutelado y su representación legal". Asimismo, y en este caso con posterio-

autonómico ha optado por soslayar está problemática con una genérica remisión a la normativa civil[777]; título competencial al amparo del cuál se había regulado el instrumento legal de la tutela administrativa. En cambio, tras la modificación del art. 172 (en el año 1996) algunas normas autonómicas se han pronunciado de forma algo más precisa al respecto: si existe un patrimonio que lo haga necesario y las circunstancias socio-familiares así lo aconsejan la Administración debería, en su caso, realizar inventario de los bienes y promover ante el Juez el nombramiento de un administrador patrimonial[778].

B) *El deber de vigilancia y la potestad de corrección. La responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios causados por el menor tutelado*

Los padres o tutores, en su calidad de titulares de la patria potestad o la tutela civil, tienen encomendada la guarda del menor y, por tanto, el deber de vigilancia y la potestad de corrección. El art. 154 *in fine* del Código Civil establece que los padres podrán corregir razonable y moderadamente a los hijos. Por su parte, el art. 155.1º del propio Código impone a los hijos el deber de obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad[779].

> El Comité de los Derechos del Niño, tras el examen del segundo informe periódico de España (CRC/C/65/Add. 12) presentado el 12 de octubre de 1998, en la sesión de 7 de junio de 2002 (CRC/C/Add. 185) realizó, entre otras, la siguiente observación: "el Comité lamenta profundamente que todavía no se haya revisado el artículo 154 del Código Civil español" y, por ello, "insiste en su recomendación previa de rectificar el artículo 154 con tal de eliminar toda referencia al castigo ra-

ridad a 1996, la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia, encomienda a la Administración que tiene atribuida la tutela la administración del patrimonio del menor (art. 61, en especial apartado 3). Este camino ha sido seguido por la Ley Foral de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (art. 65.3); y la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 52.2 b) y apartados 3 y 5)

[777] Este sería el caso de la Ley de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (art. 55) en relación con el Decreto 121/1988, de 23 de noviembre (art. 14); la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (art. 82).

[778] En este sentido se pronuncia el Decreto del Gobierno de Cantabria 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores (art. 12). Es más, en el art. 11 del propio Decreto, se disponen las medidas dirigidas a "asegurar la cobertura de sus *necesidades subjetivas*", lo que indicaría que se refieren a los aspectos personales y no los patrimoniales.

[779] En Cataluña, se pronuncian de modo similar los arts. 143.3 y 144 del Código de Familia. Sin embargo, en el Anteproyecto de Ley por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia (publicado en abril 2006), se matiza la potestad de corrección; en el art. 236-17 se establece, en el apartado 3, que "los progenitores puede corregir a los hijos en potestad de una manera proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad y sin imponerles en ningún caso sanciones humillantes o que atenten contra sus derechos. A este objeto, pueden solicitar excepcionalmente la asistencia e intervención de los poderes públicos".

> zonable. También recomienda al Estado parte: a) que prohíba todas las formas de violencia incluyendo el castigo físico en la crianza del niño de acuerdo con el artículo 19 de la Convención; b) que lleve a cabo campañas de sensibilización y trabaje en la promoción de formas alternativas de disciplina en las familias".

Pues bien, a la Administración que tiene encomendada la tutela del menor desamparado y, por tanto, es titular y responsable de su guarda, también le correspondería el deber de vigilancia y la potestad de corregir de una manera proporcionada, razonable y moderada al menor, claro está, siempre a través de medidas de naturaleza educativa o pedagógica y con pleno respeto a sus derechos.

> En el marco de la legislación estatal, la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia, dispone en su art. 86.7 que la Administración en ejercicio de la guarda podrá acordar "limitaciones al menor respecto de aquellas situaciones, actividades o conductas que puedan ser perjudiciales para él mismo o para otros, ponderándolas siempre, de manera razonable y moderada, con medidas de naturaleza pedagógica y evitando que supongan menoscabo de la atención a sus necesidades y derechos básicos o amenaza para su integridad física o psíquica".

Por otra parte, la atribución de la guarda y el consiguiente deber de vigilar y velar por el menor, comporta la responsabilidad por los daños causados por los hijos o pupilos. En efecto, el art. 1903 del Código Civil establece que "los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda". El propio precepto también dispone que "los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía".

Asimismo, en la medida que la Administración que tiene atribuida *ex lege* la tutela del menor desamparado es titular y responsable de su guarda y, por tanto, tiene el deber de velar por éste, también será responsable de los daños y perjuicio causados por el menor. Así lo viene reconociendo la propia Administración en el marco de los procedimientos de responsabilidad patrimonial por daños producidos por menores bajo su tutela tras la declaración de desamparo.

> La Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores, establece en su art. 64 que "la responsabilidad por los daños causados o sufridos por los menores sometidos a la guarda de la Administración de la Comunidad Autónoma de la Rioja corresponde a ésta, y será exigible conforme a lo dispuesto por las leyes para la responsabilidad patrimonial de las Administraciones cuando actúen en relaciones de Derecho privado"[780].

[780] El art. 144 de la Ley 39/1992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC) establece que "Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139

En efecto, para el análisis de esta cuestión se ha procedido a examinar el contenido de los dictámenes de la Comissió Jurídica Assessora sobre la eventual responsabilidad de la Administración de la Generalitat, como consecuencia de los daños causados por menores y a menores sometidos a su tutela[781]. Pues bien, este órgano consultivo ha declarado que de la atribución de la tutela a la Administración de un menor desamparado deriva una especial relación jurídica entre el órgano administrativo y el menor; esta relación comporta, entre otras obligaciones, la de asumir la responsabilidad y la vigilancia de éste. La guarda legal inherente a la tutela administrativa supone, según pone de relieve la Comissió en diversos dictámenes, un deber por parte del ente público que tiene la tutela de responder por los daños y perjuicios que se puedan causar al menor, o los que éste pueda producir a particulares, cuando tengan lugar como consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de este servicio público[782]. Así, la Administración deberá responder en la medida que se determine que el daño sufrido es imputable a una actuación de la misma y, por tanto, se aprecie la necesaria relación de causalidad entre el resultado dañoso y el funcionamiento del servicio público. El órgano consultivo califica las funciones tutelares de la Administración como un "servició públic, configurado en un sentido amplio en el art. 39 de la Constitución"[783]. Y añade que este servicio concreto, por su naturaleza, puede generar unos riesgos susceptibles de ocasionar daños que, naturalmente, corresponde indemnizar a la Administración.

> La Comissió Jurídica Asesora afirma, en el dictamen 373/98, de 3 septiembre (fundamento jurídico IV), que "el artículo 39.2 de la Constitución, cuando impone a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección integral de los menores, está configurando el *servicio público* que ahora nos ocupa (actuaciones de la Administración sobre los menores de edad que se encuentran en situaciones de desprotección social) como *básico y prioritario*[784]".

y siguientes de esta Ley". La Ley ha optado (tal como señala la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la Ley 39/1992) "por la unificación del régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración sin discriminar su actuación en régimen de derecho público o privado en concordancia con la unidad de fuero".

[781] La Comissió Jurídica Assessora es el alto órgano consultivo del Gobierno de la Generalitat, regulado por el Decreto legislativo 1/1991, de 25 de marzo (modificado por Leyes 1/2002, de 30 de marzo y 31/2002, de 30 de diciembre).

[782] Dictamen 549/01, de 13 de diciembre (fundamento jurídico IV). Asimismo, en el dictamen 286/02, de 4 de julio (fundamento jurídico IV) se afirma que "la entidad pública que tiene encomendada la tutela del menor tiene el deber de responder de los daños que éste pueda ocasionar a terceras personas, dado que, entre los deberes y las obligaciones inherentes a la función tutelar del ente público, se encuentra la función de vigilancia del menor durante todo el tiempo que se encuentre bajo su responsabilidad". Ver también los dictámenes 516/01, de 22 de noviembre; 318/01, de 21 de junio; 918/99, de 25 de noviembre; 221/99, de 22 de abril; 264/00, de 4 de mayo; 19/02, de 10 de enero. Por lo que se refiere a los daños causados al menor bajo la tutela de la Administración imputables al funcionamiento del servicio, ver el dictamen 48/00, de 3 de febrero.

[783] Entre otros, dictamen 863/99, de 4 de noviembre (fundamento jurídico IV) y los citados por este: 373/98 y 572/98.

[784] De igual modo se afirma en los dictámenes 572/98, de 26 de noviembre; 918/99, de 25 de noviembre; 34/99, de 4 de febrero; 94/00, de 17 de febrero. Ver, asimismo, el dictamen 444/02, de 7 de noviembre.

En el supuesto de que la Administración que tiene encomendada la tutela del menor hubiera acordado como medida de protección el acogimiento residencial, el director del centro asume por delegación la guarda del menor. En estos casos, también corresponde a la Administración la responsabilidad patrimonial derivada de los daños y perjuicios causados por el menor bajo su tutela. Ahora bien, será necesario examinar si el menor se encuentra ingresado en un centro público o en un centro privado colaborador. En este último caso, la atribución jurídica última del daño dependerá de lo que se hubiera establecido al respecto en el convenio de colaboración entre la Administración y la entidad colaboradora[785].

En el caso de menores tutelados por la Administración a los que se hubiera aplicado como medida de protección el acogimiento familiar, deberá estarse a lo dispuesto en el documento de formalización del acogimiento. El art. 173.2 del Código Civil prevé que el documento de formalización del acogimiento familiar contemple el sistema de cobertura por parte de la entidad pública de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a tercero. Ahora bien, este precepto no impondría la obligación de suscribir un contrato de seguro para cubrir los eventuales daños y perjuicios. Así, el documento de formalización del acogimiento familiar deberá referirse bien a la existencia de una póliza de seguro cuando esta se hubiera suscrito o bien remitir al régimen de responsabilidad legalmente aplicable[786].

No obstante, algún legislador autonómico, con el fin de garantizar la asunción de las responsabilidades derivadas de las funciones de tutela, ha impuesto a la Administración la obligación de establecer el correspondiente contrato de seguro de las responsabilidades en que pudiera incurrir directamente o a través de los guardadores efectivos de los menores[787]. En estos casos, como se ha dicho, el documento de formalización del acogimiento familiar deberá referirse a la póliza del correspondiente seguro de responsabilidad.

---

[785] Así se afirma, entre otros, en los dictámenes 572/98, de 26 de noviembre (fundamento jurídico IV); 34/99, de 4 de febrero (fundamento jurídico IV); 735/99, de 22 de septiembre (fundamento jurídico VI).

[786] Asimismo, parece posible que las partes alcancen un acuerdo sobre esta materia. Ahora bien, en el caso de que la persona que recibe el menor tutelado por la Administración en acogida asumiera hacerse responsable de los daños y perjuicios que éste pudiera causar, este acuerdo sólo tendría eficacia entre las partes y no frente a terceros. Así resulta de la Consulta 8/1997, de 8 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre algunas cuestiones en relación con la formalización del acogimiento familiar (http://www.fiscalia.org/circulares/cons8-97.htm). En la referida consulta se afirma que cuando se trata de daños causados por el menor podrán responder la familia acogedora o la Administración o ambas solidariamente; el desempeño de la guarda con las obligaciones que lleva consigo (art. 173.1) respecto de los acogedores y el deber de vigilancia que corresponde a la Administración pública fundamenta esa posible doble responsabilidad.

[787] Este es el caso de la Ley de la Comunidad de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (art. 51.3).

Por otra parte, en la medida que, de forma excepcional, la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, entre las medidas de protección que la Administración puede adoptar en el marco de la tutela, prevé la atención en la propia familia (art. 5.1.1ª), se ha planteado si, en el caso de que la Administración que tiene encomendada la tutela del menor hubiera delegado la guarda en los propios padres, de esta circunstancia deriva la responsabilidad patrimonial compartida por los daños causados por el menor. Pues bien, en el dictamen de la Comissió Jurídica Assessora 286/02, de 4 de julio, se plantea esta cuestión y el alto órgano consultivo afirma que "esta circunstancia no determina jurídicamente ninguna variación respecto la responsabilidad que corresponde a la Administración autonómica, según ha entendido, muy razonablemente y también teniendo en cuenta la doctrina de ésta Comissió Jurídica Assessora, el informe jurídico emitido el 2 de mayo de 2002, por la Abogada en Jefe de la Asesoría Jurídica del Departamento de Justicia, que, frente a la posibilidad de considerar la existencia de una responsabilidad compartida por parte de la Administración y de la madre de los menores, considera, de forma acertada, que "es la entidad pública que tiene encomendada la tutela del menor la que tiene el deber de responder de los daños que éste pueda ocasionar a terceras personas, atendido que, entre los deberes y las obligaciones inherentes a la función tutelar del ente público, se encuentra la función de vigilancia del menor durante todo el tiempo que esté bajo su responsabilidad" (fundamento jurídico IV).

C) *La representación legal de los menores tutelados por la Administración*

Uno de los de los deberes inherentes a la patria potestad es la representación legal de los hijos menores (art. 154.2º del Cc). Asimismo, el tutor civil es el representante del menor (art. 267 del Cc).

El art. 162 del Código Civil establece lo que sigue:

> "Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.
>
> Se exceptúan:
>
> 1º. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.
>
> 2º. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.
>
> 3º. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres"[788]

[788] A continuación, el precepto dispone que "para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio".

En Cataluña, se expresa en el mismo sentido el art. 155 del Código de Familia.

Los menores, según vimos, gozan de capacidad jurídica, esto es, capacidad para ser titulares de derechos. Sin embargo, el Ordenamiento no les reconoce plena capacidad de obrar; capacidad para ejercer y defender por sí mismos todos sus derechos. La capacidad de obrar de los menores, debido a su condición de personas en desarrollo, tiene carácter progresivo. Por ello, dado que los menores no están plenamente capacitados para ejercer y defender sus derechos, el Ordenamiento atribuye a los padres o tutores su representación legal.

Por tanto, de forma general, los padres o tutores tienen la facultad de actuar en nombre y en interés de sus hijos o pupilos menores en los asuntos referidos a éstos. La cuestión que se plantea es si la Administración que tiene atribuida la tutela de un menor desamparado ostenta, asimismo, su representación legal.

Pues bien, para dar respuesta a la referida cuestión deberá tenerse en cuenta que la tutela administrativa, en principio, habría de quedar circunscrita a la asistencia y protección a la persona del menor. Esto es, comprendería los deberes y facultades de contenido personal, sin alcanzar a la administración del patrimonio del menor[789]. Por ello, la Administración pública que tiene encomendada la tutela del menor sólo ostentaría la representación legal en los actos referidos a la persona del menor.

Ahora bien, la Administración deberá ejercer la representación legal del menor dentro de los márgenes establecidos por el propio Ordenamiento. Por un lado, se ha de tener presente que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores deben interpretarse de forma restrictiva[790]. No debe olvidarse que nuestro Ordenamiento no requiere la intervención del representante legal en los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el menor, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo[791]. Por otra parte, el representante legal deberá escuchar al menor siempre que actúe para asegurar el ejercicio y defensa de sus derechos[792].

Por tanto, la Administración que tiene atribuida la tutela ostenta la representación legal del menor en las actuaciones referidas a la esfera personal. En

[789] Ver a este respecto las consideraciones realizadas en el apartado A) de este mismo epígrafe.

[790] Así lo dispone la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (art. 2). En Cataluña, art. 133 del Código de Familia.

[791] Art. 162 del Código Civil y en Cataluña art. 155 del Código de Familia.

[792] Sobre el derecho de los menores a ser escuchados cuando se adopten decisiones que les afecten, ver el Capítulo III de esta obra el epígrafe sobre los "principios rectores de la actuación pública en materia de menores".

cuanto a la representación legal en el ejercicio de derechos de contenido patrimonial, en principio, podría seguir correspondiendo a los padres o tutor civil. Debe tenerse en cuenta que el art. 172.1 *in fine* del Código Civil considera válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación legal del menor cuando sean beneficiosos para él. Por otra parte, como se ha dicho anteriormente, en el caso de que la Administración pública considerara que los padres o tutores pudieran menoscabar el patrimonio del menor, debería promover el nombramiento de un administrador patrimonial a quien correspondería la representación legal en ese ámbito.

En cuanto a la representación para la defensa de los derechos del menor y, en particular, la representación en juicio, correspondería, asimismo, a la Administración que tiene atribuida la tutela. Los menores carecen de capacidad procesal ante los Tribunales del orden jurisdiccional civil, por lo que deberán actuar a través de su representante[793]. En cambio, debe tenerse en cuenta que nuestro Ordenamiento reconoce capacidad procesal a los menores para la defensa de sus derechos e intereses legítimos ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, por lo que de forma general podrán actuar por sí mismos ante estos tribunales[794].

> El Decreto del Gobierno andaluz 42/2002, de 12 de febrero, por el que se establece el régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de menores, dispone en su art. 17.1 que "La Administración de la Junta de Andalucía, en el ejercicio de las funciones de tutela de los menores, asumirá la representación y defensa de éstos en juicio, a través de los Letrados del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía"[795].

Ahora bien, en ciertas circunstancias los padres podrían seguir ostentando la representación legal del menor para defender los intereses de éste. En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que, en principio, una persona que no tiene en el Derecho interno la representación de otra, podría, en determinadas circunstancias actuar ante el Tribunal en interés de aquella. El Tribunal Europeo se refiere en particular a que los menores además de poder actuar ante el Tribunal por sí mismos, con mayor razón podrían ser representados por alguno de sus progenitores cuando mantiene un conflicto con las autoridades del Estado por cuestionar las decisiones adoptadas en relación a sus hijos, a la luz de los derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, el Tribunal considera que en

[793] Se refieren a la capacidad procesal y la legitimación en los procesos civiles los arts. 6 a 9 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.

[794] Art. 18 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa. Asimismo, los menores tienen reconocida capacidad de obrar ante las Administraciones públicas (art. 30 de la LRJ-PAC)

[795] Ver, asimismo, el art. 55 de la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia.

caso de conflicto, sobre lo que es más conveniente para el interés del menor, entre los padres biológicos y la persona o autoridad a la que se ha atribuido la tutela del menor existe el riesgo de que el interés el menor no sea planteado ante el Tribunal y que el menor sea privado de una protección efectiva de los derechos que le reconoce la Convención Europea. Por ello, concluye que aunque los padres hubieran sido privados de la autoridad parental, de plantearse el referido conflicto, la calidad de padres biológicos es suficiente para actuar ante el Tribunal en nombre de sus hijos al efecto de proteger sus intereses (STEDH de 13 de julio 2000, asunto Scozzari y Giunta contra Italia, Ap. 138 (TEDH 2000\391).

Por otra parte, en aquellos casos que exista conflicto de intereses entre la Administración y el menor tutelado, deberá nombrarse un defensor judicial que represente al menor en juicio y fuera de él. Del mismo modo que sucede cuando existe conflicto entre los padres y el menor[796]. En el supuesto de los menores desamparados tutelados por la Administración este nombramiento podría recaer sobre el Ministerio Fiscal. El Ministerio Fiscal tiene legalmente atribuida la función de asumir la representación y defensa en juicio y fuera de él de quienes por carecer de capacidad de obrar o representación legal no puedan actuar por sí mismos[797]. Por otra parte, la Ley orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, faculta a los menores para "poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas" (art. 10.2 b).

En relación a los menores inmigrantes no acompañados, la autoridad judicial ha reconocido la necesidad de que cuenten con un representante legal externo cuando se plantea un conflicto de intereses entre el propio menor y la Administración responsables de su tutela o protección. Así, la autoridad judicial ha acudido en ciertos casos al nombramiento de un Defensor Judicial al objeto de evitar el conflicto de intereses entre el menor inmigrante no acompañado y la Administración que tenía encomendada su tutela.

> En efecto, el caso a que se refiere el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (número 14 de Madrid), de 6 de abril del 2006 (procedimiento de derechos fundamentales 1/2006-W) es el siguiente. Ante el Juzgado se interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución de la Delegación del Gobierno por la que se acordaba la repatriación de un menor, acordándose en su vista la incoación del procedimiento de protección de los derechos fundamentales de la persona (regulado en los arts.114 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). Dado que el menor se encontraba en las dependencias de la Comisaría del Puesto Fronterizo del Aeropuerto, el Juez acordó como medida cautelar la suspensión de la ejecución del acto y la reintegración del menor al centro de acogida. Por otra parte, en el acto

[796] Art. 162 en relación con el art. 163 del Código Civil.
[797] Art. 3.7 de la Ley 50/1981, de 13 de enero, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

de la comparecencia, el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y la Letrada de la Administración que tenía encomendada la protección del menor, en contra de la posición del propio menor y su Letrado, defendían la conveniencia del retorno del menor a su país. En la medida que quedaba patente la existencia de un conflicto entre los intereses del menor y los de la Administración que tenía atribuida su tutela —que ostenta en Derecho su representación legal— se solicitó la designación de un Defensor Judicial del Menor. Así, en el propio acto el Juez acordó designar como Defensor Judicial al Letrado que actuaba en interés del menor, previa aceptación del propio Letrado y el menor.

Los fundamentos jurídicos conforme a los cuales se adoptó la decisión que comentamos son los siguientes. El punto de partida de la decisión judicial es el art. 162.2 del Código Civil. En Cataluña, sería el art. 155 en relación con el art. 157 del Código de Familia. En efecto, los padres que ostentan la patria potestad tienen atribuida la representación legal de sus hijos. Sin embargo, se exceptúan de la representación legal atribuida a los padres "los actos en los que exista un conflicto de intereses entre el padre o la madre o ambos y los hijos". Pues bien, el Juez concluye que esta previsión es predicable en los supuestos en que la Administración ha asumido la tutela de un menor y, por tanto, ostenta su representación legal.

Por otra parte, al amparo del art. 299 del Código Civil es posible proceder al nombramiento de Defensor Judicial que represente y ampare los intereses del menor, en caso de conflicto con su representante legal. El art. 300.1 del propio Código establece que el Juez, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, podrá nombrar a la persona que estime más adecuada para el cargo, a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria[798].

Pues bien, en el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (número 14 de Madrid) que comentamos, se pone de relieve que el citado art. 300.1 del Código Civil ha sido redactado conforme a la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (LOPJM). Pues bien, el art. 9 de la propia Ley reconoce el derecho del menor a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su espera personal, familiar o social. En el apartado 2 del propio art. 9 se establece que el menor podrá ejercer este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe que le represente. Por tanto, el Juez considera que la designación del Defensor Judicial se realiza a instancia del propio menor que actúa a través del Letrado que en ese momento le representaba.

[798] En Cataluña, ha sido prevista, asimismo, la figura del Defensor Judicial por los arts. 247 a 250 del Código de Familia, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio. No obstante, el art. 248 del Código de Familia (al contrario de lo previsto en el art. 300 del Código Civil) no prevé el nombramiento a instancia del propio menor. Sin embargo, ello no supone un obstáculo para la designación de un representante legal externo por la autoridad judicial. En efecto, el art. 248 del Código de Familia prevé la designación del Defensor Judicial de oficio por la autoridad judicial. Además, el art. 9 de la LOPJM reconoce a los menores el derecho a ser escuchados en todo procedimiento, administrativo o judicial, en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que le afectes; asimismo, el menor puede solicitar ser oído mediante persona que le represente (art. 9 LOPJM). Por tanto, en el momento de ser escuchado por la autoridad judicial, el propio menor podría solicitar la designación del Defensor Judicial. En cambio, el Anteproyecto de Ley de Libro Segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y familia (publicado en abril 2006), ya prevé en el art. 224.2 que el defensor judicial puede ser nombrado por la autoridad judicial a instancia del propio menor.

> Así, con fundamento en los citados preceptos, el Juez, teniendo en cuenta la naturaleza del procedimiento sumario y urgente, resuelve en el mismo proceso nombrar un Defensor Judicial del menor, ajustándose al procedimiento previsto para la jurisdicción voluntaria (tal como establece el art. 300 del Código Civil). A decir del Juez, la designación puede realizarse en el seno del procedimiento judicial en el que se plantee el conflicto de intereses entre el menor y quien ostente su representación legal, cualquiera que sea el orden jurisdiccional en el que se plantee.
>
> Por otro lado, la autoridad judicial concluye que al nombrarse Defensor Judicial, ya no es necesaria la asunción de la representación y defensa en juicio del menor por parte del Ministerio Fiscal (arts. 299 bis del Código Civil y art. 8 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil). Debe tenerse en cuenta que, en el caso concreto, el Ministerio Fiscal mantenía la misma posición que el Abogado del Estado y el Letrado de la Administración que tenía atribuida la tutela del menor.
>
> Así, en la medida que debe primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir y que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores deben interpretarse de forma restrictiva (art. 2 LOPJM). Considerando que en el caso concreto concurren intereses opuestos respecto de un asunto que afectaba a la esfera personal y social del menor, el Juez procede a nombrar un Defensor Judicial para la representación y defensa del menor en aquel proceso (Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (número 14 de Madrid), procedimiento derechos fundamentales 1/2006-W, de 6 de abril de 2006).

Por otra parte, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, en la Observación General nº 6, de 1 de septiembre de 2005, sobre "Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen" (CRC/GC/2005/6), recoge un conjunto de normas elaboradas con el fin de proporcionar a los Estados información acerca de las obligaciones que en esta materia resultan de la Convención del Derecho del Niño[799]. Pues bien, el Comité ha declarado que los Estados quedan obligados por los arts. 18.2 y 20.1 de la Convención a establecer el marco jurídico y adoptar las medidas necesarias para que los menores no acompañados o separados de su familia estén debidamente representados. A tal efecto, el Comité establece que los Estados deberán contemplar la designación de un tutor o asesor a los menores no acompañados. Ahora bien, advierte que esta función no podrá ser desempeñada por la Administración que, en su caso, hubiera asumido su tutela. La razón es que *las funciones de tutor o asesor no podrán ser realizadas por una entidad cuyos intereses puedan colisionar con los del menor*. No cabe duda que los intereses del menor y los de la Administración que ha asumido su tutela pueden entrar en conflicto; como hemos visto en la sentencia comentada anteriormente. Por tanto, de ningún modo se puede interpretar que la

[799] Debe tenerse en cuenta que el art. 39.4 de nuestra Constitución establece expresamente que los menores gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, precepto constitucional que nos lleva en primer termino a la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990).

función de tutor o asesor a que se refiere el Comité es cumplida por la Administración que ejerce las funciones tutelares.

Según indica el Comité, el tutor o asesor del menor debe ser consultado e informado de todas las medidas que adopten las autoridades en relación con el menor inmigrante no acompañado. Asimismo, podrá participar en todos los procedimientos que afecten al menor. Por ello, se advierte que el asesor deberá tener los conocimientos necesarios para que los intereses del menor estén protegidos y sus necesidades satisfechas. Por otra parte, el tutor o asesor servirá de vínculo entre el niño y las Administraciones o entidades responsables de la atención del menor. El tutor o asesor podría ser un familiar u otra persona vinculada al menor. Ahora bien, en el caso de que el tutor pueda atender cotidianamente al menor pero no esté preparado para representar debidamente sus intereses, deberán adoptarse medidas complementarias, como el nombramiento de un asesor o representante legal. Así, el Comité prevé expresamente que cuando el menor sea parte en procedimientos administrativos o judiciales, además del tutor, deberá nombrarse un representante legal.

Las obligaciones derivadas de la Convención de Derechos del Niño coinciden en este punto con las recomendaciones realizadas por el Defensor del Pueblo en su "Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España" (2005). En la medida que los menores inmigrantes no acompañados pueden tener intereses contrapuestos a los de la Administración legalmente responsable de velar por ellos y asumir su tutela, han de tener derecho a la asistencia de un letrado o de un representante legal externo que vele por sus derechos e intereses frente a la propia Administración. Así, deberá garantizarse el derecho del menor a actuar asistido de un letrado de oficio en el curso del procedimiento a través del cual la Administración resuelve sobre la declaración de desamparo y la consiguiente asunción de la tutela. El Letrado deberá velar porque se emitan los informes pertinentes sobre la situación personal, familiar y social del menor o porque se le audiencia en las condiciones adecuadas, en atención a su edad y situación personal. Y, en su caso, recurrir ante los Tribunales la decisión de la Administración. Asimismo, debe garantizarse a los menores inmigrantes no acompañados el derecho a actuar asistidos de un letrado en el curso del procedimiento a través del cual las Administraciones deciden acerca de su permanencia en España o el retorno al país de origen. En el caso de que la Administración del Estado resuelva su repatriación, el letrado deberá cerciorarse que dicha decisión es conveniente para el interés del menor y se ha adoptado siguiendo los trámites y requisitos previstos en el art. 92 del Reglamento de Extranjería. De este modo podría evitarse que se dicten resoluciones de repatriación de forma automática, sin respetarse las mínimas garantías. La intervención de letrado es compatible con la del Ministerio Fiscal. Así lo ha señalado el Defensor del Pueblo en su Informe "Sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España". Por tanto, con independencia de la deseable presencia del Ministerio Fiscal en un

procedimiento administrativo —que en la actualidad no se produce— el menor tiene derecho a ser asistido por un abogado y recibir asesoramiento jurídico. Por ello, debe garantizarse el derecho de los menores inmigrantes no acompañados a acceder a la justicia gratuita, no sólo en los procedimientos judiciales, sino también en los procedimientos administrativos que les afecten. La actuación del Letrado debería abarcar tanto la asistencia en las actuaciones desarrolladas por la Administración autonómica como las realizadas por la Administración del Estado. Por ello, en el caso de designación de abogado de oficio debería corresponder al mismo Letrado la intervención ante las dos Administraciones y, en su caso, en el posterior proceso judicial. Así lo ha puesto de relieve el Defensor del Pueblo en su Informe del año 2005 sobre la asistencia jurídica a los extranjeros.

5. La distinción entre las figuras de la tutela administrativa y la guarda voluntaria administrativa

El estudio de la figura jurídica de la guarda voluntaria administrativa o institucional no es objeto del presente estudio. Sin embargo, es necesario referirse a este instrumento de protección para distinguirlo de la tutela administrativa de los menores desamparados. Como ya se apuntó páginas atrás, aunque ambas instituciones tienen importantes elementos en común también existen entre las mismas significativas diferencias[800].

El contenido de la tutela administrativa de los menores desamparados, según se ha visto, abarca aquellas funciones de protección y asistencia a la persona del menor que son inherentes al ejercicio de la patria potestad o la tutela ordinaria que han quedado legalmente en suspenso. Así, el contenido de las funciones tutelares atribuidas *ex lege* a la Administración comprende los deberes y facultades propios del ejercicio de la guarda, entendida ésta en sentido amplio: velar por el menor, alimentarlo, educarlo, procurarle una formación integral[801].

Ahora bien, una cosa es la responsabilidad de la guarda del menor inherente ejercicio de las funciones tutelares encomendadas a la Administración y otra muy distinta la figura de la guarda institucional o administrativa. Esta última es asumida por la Administración pública generalmente a *solicitud* de los propios padres o tutores del menor. La tutela y la guarda administrativa constituyen instituciones jurídicas a través de las cuales las Administraciones

[800] Ver en el Capítulo V de esta obra, el epígrafe I sobre "La situación de desamparo", el apartado 4.D) sobre el "carácter no transitorio, aunque tampoco necesariamente indefinido, de la situación de desamparo. Elemento distintivo de la guarda institucional y la tutela administrativa". Asimismo, la posibilidad de que la guarda administrativa sea constituida judicialmente ha sido examinada en el capítulo V, epígrafe II, 2.

[801] Art. 154 del Código Civil. En Cataluña, art. 143.1 del Código de Familia.

públicas realizan la función de asistencia y protección pública de los menores; pero se trata de dos figuras diferentes, tal como resulta de la regulación que el legislador ha brindado de cada una de ellas.

En efecto, el art. 172 del Código Civil contempla ambas instituciones. En el apartado 1 del precepto se regula el instrumento legal de la tutela administrativa: "cuando la entidad pública constante que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo". Más adelante en el apartado 2 se regula la figura de la guarda administrativa voluntaria: "*cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario*"[802].

> El art. 172.2 añade que "La entrega de la guarda se hará constar por escrito dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse. Cualquier variación posterior de la forma de ejercicio será fundamentada y comunicada a aquellos y al Ministerio Fiscal. Asimismo, se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda"[803].

Asimismo, los diversos legisladores autonómicos han procedido a regular la figura de la guarda administrativa voluntaria en el marco de las previsiones del Código Civil[804]. Por otra parte, en Cataluña, Comunidad que tiene

---

[802] Sobre la figura de la guarda administrativa, MAYOR DEL HOYO, Mª Victoria, *La guarda administrativa... cit.*

[803] A tenor de este precepto, el juez sólo podrá acordar la guarda administrativa en los casos en que legalmente proceda". Uno de los supuestos en que los que sería posible la intervención judicial es cuando la Administración hubiera denegado la solicitud de guarda por entender que no concurren las graves circunstancias. Asimismo, según resulta del Auto de la Audiencia Provincial de Soria, de 7 de octubre de 1998 (AC 1998\7899), también es posible declarar judicialmente la guarda de la Administración cuando el Tribunal acuerda modificar una resolución de desamparo y sustituir la tutela administrativa por la guarda institucional, al considerar que no concurren las circunstancias propias de la tutela sino de la guarda. Vid. PÉREZ ALVAREZ, Miguel Ángel, *La nueva adopción... cit.*, pág. 103. Sobre la constitución judicial de la guarda administrativa, ver las consideraciones realizadas en el Capítulo V de esta obra, epígrafe II, apartado 2.

[804] En Andalucía, Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor (arts. 24 y 25). En Aragón, Ley 12/2001, de la infancia y la adolescencia (arts. 64 y 65). En Asturias, Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores (art. 40.1 b). En Baleares, Ley 7/1995, de 21 de marzo, de protección de menores (art. 13). En Canarias, Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (arts. 56 a 59). En Cantabria, Ley 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y de la adolescencia (art. 41 b). En Castilla-La Mancha, Ley 3/1999, de 31 de marzo, del menor (art. 34). En Castilla y León, Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (art. 85 b) y 87). En Galicia, Decreto 42/2000, de 7 de enero (arts. 43 a 49). En Extremadura, Ley 4/1994, de 24 de noviembre, de protección de menores (art. 15). En Madrid, Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (arts. 61 a 63). En Murcia, Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia (arts. 27 a 30). En Valencia, Decreto 93/2001, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección jurídica del menor (arts. 38 y ss.). En la Rioja, la Ley 1/2006, de 28 de febrero (art. 62.2) Sobre la regulación autonómica de la guarda administrativa, MAYOR DEL HOYO, Mª Victoria, *La regulación autonómica... cit.*.

atribuida competencia en materia de legislación civil, el legislador ha regulado de modo similar al legislador estatal el instrumento de la guarda institucional[805].

> La Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, establece en su art. 9 que "*si el desamparo es debido a fuerza mayor de carácter transitorio no es precisa la resolución formal que los aprecie, y es suficiente para legitimar la intervención del organismo competente la solicitud de los padres o los guardadores. En estos casos, el organismo competente ejercerá sólo la guarda mientras se mantenga aquella situación*"[806].

Por tanto, la guarda voluntaria o guarda administrativa en sentido estricto, consiste en la asunción por la Administración de la guarda del menor a solicitud de los propios padres o tutores que se encuentren *temporalmente* imposibilitados de cuidarlo por concurrir graves circunstancias. De este modo se permite que los padres o tutores puedan hacer frente a aquellas situaciones que de forma transitoria les impide hacerse cargo del cuidado de los menores. Por esta vía los responsables del menor evitan la situación de desamparo y la consiguiente atribución de la tutela de la Administración. En consecuencia, en este caso son los propios padres o tutores los que solicitan el auxilio de la Administración pública. No obstante, la asunción de la guarda por la Administración no resultaría procedente cuando concurran circunstancias que puedan solventarse mediante la declaración de riesgo del menor y la adopción de medidas de protección en el entorno socio-familiar[807].

Así, una primera diferencia entre la tutela administrativa y la guarda institucional o guarda administrativa en sentido estricto, es que la primera se

---

[805] Asimismo, en Navarra, la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, ha procedido a regular, al amparo del título competencial legislación civil, algunos instrumentos para la protección pública de los menores. Por lo que se refiere a la guarda voluntaria, el art. 61 ha dispuesto que "1. Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar al órgano competente de la Administración de la Comunidad Foral que asuma su guarda durante el tiempo necesario. Éste, tras la comprobación y evaluación de las causas alegadas, que habrán de ser graves, impedir el cuidado del menor, e imposibilitar la atención por otros medios, asumirá su guarda con carácter temporal, declarando la situación de desamparo si constatara su persistencia o permanencia".

[806] Ver, asimismo, los arts. 20 a 25 del Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y el art. 165 del Código de Familia aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio. Sin embargo, el Anteproyecto de Ley por el que se aprueba el libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia (publicado en abril 2006), establece en el art. 226-6, bajo el título "solicitud de asunción de la guarda", que "sin concurren circunstancias graves y ajenas a la voluntad de los progenitores o las personas titulares de la tutela que les impidan cumplir temporalmente las funciones de guarda, pueden solicitar a la entidad pública competente que asuma la guarda de la persona menor mientras se mantenga aquella situación". Y añade que "la guarda se puede llevar a cabo en acogimiento en institución, persona o familia y no afecta a la obligación de los progenitores o de otros parientes de hacer todo lo que sea necesario para asistir a los menores, ni a la obligación de prestar alimentos en el sentido más amplio".

[807] Así lo precisa la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 70.3).

atribuye *ex lege*, tras declarar la Administración al menor en situación de desamparo; en cambio, la segunda se constituye a solicitud de las personas que tengan potestad sobre el menor, aunque también —como vimos— es posible la constitución judicial.

Los padres o tutores que solicitan a la Administración que se haga temporalmente cargo de la guarda, deberán expresar y justificar las graves circunstancias o razones —enfermedad, condena penal, motivos laborales, drogodependencia u otros motivos— por los que ven temporalmente impedidos de cuidar a los menores. La Administración competente comprobará y evaluará las causas alegadas, que deberán ser lo suficientemente *graves* como para justificar la separación del menor de sus padres o tutores y que la Administración pase a asumir su guarda[808].

Por otra parte, la Administración asumirá la guarda del menor mientras se mantengan aquellas graves circunstancias que impiden a los padres o tutores brindar al menor la debida asistencia. Así, la guarda voluntaria o administrativa tiene carácter *provisional*. La Administración la asumirá "durante el tiempo necesario", mientras duren las graves circunstancias de carácter transitorio[809]. El carácter temporal de la guarda asistencial es precisamente una de las notas que permite distinguir esta institución de la tutela administrativa.

> En el Auto de la Audiencia Provincial de Soria, de 7 de octubre de 1998 (AC 1998/7899), se afirma expresamente que en "la nota esencial de temporalidad... radica fundamentalmente la diferencia con la tutela "ex lege" por desamparo. Así podemos decir que si en la guarda la situación es desde su comienzo transitoria y objetivamente reversible, esperándose por tanto desde su inicio la recuperación de la plenitud de las facultades-deberes por parte de sus titulares", en la tutela "ex lege" el hecho que ha dado lugar al desamparo presenta un carácter más definitivo".

La guarda de la Administración sólo se prolongará durante el tiempo imprescindible, mientras se mantengan las causas que llevaron a los padres o tutores a solicitar el auxilio o colaboración de la Administración. Por otra parte, en la medida que la guarda administrativa tiene naturaleza temporal, la Administración que la tiene atribuida deberá instar a los servicios o Administración en su caso competente, que adopte las medidas que hagan posible la reintegración del menor con su familia. Por ello, es fundamental la colabo-

[808] Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la propia Constitución establece en su art. 39.1 que los poderes públicos deberán asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Así, en Cataluña, la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, establece en su art. 17.3 y 4 que los poderes públicos deben velar porque los padres, tutores y guardadores dispongan de los medios necesarios para cumplir sus responsabilidades hacia los menores.

[809] El Decreto de la Junta de Andalucía 42/2002, de 12 de febrero, establece en su art. 37.2 que "el período de guarda administrativa se determinará en función de las circunstancias personales, familiares y sociales de los menores, evitando una prolongación excesiva que perjudique su desarrollo integral".

ración de todos los servicios o Administraciones implicadas. Así, en el caso de que corresponda a la Administración autonómica la guarda administrativa y, en cambio, la competencia para adoptar medidas de apoyo a la familia, que hagan posible el retorno del menor, corresponda a las Administraciones locales, deberán establecerse los necesarios cauces de colaboración y coordinación que permitan una eficaz actuación en interés del menor.

Por otra parte, en el supuesto de que la Administración constatara la persistencia o permanencia de las circunstancias que impiden a los padres o tutores cuidar del menor, procederá a declarar la situación de desamparo y asumir la consiguiente tutela[810]. Asimismo, se deberá proceder a declarar el desamparo y asumir la tutela del menor en el caso de que se constate la falta de colaboración de los padres para resolver la situación que ha hecho necesaria la guarda administrativa, o cuando los padres no manifiesten interés por el hijo[811].

> Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de enero de 1992 (AC 1992\78), el Tribunal afirma que "la entidad pública asumirá sólo la guarda durante el tiempo necesario... no pudiéndose pretender que ante una situación permanente de desamparo, por el hecho de que la entidad pública se haya hecho cargo del menor a solicitud de quienes tienen potestad sobre él, aquélla sólo va a asumir a perpetuidad la guarda y no la tutela".

Los padres o tutores del menor que voluntariamente han delegado en la Administración la guarda del menor conservan las facultades y deberes inherentes a la patria potestad o la tutela. Así, mantienen la representación del menor, la responsabilidad de administrar debidamente sus bienes y, por supuesto, el derecho de visitar al menor. Es más, la Administración debería procurar que los padres se impliquen en la atención de sus hijos y, a tal efecto, cuando aquellos dispongan de medios, podría requerírseles para que contribuyan al sostenimiento de las cargas derivadas de su cuidado[812].

---

[810] Así lo establecen, por ejemplo, la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (art. 87); o la Ley Foral de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia que, además, añade que "sin perjuicio de lo establecido con carácter general en el apartado primero de este artículo, se podrá prolongar la guarda, sin que sea necesaria la declaración de desamparo del menor, cuando así se considere de interés para éste, y se acuerde de manera expresa entre padres o tutores y el órgano competente de la Administración de la Comunidad Foral".

[811] Ver a este respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 19 de febrero 2003 (JUR 2003\135493).

[812] La Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia, establece en su art. 87.5 que los padres que dispongan de medios "deberán contribuir al sostenimiento de las cargas derivadas de su cuidado, satisfaciendo a la Administración las cantidades económicas que, en función de sus posibilidades, ésta determine o asumiéndolas directamente". La Ley de la Comunidad de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia, también contempla en su art. 64 la contribución económica de los padres al cuidado de los menores en situación de guarda voluntaria por la Administración. La Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores, dispone en su art. 72 que "si los padres o tutores tuvieren recursos económicos suficientes, en la resolución en la que se acuerde la asunción de la guarda del menor

Por tanto, la tutela administrativa también se diferencia de la guarda administrativa en sentido estricto en que la primera implica la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria; en cambio, cuando la Administración asume la guarda, a instancia de los padres o tutores, no se produce la suspensión de sus potestades privadas.

La guarda administrativa asumida a solicitud de los padres o tutores se ejercerá a través de las medidas de acogimiento familiar o acogimiento residencial (art. 172.3 del Código Civil)[813]. En este caso no es posible la acogida preadoptiva.

Es más, una de las razones que puede mover a los padres o tutores a solicitar de la Administración la guarda del menor es evitar la situación de desamparo y consiguiente tutela de la Administración que podría conducir a establecer una medida de acogimiento preadoptivo y, finalmente, la adopción. La guarda administrativa en todo caso está abocada a reintegrar al menor en su núcleo familiar cuando desaparezcan las circunstancias que hacían imposible a los padres o tutores su cuidado. Por tanto, es incompatible con la adopción[814].

La guarda voluntaria institucional ejercida por la Administración se extingue cuando, desaparecidas las causas que la motivaron, los padres o tutores se hacen de nuevo responsables del cuidado del menor o, por el contrario, cuando la situación de falta de asistencia adquiere carácter permanente con lo que el menor pasaría a ser considerado en situación de desamparo y, por tanto, la Administración asumiría su tutela[815].

---

se establecerá la cantidad que deben abonar por los gastos de cuidado y manutención del menor asumidos a su solicitud por la Administración" y, además, añade que "en tal caso, la Administración, previamente a la entrega del menor en guarda, podrá exigir a los padres o tutores del menor la prestación de garantía real o personal suficiente para atender la obligación de pago". Ver, asimismo, la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (art. 65.3) y la Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (art. 57.3).

[813] El Decreto de la Junta de Andalucía 42/2002, de 12 de febrero, precisa en su art. 37.5 que "en ningún caso se admitirá que los padres o tutores condicionen las solicitudes de guarda a la designación de unas personas o de un centro concretos, con independencia de que sean debidamente informados de las condiciones en que la guarda va a ejercerse por la Administración".

[814] La tutela administrativa también debe tender a reinsertar al menor en su familia de origen. Sin embargo, cuando ello no fuera posible puede constituirse un acogimiento preadoptivo y, finalmente, la adopción.

[815] En este caso la situación del menor bajo la guarda de la Administración no es de desamparo de hecho. Sin embargo, en la medida que los padres o tutores están imposibilitados de ejercer las funciones de guarda o en situación de ejercerlas con grave peligro para el menor, aquel se considerará en situación de desamparo. Así lo dispone en Cataluña el art. 2.2 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

CAPÍTULO VI
LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN PÚBLICA DE LOS MENORES TUTELADOS POR LA ADMINISTRACIÓN

Una vez examinado el instrumento legal de la tutela administrativa, a través del cual las Administraciones competentes brindan protección a los menores en situación de desamparo, se pasará a analizar —de forma muy somera, pues el estudio profundo de esta materia requeriría un trabajo monográfico— las distintas medidas de protección que la Administración puede adoptar en el marco de la misma.

Ahora bien, antes de adentrarnos en el examen de las diversas medidas de protección, veremos los principios que deben inspirar la adopción de las mismas.

I. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN

La Administración que tiene atribuida *ex lege* la tutela de los menores que, según ha debido quedar verificado y declarado en el marco del procedimiento legalmente establecido, se encuentran en situación de desamparo, cuenta con el título legal que la legítima para adoptar las medidas de protección que resulten más conveniente en cada caso de entre las previstas por el Ordenamiento. Sin perjuicio de las medidas urgentes que hubieran podido adoptarse durante la tramitación del procedimiento de desamparo, e incluso antes, con el fin de brindar al menor la atención inmediata necesaria[816].

Pues bien, tanto el legislador estatal como los autonómicos establecen expresamente que, en la determinación de las concretas medidas de protección y el diseño del plan de actuación para cada menor, las Administraciones públicas deberán actuar guiadas, además —claro está— de por el interés

[816] Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (art. 14). En relación a la adopción de medidas cautelares urgentes me remito a lo señalado en el Capítulo V de esta obra, en el epígrafe V sobre "Medidas cautelares urgentes y procedimiento sumario. La declaración provisional de desamparo o la asunción provisional de funciones tutelares".

superior del menor, por los principios de reintegración familiar y, en su caso, el de integración familiar[817]. Estos principios son corolario del derecho reconocido a los menores a vivir y relacionarse con su familia[818]. En nuestro Ordenamiento la familia se configura como el ámbito natural para el desarrollo evolutivo del menor. Por ello, la intervención de las Administraciones públicas en el ámbito familiar debe tener carácter subsidiario; sólo actuarán cuando los menores no tengan debidamente garantizado el disfrute de sus derechos y el desarrollo de su personalidad. Así, la aplicación de los referidos principios determina el carácter gradual y flexible que debe regir la adopción de medidas administrativas de protección, al efecto de que éstas resulten en todo momento las más adecuadas a las circunstancias del menor y de su entorno socio-familiar[819].

La familia es la primeramente responsable de hacer efectivo el derecho de los menores recibir la asistencia y protección que les garantice el pleno desarrollo de su personalidad. La Ley encomienda en primer término esta tarea a los padres o tutores. Por su parte, las Administraciones públicas tienen el deber de colaborar con la familia y velar por el debido cumplimiento de sus funciones legales de guarda. En el caso de que padres o tutores no ejercieran adecuadamente sus obligaciones de protección, las Administraciones deberán actuar de forma subsidiaria y progresiva con el fin de garantizar a los menores el efectivo ejercicio de su derechos.

Así, como se ha visto en páginas precedentes, las Administraciones deberán realizar actuaciones dirigidas a detectar, prevenir y neutralizar las posibles situaciones de riesgo y desamparo de los menores. La distinción acogida en nuestro Ordenamiento entre situaciones de riesgo y desamparo es, precisamente, expresión del principio de subsidiariedad progresiva de la intervención pública. La actuación protectora de las Administraciones ha de tener un carácter gradual. De forma que cuando se detecta una situación de riesgo que perjudique el desarrollo personal del menor, pero que no tiene la gravedad propia del desamparo, las medidas de protección deben aplicarse en

[817] Art. 11.2 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero (LPJM) y art. 172.4 del Código Civil. En la legislación autonómica ver, entre otras, la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (art. 3.3 d), 46 f) y 47.1 f). En Andalucía, el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, por el que se establece el régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de menores (arts. 9 y 43). Sobre los principios de integración y reintegración familiar remito a lo señalado en el Capítulo III de este trabajo, al examinar en el epígrafe III los principios rectores de la actuación pública en materia de menores.

[818] Arts. 5, 9.1 y 3 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. En la Carta Europea de los Derechos del Niño (aprobada por Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992) precepto 8.11.

[819] Vid. UTRERA GUTIERREZ, José Luis, "Menores en Desamparo y adopción: los fallos del sistema legal de protección", en *Seminario Permanente de la APDHA de Córdoba*, noviembre 2002 (www.apdha.org).

el propio entorno socio-familiar del menor[820]; estas medidas tendrían por objeto neutralizar o disminuir los factores de riesgo y así evitar un posible desamparo y la consiguiente separación del menor de su familia.

En el caso de que la Administración constatara y declarara la situación de desamparo de un menor, atribuida *ex lege* la tutela cuenta con el título que la legitima para adoptar medidas de protección que implican la separación del menor de su núcleo familiar. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la medida que acuerde la Administración deberá garantizar que las necesidades básicas del concreto menor estarán mejor atendidas en el nuevo entorno que lo estaban en el seno de su familia[821]. De otro modo debería calificarse la situación como de riesgo y actuarse en el propio núcleo familiar menor. La asunción de la tutela y la adopción de medidas de protección que implican la separación de la familia, sólo estaría justificada cuando sirve para mejorar las condiciones que tenía el menor en su entorno socio-familiar y garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad.

Por otra parte, en el momento de acordar la medida de protección más conveniente, la Administración deberá actuar guiada por el principio reintegración familiar[822]. Por tanto, siempre que resulte más adecuado para el interés superior del menor, se adoptarán medidas que faciliten el posterior retorno con su familia. Además, de forma simultánea, los servicios sociales competentes deberán actuar en el seno de la familia para tratar de neutralizar los factores que condujeron a la situación de desamparo del menor y crear las condiciones adecuadas para la reintegración familiar.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que, teniendo en cuenta su gravedad, las medidas tendentes a separar a unos padres de su hijo no deben durar más de lo necesario para la protección de los derechos del menor y que, siempre que sea posible, el Estado debe adoptar medidas para reunir a padres e hijos. De no hacerse así se vulneraría el derecho a la vida familiar reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 10 de mayo 2001, asunto T.P. y K.M. contra Reino Unido, Ap. 78 (TEDH 2001\331).

---

[820] Art. 17 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero (LPJM). Ver, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de abril 2002 (JUR 2002\185690). Sobre el carácter gradual de la acción protectora de las Administraciones públicas y la protección de los menores en situación de riesgo, me remito a lo señalado en el Capítulo IV de este trabajo, epígrafes I y II.

[821] Por ello, no sólo deberán valorarse las carencias familiares, sino también la situación que podría tener la familia si recibe las ayudas y asistencia necesaria y los recursos de que dispone la Administración para dar protección al concreto menor. Sobre esta cuestión, LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente... cit.*, págs. 58-61.

[822] En este sentido, entre otras, Auto de la Audiencia Provincial de Lleida de 2 de abril 2002 (AC 2001\1284).

Además, el mismo Tribunal Europeo ha declarado que aunque las autoridades gozan de cierto margen para valorar la necesidad de poner a los menores bajo su guarda legal "hay que mantener un estricto control respecto a cualquier limitación posterior, como las limitaciones de las autoridades a los derechos de visita de los padres". Y añade "lo mínimo que se puede esperar de las autoridades es que se examine de nuevo la situación de vez en cuando para ver si ha habido mejoras en la situación de la familia. Las posibilidades de reunificación familiar disminuirán progresivamente y al final no existirán si no se permite encontrarse a los padres biológicos y a sus hijos, o solamente en tan pocas ocasiones que no es probable que se produzcan entre ellos los vínculos naturales (STEDH de 14 de enero 2003, asunto K.A. contra Finlandia, Ap. 139 (JUR 2003\50027)[823].

Así, la Administración que tiene encomendada la tutela acordará el acogimiento del menor preferentemente en su familia extensa, sólo cuando esta medida no fuera posible o conveniente acudirá al acogimiento en familia ajena[824]. Por tanto, la Administración deberá comenzar por estudiar y valorar si es posible y conveniente acordar el acogimiento a favor de alguno de los miembros de la familia extensa. En el caso de que no fuera así acudiría a establecer el acogimiento en familia ajena. Ahora bien, dado que la Administración tiene la obligación positiva de realizar las actuaciones necesarias para facilitar el retorno del menor con su familia, en el caso de que acuerde el acogimiento en familia ajena deberá explicitar en la correspondiente resolución administrativa las razones por las que no ha sido posible el acogimiento en la familia extensa[825]. El acogimiento con la familia extensa supone una mayor proximidad del menor con su entorno y, por tanto, de forma general, se favorecerá un posterior retorno con sus padres o tutores, de conformidad con los mandatos del principio de reintegración familiar[826].

---

[823] Ver a este respecto el caso a que se refiere la Sentencia Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 28 febrero 2003 (JUR 2003\141719).

[824] Auto Audiencia Provincial de Cantabria de 24 de septiembre de 2002 (JUR 2003\8154); Sentencia Audiencia Provincial Granada de 12 de mayo 2001 (AC 2001\1621); Auto Audiencia Provincial de Cantabria de 25 de abril de 1997 (AC 1997\903).

[825] No será suficiente con que la Administración exprese en la resolución que ningún familiar ha mostrado interés en el acogimiento del menor. Debe quedar acreditada la actuación positiva de la Administración en la búsqueda de posibles acogedores en la familia extensa. Así lo afirma UTRERA GUTIERREZ, José Luis "Menores en desamparo y adopción: los fallos del sistema legal de protección", *Seminario permanente de la APDHA de Córdoba* (www.apdha.org).

[826] La Ley de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia, prevé como medida de protección de los menores tutelados por la Administración "permanecer bajo la guarda de algún miembro de su propia familia, como medida para favorecer su reinserción socio-familiar" (art. 56.1 a). En el Auto de la Audiencia Provincial de Lleida, de 2 de abril 2001 (AC 2001\1284), el Tribunal invoca el principio de prioridad de la propia familia y afirma que, de conformidad con el mismo, se "exige a las autoridades judiciales la previa comprobación de si se ha producido o intentando la integración de aquél en su propia familia, siempre que redunde en su interés. Tan solo en aquellos casos en los que el retorno al ámbito familiar suponga o represente un riesgo o peligro para el superior interés del menor deberán procurarse cualesquiera otras medidas".

La Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, establece en su art. 11.2, entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos, "el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para el interés del menor" y "su integración familiar". Asimismo, el art. 172.4 del Código Civil, precepto en el que se regula la tutela administrativa, establece que "se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia"[827].

> En la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de febrero 2002, asunto Kutzner contra Alemania, op. 76 (JUR 2002\90946), el Tribunal declara que la decisión de los poderes públicos de tomar un menor a su cargo debe tener carácter provisional pues "*las autoridades tienen la obligación positiva de tomar medidas para facilitar la reunión de la familia en cuanto sea verdaderamente posible, desde el inicio del periodo en que toman a su cargo al niño y cada vez con más fuerza, lo que debe siempre estar en equilibrio con el deber de considerar el interés superior del niño*"[828].
>
> Asimismo, nuestros Tribunales, en el Auto de la Audiencia Provincial de Soria de 14 de diciembre 2000 (JUR 2001\79466), establecen "que la Administración debe planear, a corto o medio plazo, y siempre que sea posible y conveniente para los menores, el retorno de éstos con sus padres, mediante oportunos programas de información, educación y asistencia a los progenitores; del mismo modo, estimamos que debe ampliarse el horario de visitas de los padres a sus hijos... de forma que se fomente e incentive la relación paterno filial". Ahora bien, tal como advierte el Tribunal, en el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de marzo de 1996 (AC 1996\519), la reinserción de los menores en la familia biológica sólo podrá llevarse a efecto cuando "exista prueba suficiente de que, mediante dicha reinserción, los derechos e intereses de los menores quedarán suficientemente protegidos".

En el supuesto de que la Administración resolviera el retorno del menor con su familia y, sin embargo, el proceso de reintegración no diera los frutos deseados siendo necesario adoptar nuevas medidas de protección, la Administración deberá acordar, siempre que sea posible y conveniente para el interés del menor, el retorno con la anterior familia acogedora. La Administración deberá evitar el peregrinaje del menor por diversas familias o centros. La Administración es responsable de que el menor bajo su tutela no sufra maltrato o desamparo institucional.

El establecimiento del acogimiento residencial o institucional tiene carácter subsidiario respecto al acogimiento familiar[829]. La medida de acogimiento institucional sólo se acordará en aquellos casos en que aparezca como la

---

[827] Entre otras, Auto Audiencia Provincial de Sevilla de 8 de marzo 2001 (AC 2002\260); Auto Audiencia Provincial de Málaga de 16 abril 2001 (AC 2001\1843).

[828] Ver, asimismo, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 24 de marzo de 1988, asunto Olsson contra Suecia, op. 81 (TEDH 1988\2)

[829] Así lo establece expresamente, por ejemplo, la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (arts. 42.3 y 44). Ver, asimismo, la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (art. 76).

medida más conveniente para el interés superior del menor y durante el tiempo estrictamente necesario[830]. Además, será preferible el acogimiento en centros pequeños, ya que el modelo de relaciones de la organización es más parecido al de una familia.

Por otra parte, en el supuesto de que, tras el estudio y la evaluación de la situación del menor y su entorno socio-familiar, se pusiera de relieve que no resulta conveniente o posible el futuro retorno del menor con su familia o la constitución de la tutela civil, podría acordarse la medida de acogimiento preadoptivo, como paso previo a la adopción[831].

II. EL DERECHO DEL MENOR A MANTENER RELACIONES PERSONALES CON SU FAMILIA

Los menores tienen reconocido en nuestro Ordenamiento el derecho a mantener relaciones personales con su familia. También los menores declarados en situación de desamparo y tutelados por la Administración. Es más, el ejercicio de este derecho es esencial para fomentar y mantener los vínculos afectivos entre el menor y la familia y, por tanto, facilita un posterior retorno del menor a la misma. No obstante, el ejercicio de este derecho podrá limitarse, condicionarse o suspenderse cuando así lo requiera el interés superior del menor.

En efecto, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, prevé en su art. 9.3 que "Los Estados respetarán el *derecho del niño* que esté separado de uno o de ambos padres *a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*".

Por otra parte, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta que *el derecho de visitas forma parte del derecho a la vida familiar* reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los

---

[830] Así lo dispone el art. 21.1 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Ver asimismo, entre otras normas, el Decreto del Gobierno andaluz 42/2002, de 12 de febrero, por el que se establece el régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de menores (art. 8.1).

[831] En las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990) se afirma en su punto 14 que "Cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el "desplazamiento" de un lugar a otro".

[832] Entre otras, STEDH de 8 de julio de 1987, asunto O. contra Reino Unido (TEDH 1987/14); STEDH de 8 de julio de 1987, asunto B. contra Reino Unido (TEDH 1987\16); STEDH de 22 de abril 1992, asunto Rieme contra Suecia (TEDH 1992\49).

Derechos Humanos y las Libertades Públicas, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950[832]. El Tribunal ha advertido del "riesgo elevado de que una interrupción prolongada de contacto entre padres e hijos o de que unos encuentros demasiado espaciados en el tiempo comprometan cualquier posibilidad seria de ayudar a los interesados a superar las dificultades surgidas en la vida familiar. El Tribunal recuerda que "los vínculos entre los miembros de una familia y las posibilidades de lograr la reagrupación se ven debilitados por la fuerza de las cosas si se ponen obstáculos que impiden los encuentros fáciles y regulares" (STEDH de 9 de mayo 2003, asunto Covezzi y Morselli contra Italia, Aps. 118 y 126 (TEDH 2003\24) y STEDH de 13 de julio 2000, asunto Scozzari y Giunta contra Italia, Aps. 177 y ss. (TEDH 2000\391)[833].

Por tanto, los menores desamparados tutelados por la Administración, respecto a los que se hubiera adoptado una medida de protección —ya sea acogimiento familiar o residencial— también tienen derecho a mantener contacto y relaciones personales con su familia, salvo cuando fuera contrario a su propio interés o se hubiera acordado así mediante resolución judicial. De forma que no puede olvidarse que la atribución de la tutela a la Administración y la consiguiente suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria no impedirá, de forma general, la relación de los menores con sus padres, tutores u otros familiares[834]. Es más, la Administración deberá facilitar y preservar estas relaciones con el fin de hacer posible la posterior reintegración familiar del menor[835].

> Así, por ejemplo, el Decreto de Gobierno andaluz 42/2002, de 12 de febrero, por el que se establece el régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de menores, dispone en el art. 13.1, bajo el título *relaciones personales*, que "los menores sujetos a medidas de protección tienen derecho a relacionarse con sus padres, tutores o guardadores, parientes y allegados, tanto de forma directa como a través de medios orales y escritos. Se procurará, especialmente, mantener la convivencia entre hermanos y preservar sus vínculos afectivos"[836].

---

[833] Ver, asimismo a este respecto, el caso a que se refieren la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 20 de marzo 2003 (JUR 2003\77029), el Auto Audiencia Provincial de Soria de 14 de diciembre 2000 (JUR 2001\79466), el Auto Audiencia Provincial de Málaga de 2 de marzo 1999 (AC 1999\4142).

[834] El art. 160 del Código Civil establece que "el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial". En el Ordenamiento catalán, se manifiesta de igual modo el art. 135 del Código de Familia.

[835] En la Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 12 de julio 2001 (TEDH 2001\467), el Tribunal afirma que el hecho de que la Administración se haga cargo de un niño no pone termino a las relaciones familiares. En este caso la Administración había impuesto restricciones al derecho de visitas y, por tanto, había dificultado una relación cordial y periódica del menor con sus padres. Por ello, el Tribunal concluye que se ha producido una violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (ver op. 179). Por lo que se refiere a los Tribunales españoles, en el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo, de 2 de julio 1999 (AC 1999\1691), no se reconoce a los padres el derecho a relacionarse con sus hijos a los que se había aplicado una medida de acogimiento familiar simple sin expresar las concretas razones que justifican esta decisión.

[836] De forma similar, el Decreto del Gobierno gallego 42/2000, de 7 de enero, que refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia, establece

De forma que debe revisarse y modificarse la actuación que de forma indebida llevan a cabo algunas Administraciones públicas que proceden, en muchos casos por la vía de hecho, a suspender las visitas y comunicación del menor y su familia en el momento de declararse el desamparo. Este proceder se explicaría en parte porque, en ciertos casos, los técnicos que impulsan el procedimiento de desamparo no tienen una mínima formación jurídica o la necesaria asistencia jurídica y, por tanto, desconocen y pasan por alto el derecho fundamental del menor y sus padres a mantener relaciones personales y la aplicación de principios esenciales en este ámbito como el de reintegración familiar. Por otra parte, tras esta práctica se esconde en ocasiones una concepción completamente equivocada del instrumento legal de la tutela administrativa de los menores desamparados, considerada como un castigo o sanción a los padres que no han cumplido debidamente sus funciones legales en lugar de como una vía para brindar asistencia y protección al menor[837].

En consecuencia, la Administración que tiene atribuida la tutela, de forma general, deberá organizar y disponer un régimen de relaciones personales de los menores con sus padres, tutores, parientes y allegados; en especial con los hermanos, cuando su guarda no hubiera sido confiada a la misma persona o institución[838]. Atendiendo al interés superior del menor, la Administración regulará el alcance y condiciones de ejercicio de este derecho[839].

---

en su art. 39.1, también bajo el título *derecho del menor a relacionarse con sus padres,* establece que "el menor separado de sus padres tendrá derecho a relacionarse con éstos excepto si fuese adoptado por otro o cuando así se acuerde por resolución judicial".

[837] En el Informe del Defensor del Menor de Andalucía al Parlamento de esa Comunidad del año 2003, se hace referencia a las consultas dirigidas por los familiares a esa institución "relacionadas con el derecho de visitas a sus hijos internados en centros de protección y ello ante la oposición del personal responsable de los mismos, sin que se les hubiera puesto en conocimiento de la decisión adoptada y menos aún de las causas que justificaban la misma". El Defensor del Menor invoca el derecho del menor a relacionarse con sus familiares y apunta que "cualquier limitación a ese derecho, así como la determinación del régimen de visitas se efectúa por el Juzgado o la Administración". Ante estas consultas, la respuesta del Defensor del Menor se dirige a orientar "a los interesados para que recurran judicialmente la suspensión del régimen de visitas y sobre el derecho a solicitar el beneficio de justicia gratuita" (ver página 260 de 282).

[838] El art. 172.4 del Código civil establece que se procurará que "la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona". Asimismo, en Cataluña, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, al regular la medida de acogida familiar establece que "debe procurarse que la acogida de los hermanos se confíe a una misma persona o familia, y también facilitar las relaciones entre el menor y su familia natural cuando sea posible su reintegro en ésta, a fin de poder favorecerlo" (art. 10.3). Por su parte, el Decreto catalán 127/1997, de 27 de mayor, dispone en su art. 55 que "se procurará que los hermanos sean acogidos por una misma familia o persona. En caso de que sean separados, *deberá facilitarse la relación entre ellos*". Ver, asimismo, entre otras normas, el Decreto andaluz 282/2002, de 12 de noviembre, de acogimiento familiar y adopción (art. 9.1).

[839] Según afirma BENITO ALONSO, en la medida que la Administración que tiene encomendada la tutela está legitimada para adoptar medidas que implican la separación del menor de sus padres, con mayor razón podrá "regular el derecho de visitas, restringirlo y hasta suspenderlo si resulta perjudicial para el menor tutelado" Vid. BENITO ALONSO, Francisco, "Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministe-

> Los propios Tribunales han afirmado que no existe ninguna dificultad legal "en que la entidad pública pueda regular el derecho de visita, restringirlo y hasta suspenderlo si resulta perjudicial para el tutelado, puesto que aquella tiene la obligación de velar por él y si el órgano administrativo está facultado para la más trascendental decisión jurídica (separar a los hijos de sus progenitores) con mayor razón debe tener la posibilidad de impedir las relaciones que resulten perjudiciales. Así lo ha entendido la praxis jurisprudencial que opera con gran flexibilidad en la materia, atendiendo a las circunstancias e interés del menor" (Auto Audiencia Provincial de Sevilla de 23 noviembre 1999 (AC 1999\8672) y las citadas por ésta).

La relación personal entre los padres y los menores es especialmente importante en los primeros meses de separación, ya que constituye un elemento fundamental para valorar y, en su caso, fomentar si es posible un posterior retorno con la familia[840]. Ahora bien, es esencial que el régimen de relaciones personales y visitas del menor con su familia esté debidamente programado y organizado[841].

En la medida que la Administración que tiene atribuida la tutela tiene encomendada la guarda del menor y la función de velar por el, podrá establecer el régimen de visitas del modo más conveniente para el mismo. Es importante que la familia del menor participe de un modo activo en la organización de las relaciones personales, siempre que sea posible. Por tanto, la Administración debería tratar que el plan de visitas se acuerde de forma paccionada con los interesados. Es más, la familia acogedora podría participar, asimismo, en la determinación paccionada del régimen de relaciones personales del menor y su familia biológica.

---

rio de la Ley y guarda", *La Ley*, 1996, tomo 6, D-360, pág. 1738. Asimismo, en las IV Jornadas sobre protección de menores para Fiscales, Jueces y Entidades Públicas, celebradas en Madrid en noviembre de 1998, la conclusión decía que la Administración pública que tiene atribuida la tutela de los menores desamparados debía ser la encargada de regular el régimen de visitas, correspondiendo al Juez la limitación o suspensión de las mismas, si bien la entidad pública que propone esa limitación o suspensión podrá, en caso de urgencia, aplicar de forma inmediata la limitación o suspensión. Así lo pone de relieve MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "Intervención del Fiscal en el campo de la protección de menores. Actividad judicial y extrajudicial" (trabajo no publicado). Según resulta de la STEDH de 8 de julio 1987, caso O. contra Reino Unido (TEDH 1987\14), en el Derecho inglés se atribuye a la Administración y no a los Tribunales la decisión acerca de las visitas debido "al gran número de niños bajo la custodia pública y la necesidad de tomar decisiones de urgencia y sin retraso, por medio de trabajadores sociales especializados y como parte de un proceso continuado" (Ap. 60).

[840] Las visitas son recomendables de forma general por varias razones: dan seguridad al menor, ya que no tendrá el sentimiento de haber sido abandonado; permiten evaluar las relaciones con la familia al efecto de determinar si es oportuna la reintegración; permiten enseñar a la familia una serie de habilidades dirigidas a neutralizar o minimizar los factores de riesgo para el menor; permiten que los padres asuman ciertas responsabilidades respecto a sus hijos. Por otra parte, cuando se hubiera acordado el acogimiento residencial del menor, las relaciones y visitas de la familia son de gran importancia para el bienestar del menor, ya que le permiten mantener unos vínculos afectivos en un entorno donde no es fácil desarrollar relaciones estables. Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente... cit.*, págs. 170-172.

[841] Así, por ejemplo, deberá establecerse quién realizará la visita, dónde, durante cuánto tiempo, qué se hará durante la misma, quién estará presente, cuándo y con qué frecuencia, qué apoyos se dará a la familia para que se realice, etc. *Op.cit.*, pág. 172.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que *las opiniones e intereses de los padres deben ser considerados por la Administración en el momento de establecer el régimen de visitas*. En caso contrario podría incurrirse en vulneración del derecho a la vida familiar reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A decir del Tribunal, el art. 8 engendra la obligación positiva para los poderes públicos de escuchar a los padres e informarles acerca del régimen de visita. Por tanto, los padres han de tener la posibilidad participar en el proceso de decisión[842].

> Sin embargo, la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores, en su art. 68 prevé cierta participación del director del centro o de los acogedores en la fijación del régimen de visitas, en cambio no contempla la participación de la familia del menor. El art. 68 establece que "en las resoluciones por la que se declare el desamparo... se fijará en todo caso el régimen de visitas de los padres del menor. Por régimen de visitas se entiende su frecuencia y modalidad, correspondiendo al director del centro, en el caso de acogimiento residencial, y a los acogedores, en el del acogimiento familiar, determinar, dentro del marco que hubiere establecido la resolución, los días y horas concretos en que deban tener lugar las visitas".

Por otra parte, en el supuesto que los padres o tutores se opusieran al régimen de visitas y relaciones impulsado por la Administración, deberán acudir a los Tribunales para que, tras ser oído el Ministerio Fiscal, sea acordado judicialmente[843].

En Andalucía, el ya citado Decreto 42/2002, de 12 de febrero, ha previsto que la Administración que tiene atribuida la tutela, para el establecimiento del régimen de relaciones personales, suscribirá con los padres o tutores y, el propio menor que tengan más de doce años, un documento en el que se recogerán, entre otras condiciones, el lugar, horario y forma de dichas rela-

[842] El Tribunal tiene en cuenta que en esta materia las decisiones corren el riesgo de ser irreversibles. Los menores apartados de sus padres y confiados temporalmente en acogida a una familia, pueden entablar con ésta vínculos afectivos que no convendría perturbar en aras al interés del menor haciendo imposible volver sobre la decisión inicialmente adoptada. De ahí la importancia de disponer un adecuado régimen de visitas con la participación y continua información a los padres. Ver la STEDH de 8 de julio de 1987, caso B. contra Reino Unido, en especial Aps. 60 a 65) (TEDH 1987\16) y la STEDH de 8 de julio 1987, caso O. contra Reino Unido (TEDH 198\14). Según se pone de relieve en estas últimas sentencias, en diciembre de 1983, el Gobierno inglés publico un Código sobre el modo de realizar las visitas a los niños bajo custodia en el que subraya la importancia de asociar a los padres biológicos del niño en el proceso de toma de decisiones de la autoridad local en esta materia e informarlos de forma rápida y completa sobre el contenido de las decisiones relativas a las visitas (Aps 52 y 55, respectivamente, de las citadas Sentencias).

[843] De este modo lo dispone el poco antes citado Decreto gallego 42/2000, de 7 de enero, que en su art. 39.1 establece que "en el caso de un menor tutelado por la Delegación provincial, ésta podrá regular las condiciones del ejercicio de ese derecho atendiendo al interés del menor, y si hubiese oposición de los padres, resolverá el juez, oído el Ministerio Fiscal». La Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, ha dispuesto en el art. 68..2 que "las resoluciones que dicte la Consejería en relación con las visitas serán recurribles ante los órganos de la jurisdicción civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa".

ciones. En caso de que no se alcanzara un acuerdo, la familia podrá solicitar su regulación mediante resolución judicial, conforme a lo dispuesto en el art. 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 13.2). Como vemos, la norma remite al procedimiento judicial previsto para oponerse a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Asimismo, en el caso de que la Administración, en ejercicio de la tutela, hubiera dispuesto la medida de acogimiento familiar, en el documento de formalización deberá establecerse "la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido", tal como dispone el art. 173.2, 3° a) del Código civil[844].

Por tanto, la Administración que tiene atribuida la tutela del menor debería acudir en primer término a establecer de común acuerdo con todos los interesados el régimen de relaciones personales. En el caso de que hubiera conformidad entre los padres, tutores u otros familiares, oído el propio menor, se procedería a suscribir un documento estableciendo las condiciones de ejercicio del derecho de visitas. Ahora bien, en el supuesto de que no se alcanzara un acuerdo entre las partes, la Administración organizará y establecerá mediante resolución motivada el régimen de visitas más conveniente para el menor, a la vista de sus circunstancias personales y socio-familiares[845]. Esta resolución deberá ser debidamente notificada a todos los interesados y al Ministerio Fiscal. Los padres u otros familiares y el propio Ministerio fiscal podrán oponerse a la decisión de la Administración a través del procedimiento del art. 780 LEC y solicitar la regulación judicial del régimen de relaciones personales.

El derecho a un pronunciamiento judicial sobre el régimen de visitas queda protegido por el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que establece que "toda persona tiene derecho a que su causa sea oída ... por un tribunal... que decidirá ... los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil...". Pues bien, a estos efectos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la atribución a la Administración del poder de decidir la limitación o incluso la supresión de las visitas de un padre a su hijo no significa la desaparición de todo derecho paterno referente a las visitas, ya que ello no sería compatible con las nociones fundamentales de la vida familiar ni con los lazos

[844] En estos casos podría incluso contemplarse la presencia de los acogedores en las visitas. Por una parte, podría evitar recelos de los padres u otros familiares hacia estas personas y, por otra, permiten conocer formas correctas de relación y el modo adecuado de atender las necesidades del menor. Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente...cit.*, pág. 172.

[845] La Administración podría regular el régimen de visitas en la misma resolución por la que se declara al menor desamparado y se acuerda una medida de protección, Sobre esta cuestiones ver las consideraciones realizadas en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de junio 2001 (AC 2001\1506), F.D.2°, párrafo sexto.

familiares que el art. 8 del Convenio protege. El Tribunal considera el derecho de visitas, a efectos de aplicación del art. 6.1 del Convenio, como un derecho de "carácter civil" al formar parte integrante de la vida familiar (entre otras, SSTEDH de 8 de julio de 1987, asunto O. contra Reino Unido, Aps. 52 a 63 (TEDH 1987\14) y asunto B. contra Reino Unido, Aps. 71 a 83 (TEDH 1987\16).

Una vez determinado por la autoridad judicial el alcance y contenido del derecho de visitas, la Administración deberá adoptar todas las medidas pertinentes para el adecuado desarrollo de las mismas[846]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que el art. 8 del Convenio exige que las decisiones de los Tribunales dirigidas a favorecer los encuentros entre padres e hijos para reanudar sus relaciones en vistas a un eventual reagrupamiento familiar, deben llevarse a la práctica de forma efectiva y coherente. Por tanto, las autoridades competentes y, en su caso, los Tribunales, tienen el deber de vigilar de modo permanente, en particular la labor de los servicios sociales, al objeto de que no se vacíe de contenido o deje sin efecto la decisión de las autoridades" (STEDH de 13 de julio 2000, asunto Scozzari y Giunta contra Italia, Ap. 181 (TEDH 2000\391).

No obstante, la resolución judicial podría disponer que las condiciones precisas en las que deban celebrarse las visitas sean determinadas por la Administración que tiene atribuida la tutela del menor y, por tanto, conoce mejor sus circunstancias[847].

> El art. 161 del Código Civil establece que "tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el Juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor".

[846] El Defensor del Menor de Andalucía, en su Informe al Parlamento del año 2003, se hace eco de la queja 02/4320 en la que se planteaba el incumplimiento por parte de la Administración de la decisión judicial acordando un régimen de visitas del menor tutelado por la Administración con sus padres. Pues bien, a este respecto, el Defensor del Menor señala que lo que en modo alguno prevé la legislación "es un poder omnímodo de decisión de la Administración sobre las relaciones familiares, cuestiones circunscritas al ámbito privado familiar que...deben resolverse en sede judicial civil. En estos supuestos la Administración ostenta facultades para intervenir previniendo o eludiendo daños o vulneraciones graves de derechos de los menores, decidiendo en última instancia sobre la procedencia o improcedencia de dicha actuación el Juzgado Civil". La Recomendación del Defensor es "que se adopten las medidas precisas para evitar en el futuro el incumplimiento de ninguna resolución judicial ejecutiva referente a menores tutelados o guardados por esa Delegación" (se refiere a la Delegación de asuntos Sociales). La Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 12 de julio 2002 (AC 2002\1156), también se refiere en el F.D. 8º a la "actitud claramente obstructiva al cumplimiento de lo decidido judicialmente, tanto en cuanto al día de la visita, sin contar para nada con las posibilidades de los padres, como en lo atinente a la duración".

[847] Este fue, por ejemplo, el proceder seguido en el Auto judicial de 6 de Junio del 2002 del que se hace eco el Defensor del Menor al referirse a la Queja 02/4320 en su Informe al Parlamento del año 2003 (pág. 209 de 282). Ver, asimismo, el Auto Audiencia Provincial de Guadalajara de 21 noviembre 2002 (JUR 2003\24034).

Por otra parte, en el caso de que, tras examinar las circunstancias del menor y su entorno socio-familiar y teniendo en cuenta las razones que han llevado a la situación de desamparo, la Administración considerara que lo más conveniente para el interés del menor es la privación del régimen de relaciones personales del menor con su familia, deberá solicitarse a la autoridad judicial[848]. Excepto cuando una Ley atribuya a la propia Administración competencia para decidir sobre esta cuestión[849]. De forma general la Administración debería instar ante la autoridad judicial la privación del derecho de visitas[850].

Ahora bien, cuando la gravedad de la situación así lo requiera y el interés del menor lo aconseje, la Administración que tiene atribuida la tutela podría acordar mediante resolución motivada la suspensión cautelar del derecho de visitas. Esta resolución deberá ser notificada a todos los interesados y al Ministerio Fiscal, quienes podrán plantear su oposición a la misma ante la autoridad judicial[851].

---

[848] En el supuesto a que se refiere la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 18 de marzo de 1997 (AC 1997\472), el Tribunal a la vista de la "desvinculación afectiva seria" del menor con su familia natural y "los delicados problemas de salud del menor", considera que la supresión del régimen de visitas facilita "su mejor integración en la nueva familia para su adecuado desarrollo físico y emocional ante la realidad de no haber ninguna posibilidad objetiva de cambio en su entorno biológico". La enfermedad mental que padece la madre —y el hecho de que no tenga padre conocido— "impide planificar soluciones de retorno a un ámbito familiar que, no obstante, ser el natural, ni está preparado para facilitar al menor los cuidados que precisa, ni su situación es homologable con las posibilidades afectivas, económicas y sociales que le ofrece la familia que le tiene en acogimiento".

[849] Por ejemplo, en Cataluña, la Ley 37 /1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, prevé en su art.13.2 prevé que cuando se acuerde la medida de acogida preadoptiva, como paso previo a la adopción "*se suspenderán las visitas y las relaciones con la familia biológica, a fin de conseguir la mejor integración en la familia acogedora, si conviene al interés del menor*". En este caso, será la propia Administración quien acordará la suspensión del derecho de visitas y relaciones personales. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 12 de julio 2002 (AC 2002\1156), el Tribunal se refiere a la privación del régimen de visitas por la Administración y alude a la "harto dudosa competencia de la Sección de Atención a la Infancia (de la Administración de la Generalitat) para tomar tal decisión por sí misma sin solicitarla del Juez"; en cambio, en la propia Sentencia el Tribunal reconoce que el establecimiento de la medida de acogida preadoptiva "sí comporta la supresión de las visitas" por la Administración (F.D 8º).

[850] Así, por ejemplo, será conveniente instar la privación o suspensión del régimen de visitas cuando pueda correr peligro la integridad o seguridad del menor. En estos casos, incluso podría ser conveniente evitar que ciertos familiares conozcan el lugar en que se encuentra el menor.

[851] En Galicia lo ha previsto así el art. 39.2 del Decreto 42/2000, de 7 de enero, que refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia. Por otra parte, en Andalucía, el art. 13.4 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, dispone que "mientras se resuelve judicialmente la solicitud de regulación, supervisión, limitación o suspensión de relaciones personales de los menores con sus padres, tutores, guardadores, parientes y allegados, la Administración de la Junta de Andalucía adoptará las medidas cautelares necesarias en interés de los menores". Ver, asimismo, en Andalucía el art. 9 del Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de acogimiento familiar y adopción. En cambio, la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores, establece en su art. 68 que "si no fuera posible la reintegración del menor en su medio familiar ni convenientes las visitas de los padres atendido el interés del menor, se someterá el caso al Juez civil competente para que resuelva lo que proceda, pudiendo solicitarse que, en tanto recaiga resolución definitiva, suspenda cautelarmente las visitas".

Por otra parte, una vez establecido el régimen de visitas, la Administración podrá proceder a su modificación y nueva organización cuando así resulte conveniente para el interés superior del menor. Para ello deberá tramitar el oportuno expediente administrativo, en el que se dará audiencia a todos los interesados. Asimismo, la resolución administrativa por la que se acuerde una nueva organización del régimen de visitas deberá ser debidamente motivada y notificada a todos los interesados y al Ministerio Fiscal, quienes podrán oponerse a la misma[852].

En cuanto a las condiciones de las visitas y relaciones personales, deberán desarrollarse del modo más conveniente para el interés superior del menor y teniendo como finalidad última hacer posible la reintegración familiar. Por tanto, la Administración competente deberá organizar el régimen de visitas de modo que permitan mantener y fomentar las relaciones con la familia y favorecer el retorno del menor con la misma. En el caso de menores para los que se hubiera establecido como medida de protección el acogimiento familiar, se procurará, si así resulta conveniente para estos, establecer vías de colaboración entre la familia biológica y la acogedora. La Administración deberá velar porque la familia de acogida adopte una aptitud positiva que favorezca las relaciones personales del menor con su familia y el retorno con la misma[853]. Además, brindará a la familia y, por supuesto, al menor, la asistencia, apoyo y soporte técnico necesario al efecto de favorecer y fortalecer los vínculos afectivos[854]. Por otra parte, la Administración habrá de realizar un seguimiento de los efectos, beneficiosos o perjudiciales, que producen las visitas en el menor y, en su caso, procederá a modificar las condiciones inicialmente previstas.

> Así, deberán evitarse situaciones como las contempladas en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 12 de julio de 2002 (AC 2002\1156). Los apelantes achacaban el distanciamiento de los niños con los padres a la forma en la que se desarrollaba el régimen de visitas "sin posibilidad de salir con aquéllos (los menores) de una habitación y bajo la vigilancia de personal del centro". El Tribunal califica este modo de proceder de "inquisitorial" y responsabiliza a la

[852] En relación a la modificación del régimen de visitas ver las consideraciones realizadas en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de mayo de 2002 (AC 2002\1351), F.D 3º, último párrafo.

[853] Ver a este respecto la STEDH de 22 de abril 1992, asunto Reime contra Suecia (TEDH 1992\49).

[854] Así, la Administración deberá facilitar a la familia la asistencia y apoyo económico necesario. Acordar la ubicación de los menores en lugares próximos a la familia. Supervisar los encuentros y convertirlos en posibilidades de aprendizaje. Desarrollar un modelo de acogimiento familiar y residencial que contemple el trabajo con la familia biológica como una tarea fundamental. Establecer horarios flexibles y proporcionar lugares de encuentro confortables que permitan cierta intimidad, etc. Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SÁNCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente... cit.*, págs. 173-175. En el Ordenamiento de Inglaterra y Gales se prevé que la Administración pueda contribuir a los gastos de las visitas parentales (ver a este respecto la STEDH de 8 de julio 1987, asunto O. contra Reino Unido, Ap. 41 (TEDH 1987\14).

> Administración de haber adoptado una actitud pasiva y no activa en orden a favorecer la relación de los menores con su familia[855].

El Ministerio Fiscal, en la medida que tiene legalmente atribuida la superior vigilancia de las funciones tutelares de la Administración y el deber de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor (art. 174.1 y 3 del Código civil), deberá controlar el adecuado desarrollo del régimen de visitas y relaciones personales entre el menor y su familia. Así, la Administración ha de notificar al Ministerio Fiscal la resolución en la que se establece el régimen de relaciones del menor con su familia y cualquier modificación o limitación que se produzca en el mismo. En el supuesto de que el Ministerio Fiscal considerara que las relaciones personales entre el menor y su familia no se desarrollan conforme a Derecho y, en especial, de acuerdo con los principios de interés superior del menor y reintegración familiar, podrá promover ante el Juez las medidas que estime necesarias (arts. 174.2 y 158 del Código Civil).

III. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN: EL PLAN DE MEJORA Y ACTUACIÓN

Cuando el legislador estatal incorpora a nuestro Ordenamiento la figura de la tutela administrativa de los menores desamparados y la regula en el Código civil (art. 172), no contempla cada una de las medidas de protección que podrán adoptar las Administraciones competentes en el marco de la misma. En el Código Civil simplemente se regula la medida de acogimiento familiar (arts. 173 y 173 bis)[856]. Han sido los diversos legisladores autonómi-

[855] Las visitas se desarrollaban sin salir de una sala y sin poder, "por ejemplo, dar una vuelta por el patio, jardines o alrededores del edificio... con la presencia permanente y constante de un educador o monitor que sistemáticamente adopta... una actitud examinadora y pasiva, sin que intervenga aprovechando sus conocimientos y experiencia profesional, ayudando a los padres y a los niños a relacionarse en la forma más conveniente para éstos, aconsejando, en su caso, a los primeros". Asimismo, según resulta del Informe del año 2003 del Defensor del Menor ante el Parlamento andaluz, en la Queja 02/4320 planteada ante esta institución, se ponía de relieve que la Administración sólo dejaba ver a los padres a sus hijos "durante ni siquiera media hora y con una falta de intimidad increíble", en presencia de un miembro del equipo técnico o educativo del centro; por otra parte, la Administración no permitía la presencia de una psicóloga particular, ni del abogado de la familia, "que sirviera de testigo del modo en que se producían las relaciones... para de este modo disponer de argumentos con que.. contradecir los informes". La Administración se limitaba a alegar para fundamentar tal negativa el interés del menor. Pues bien, el Defensor del Menor afirma que "a priori no existiría inconveniente para la presencia de dicho profesional" y añade que "corresponde a la Administración motivar el porqué de su decisión negativa y no escudarse en el "interés del menor". Por ello, recomienda "que se notifique a los padres una resolución suficientemente motivada en respuesta a su petición de que se autorice la presencia junto a ellos en el momento de las visitas de un psicologo/s o abogado/s de su confianza".

[856] En realidad, la incorporación de esta figura al Código Civil tuvo por objeto civilizar una institución tradicionalmente administrativa. Así lo pone de relieve el propio legislador en el preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del Código Civil, cuando

cos los que han previsto de forma más amplia las diversas medidas que pueden adoptarse en ejercicio de la tutela. Por otra parte, debe advertirse que las medidas que serán examinadas a continuación podrán se establecidas, asimismo, en ejercicio de la guarda administrativa. Así, además, del acogimiento familiar en sus diversas modalidades, las normas autonómicas sobre protección de menores han regulado la figura del acogimiento residencial o institucional y han contemplado la adopción de otras medidas de carácter asistencial, educativo o terapéutico que fueran necesarias en atención a las circunstancias del menor. Por otra parte, de forma prioritaria, la Administración, siempre que sea posible, deberá proceder a instar el nombramiento de un tutor civil u ordinario con lo que se extinguiría la tutela administrativa.

Ahora bien, la adopción de las diversas medidas de protección que podrá disponer la Administración que tiene atribuida la tutela de un menor declarado en situación de desamparo, deberán ir acompañadas de un concreto plan de actuación o mejora, diseñado atendiendo las circunstancias y necesidades de cada menor y dirigido a garantizar sus necesidades y, por tanto, el debido desarrollo de su personalidad y, de forma general, a hacer posible un posterior retorno con su familia[857]. Según ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho de los padres al respeto a su vida familiar, garantizado en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertes Fundamentales, "engloba un derecho a medidas tendentes a reunirle con su hijo" (STEDH de 22 de abril 1992, asunto Reime contra Suecia, Ap. 69 (TEDH 1992\49)[858].

> Así, por ejemplo, el actual Decreto catalán 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados, prevé en su art. 15 que "la propuesta técnica de medida de protección especificará de forma clara y concisa: a) el plan de mejora; b) el alcance de la medida con la previsión de su duración y de la forma en que debe ejercerse; c) los objetivos concretos a alcanzar, para los que se propone la medida". Esta propuesta de resolución se eleva a la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia al efecto de que dicte la resolución definitiva correspondiente (art. 16).

Por tanto, la resolución administrativa por la que se acuerda la adopción de una medida de protección de un menor tutelado por la Administración

---

afirma que la regulación del acogimiento familiar "supone dar rango legal de primer orden a una institución hasta hoy regulada por dispersas normas administrativas. Se ha estimado que la figura posee la sustantividad necesaria para ser digna de incluirse en el Código civil, con lo que también se logrará unificar prácticas divergentes y difundir su aplicación".

[857] El art. 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, dispone que "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño".

[858] Ver, asimismo, el Auto Audiencia Provincial de Soria de 14 de diciembre 2000 (JUR 2001\79466).

deberá establecer, asimismo, el plan de actuación de la Administración. El Plan de mejora debería establecer al menos: la finalidad u objetivos de las medidas de protección adoptadas; las medidas especiales de apoyo que recibirá el menor y, en su caso, las personas que lo reciben en acogida; las relaciones previstas con los servicios sociales de la Administración competente para adoptar medidas de apoyo a la familia del menor; el régimen de relaciones personales entre el menor y su familia; los criterios para evaluar el desarrollo del plan.

La Administración deberá realizar un seguimiento del plan de actuación o mejora. Por ello, resultaría conveniente la designación de una persona o equipo responsable del caso que realice un seguimiento del mismo y, a su vez, colabore y se coordine con los servicios que actúan en el entorno familiar para neutralizar los factores que llevaron al desamparo del menor. En el supuesto de que la aplicación del plan de mejora establecido inicialmente no diera los resultados esperados, la Administración debería revisar y, en su caso, modificar las actuaciones inicialmente previstas[859]. En cualquier caso, como se ha dicho anteriormente, las medidas que se adopten y el plan de actuación deberán garantizar en todo caso que las necesidades del menor estarán mejor atendidas que lo estaban en su núcleo familiar. De otro modo no estaría justificado el establecimiento de medidas que implican la separación del menor de su familia.

En el marco del procedimiento administrativo en el curso del cual se decidirá la medida de protección más conveniente y se elaborará el plan de actuación, deberán participar tanto el menor como sus padres u otros responsables legales. La participación del menor y su familia es un elemento esencial y, por ello, no sólo se debe garantizar sino que es necesario crear las condiciones que la hagan posible y fomentarla. En esta fase, las Administraciones tienen la responsabilidad de conseguir que los padres u otros responsables legales y el menor sientan esta intervención como una forma de ayuda y colaboración temporal. El principio del interés superior del menor y el principio de eficacia administrativa exigen que, a toda costa, se evite que la familia o el menor perciban estas actuaciones como un castigo o sanción.

Además, en el momento de notificar a la familia y al menor la decisión adoptada, se les deberá informar (siempre que sea posible de modo presencial) debidamente y de forma comprensible de cómo va a transcurrir el proceso de intervención posterior. Así, por lo que se refiere al menor, en caso de que se hubiera acordado su acogimiento residencial, deberá conocer las condiciones del centro y las normas de convivencia. Asimismo, cuando se

[859] El Decreto andaluz 42/2002, de 12 de febrero, por el que se establece el régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de menores, dispone en su art. 9 que "la situación de los menores sujetos a medidas de protección deberá ser *revisada*, al menos, con una periodicidad semestral". Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, según establece el art. 174.2 del Código Civil, el Fiscal también deberá comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor.

hubiera dispuesto la acogida familiar se le deberá informar de las condiciones de la acogida. En ambos casos deberá estar informado sobre el régimen de visitas con su familia, el objetivo de las medidas y las vías que tiene a su disposición para manifestar su oposición o queja frente a las decisiones que le afecten. Por otra parte, la Administración también deberá informar a la familia y al menor del papel y las responsabilidades que tienen cada una de las personas y entidades con las que se relacionarán. Es importante que distingan las responsabilidades de la Administración que tiene la tutela y las de las personas o familia en quien se delega la guarda[860]. La participación e implicación del menor y la familia es fundamental para una eficaz aplicación del plan de actuación y mejora que se acuerde. Por otra parte, la colaboración de la familia permitirá que la separación resulte menos traumática para las partes. En cualquier caso, en el momento de la separación, la Administración deberá brindar al menor y a la familia la asistencia y apoyo necesario para que la acepten y afronten de forma positiva y colaboren en el desarrollo del plan de mejora y aplicación de las medidas[861].

> El Decreto andaluz 42/2002, de 12 de febrero, por el que se establece el régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de menores, dispone en su art. 8 que "en todo caso, el ingreso en un centro residencial, o la integración en una familia acogedora, deberá ser *cuidadosamente planificada, dando apoyo a los menores para las fases de preparación al ingreso, acoplamiento y adaptación a la nueva situación*"

Pues bien, a continuación pasamos a examinar brevemente las medidas de protección más importantes que podrán adoptar las Administraciones en el marco de la tutela.

IV. LA PROMOCIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN DE LA TUTELA CIVIL U ORDINARIA. LA EXTINCIÓN DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA

La promoción de la tutela civil u ordinaria del menor constituye una de las primeras actuaciones que deberá realizar la Administración, claro está siempre que concurran las circunstancias que la hagan posible. En puridad no

[860] Tal como afirman LOPÉZ SÁNCHEZ y otros, de este modo, la familia y el menor conocen que los guardadores no son "parte" en el posible conflicto, que las decisiones las adopta la Administración a través del órgano competente y que los centros o personas acogedoras no están para disputar a la familia la guarda de los menores, ni para juzgar la atención que le prestaban sus padres. Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente... cit.*, pág. 60.

[861] Sobre la preparación del menor para la separación de su familia, LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente... cit.*, págs. 159 y ss.; CAPARRÓS CIVERA, Neus y JIMÉNEZ-AYBAR, Iván, *El acogimiento familiar... cit.*, págs. 149-150.

estaríamos ante una medida de protección en el marco de la tutela pública, ya que la constitución de la tutela civil implica la extinción de la tutela administrativa. En su caso, la Administración asumiría la tutela y protección del menor mientras se procede al nombramiento de un tutor ordinario.

El art. 239 del Código Civil, dispone que la tutela de los menores desamparados corresponde por ley a la Administración y añade que "*se procederá, sin embargo, al nombramiento del tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste*".

Aunque el precepto no establece expresamente que deba ser la Administración quien promueva la tutela, así resultaría de una interpretación finalista del mismo. Por otra parte, el propio Código contempla la promoción de la tutela por la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal, los parientes y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor (arts. 228 y 229). Por tanto, en la medida que la Administración que tiene encomendada la tutela de un menor declarado en situación de desamparo tiene atribuida su guarda, deberá entenderse que podrá instar la constitución de la tutela ordinaria o civil.

Así, diversos legisladores autonómicos contemplan entre las medidas de protección que puede adoptar la Administración que tiene atribuida la tutela de un menor desamparado la promoción del nombramiento judicial del tutor ordinario o civil[862]. En Cataluña, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, en su art. 3.1 establece que la resolución administrativa de desamparo comporta la asunción automática por la Administración de las funciones tutelares "*mientras no se proceda a la constitución de la tutela por las reglas ordinarias*"[863]; por otra parte, el Código de Familia dispone en su art. 183.1 que "las instituciones que

[862] En Asturias, la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores, establece en su art.38, bajo el título *promoción del nombramiento judicial del tutor*, que la Administración promoverá ante la autoridad judicial el expediente de nombramiento de tutor conforme a las reglas contenidas en los arts. 234 y ss. del Código Civil, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela ordinaria con beneficio para éste. De forma similar, en Extremadura, la Ley 4/1994, de 24 de noviembre, de protección de menores (art. 11). En Cantabria, el Decreto 66/1992, de 7 de septiembre (art. 19). En Castilla y León, la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (art. 83). En Madrid, la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (art. 56. 1 d). En Murcia, la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia, que, además, precisa que la promoción de la tutela ordinaria se llevará especialmente a cabo en aquellos casos en que el menor se halle próximo a la mayoría de edad o la emancipación (art. 26). En Navarra, la Ley 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (art. 66). En la Rioja, la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 61).

[863] La propia Ley dispone en su art. 5.3, al regular las medidas de protección pública de los menores, que "se procurará, siempre que sea posible, aplicar medidas que no comporten la separación del menor de su hogar y de su entorno familiar" (art. 5.3). Una de estas medidas podrá ser el nombramiento de un tutor ordinario entre los familiares del menor.

tenga bajo su guarda el menor... están obligadas a promover la constitución de la tutela; en otro caso, responden de los daños y perjuicios que causen al menor... si no la promueven[864]".

Ahora bien, cuando las normas reguladoras de la tutela civil prevén las personas respecto a las cuales puede procederse al nombramiento judicial de tutor contemplan "los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad"[865]. Por ello, en algún caso la autoridad judicial había considerado que no era posible el nombramiento judicial de un tutor ordinario si no se había privado a los progenitores de la patria potestad[866]. Sin embargo, en otros casos, los Tribunales han concluido que no es necesario instar la privación de la patria potestad para el nombramiento de un tutor civil de un menor tutelado por la Administración, ya que la tutela administrativa de un menor desamparo implica "la suspensión de la patria potestad".

> Así, en el Auto de la Audiencia Provincial de Girona de 28 de enero de 1998 (AC 1998\33), el Tribunal afirma que "si bien la regla general es que la Administración pública asuma la tutela de forma automática de los menores en situación jurídica de desamparo, nada impide que de existir una persona que pueda asumirla y ello redunde en beneficio del menor a ella pueda nombrársela tutora por la vía ordinaria para tal designación, cual es un expediente de jurisdicción voluntaria". En este caso se procede al nombramiento como tutores a los tíos de los menores con el consentimiento de los padres que no habían sido privados de la patria potestad[867]. En el mismo sentido se pronuncia el Auto Audiencia Provincial de Asturias de 12 noviembre 2002 (JUR 2003\91361), el Tribunal procede a designar como tutora ordinaria o civil a la abuela, en la medida que "es la persona que ha venido encargándose del menor, reúne las condiciones precisas para ello y su nombramiento como tutora se reputa beneficioso para aquel, en la medida que mantiene su integración con la familia propia... *sin que sea óbice para ello la circunstancia de que los padres no hayan sido privados de la patria potestad*, puesto que la constitución de la tutela lleva consigo la suspensión del ejercicio de las funciones de aquélla, concentrándose así en una sola persona cuantas facultades de representación, guarda y custodia establece la ley".

---

[864] De igual forma se expresa el art. 229 del Código Civil, aunque en este caso la obligación se hace recaer sobre la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor. En el Anteproyecto de Ley por el que se aprueba el libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia, se dispone en el art. 222-13, 2 que "la entidad pública competente en materia de protección de menores ha de instar la constitución de la tutela de los menores desamparados a su cargo si hay personas que la puedan asumir en interés de aquellos".

[865] Art. 222.1 del Código Civil; y, en Cataluña, art. 170 a) del Código de Familia.

[866] Así, en Canarias, la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores, establece en su art. 55, bajo el título *promoción de la tutela ordinaria*, que "el órgano competente promoverá la constitución de la tutela ordinaria cuando existan personas que puedan asumirla en beneficio del menor. A este efecto, podrá solicitar de la autoridad judicial la *privación* de la patria potestad de sus progenitores, ejercitando las acciones civiles que procedan".

[867] El Tribunal resolvía así el recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia por el que se había denegado el nombramiento de tutor a los tíos del menor, por entender que no era posible la designación de tutores al no haberse producido la privación de la patria potestad.

Por tanto, la Administración que tiene atribuida la tutela *ex lege* de un menor desamparado podría promover la tutela civil cuando existan parientes o personas que por su relación con el menor puedan asumirla en beneficio del mismo. La tutela civil debe constituirse por la autoridad judicial, con audiencia previa del menor si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años[868]. Con el nombramiento de un tutor civil u ordinario queda extinguida la tutela de la Administración.

Por otra parte, una de las situaciones que, en general, deberán encaminarse hacía el nombramiento de un tutor civil es la guarda de hecho. En efecto, cuando un guardador de hecho ha asumido la protección de un menor, la Administración, antes incluso de proceder a declarar el desamparo, deberá examinar si es oportuno promover el nombramiento del mismo como tutor civil. En muchos casos, son los propios parientes los que asumen la guarda de hecho ante la imposibilidad de los padres de velar por sus hijos. En realidad, los menores al cuidado de un guardador de hecho no padecen una situación objetiva de desamparo. Sin embargo, no tienen la representación legal del menor y, por tanto, no pueden realizar determinadas actuaciones en interés del mismo. La respuesta de las Administraciones a estas situaciones ha sido en gran medida proceder a declarar el desamparo y, atribuida *ex lege* la tutela, disponer la acogida en favor de la persona que había asumido la guarda de hecho. Sin embargo, es necesario cuestionarse hasta qué punto es procedente que la Administración declare desamparado y asuma la tutela de un menor que está debidamente atendido por sus familiares u otras personas de confianza de sus padres, con el único objetivo de que aquellos tengan la representación legal y puedan realizar las actuaciones pertinentes en interés del menor. En estos casos, tiene mayor sentido proceder a designar estas personas como tutores ordinarios del menor[869]. Sin perjuicio de que la Administración competente deba adoptar las medidas de apoyo y asistencia que sean necesarias en el entorno familiar del menor para neutralizar posibles factores de riesgo.

[868] Art. 231 del Código Civil y art. 184 del Código catalán de Familia.

[869] Sobre esta cuestión, en relación a los menores hijos de inmigrantes, ver la noticia publicada en el diario El País de 23 de enero de 2005, según la cual se declaraba improcedente la declaración administrativa de desamparo y se atribuía al Fiscal la representación legal de los menores mientras se procedía a la designación de los guardadores de hechos como tutores ordinarios del menor. En Cataluña, algunas situaciones que actualmente serían de guarda de hecho podría formalizarse a través de la "delegación de la guarda"; en efecto, el Anteproyecto de Ley por el que se aprueba el libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia, prevé en su art. 236-13, bajo el título "delegación de la guarda", que "los progenitores conjuntamente, o aquél que tenga atribuido el ejercicio de la potestad, pueden delegar la guarda del hijo o hija menor, si existe motivo suficiente, y no perjudica la persona del menor, siempre que los progenitores mantengan un control efectivo del ejercicio de la guarda por la persona delegada. Esta delegación de la guarda ha de formalizarse en documento público".

V. LA MEDIDA DE ACOGIMIENTO FAMILIAR DEL MENOR

La Administración que tiene atribuida la tutela del menor declarado en situación desamparo puede adoptar como medida de protección el acogimiento del menor por una persona o familia. Por otra parte, esta medida puede adoptarse, asimismo, en ejercicio de la guarda administrativa.

La medida de acogimiento familiar se encuentra regulada a nivel estatal en los arts. 173 y 173 bis del Código Civil, régimen jurídico que ha sido completado por los diversos legisladores autonómicos en las respectivas normas sobre protección de menores[870]. En Cataluña, el acogimiento familiar está previsto en la actualidad en la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados (arts. 10, 11 y 13 a 15) y las normas dictadas en desarrollo de la misma[871].

Así, en aquellos casos en que fuera conveniente adoptar una medida de protección que implique la separación del menor de su familia, una vez declarada la situación de desamparo y asumida la tutela por la Administración, ésta podrá acordar su acogimiento familiar. La aplicación de esta medida hace posible la integración del menor en un ambiente familiar, ya sea en su familia extensa o en familia ajena. Por ello, de forma general, el acogimiento familiar tendrá carácter preferente respecto al acogimiento residencial o institucional.

> En el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 25 de abril de 1997 (AC 1997\903), en relación con la medida de acogimiento familiar, declara el Tribunal que esta medida "se revela como la fórmula optima... para dotar al menor de una mínima estabilidad en situación obviamente mucho más favorable que su estancia en una residencia —como los padres pretendían—... no ya desde el punto de vista de las comodidades materiales sino de satisfacción de sus necesidades afectivas, siendo por demás evidente que en el presente caso el interés del menor impone el sacrificio del principio de integración en la familia biológica".

Ahora bien, el carácter preferente de la medida de acogimiento familiar no implica que la misma resulte en todo caso la más conveniente. El legislador ha previsto como posibles medidas de protección tanto el acogimiento familiar como el residencial. La Administración deberá acudir a una u otra en función de las necesidades y circunstancias personales y socio-familiares de cada menor. Las condiciones y necesidades de los menores son diferentes y, por tanto, también deben ser diversas las medidas de protección que es

[870] Sobre los antecedentes históricos del acogimiento familiar, CAPARRÓS CIVERA, Neus y JIMÉNEZ-AYBAR, Iván, *El acogimiento familiar... cit.*, págs. 19 y ss. Estos autores se refieren, asimismo, a las razones que llevaron al legislador estatal a incorporar esta figura al Código Civil (ver págs. 62-64).

[871] Sin embargo, en el Anteproyecto de Ley (abril 2006) por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia, se regula el acogimiento familiar (arts. 226-10 y 11).

posible adoptar en cada caso. Lo que es bueno para un menor puede no serlo para otro[872].

El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de la familia acogedora. La persona o familia queda obligada a asumir las funciones de contenido personal inherentes a la guarda que corresponden a la Administración como titular de la tutela: velar por el menor, tenerlo en su compañía, educarlo y procurarle una formación integral[873]. La Administración deberá colaborar con la persona o familia acogedora en el cumplimiento de las referidas funciones y controlar su debido ejercicio. Asimismo, la familia acogedora deberá cooperar con la Administración en el desarrollo del plan de actuación y mejora establecido y la buena marcha del régimen de visitas con la familia de origen que se hubiera establecido.

> Según se afirma en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de mayo 2002 (AC 2002\1351), "consiste el acogimiento en la incorporación del menor a una familia sin pasar a ser miembro de ella jurídicamente —como ocurre con la adopción—, ni dejar de serlo de la propia, pero sí integrándose de forma plena en la vida de aquélla como un miembro suyo más, debiendo quien lo acoge velar por él, tenerlo en su compañía, educarle y procurar al acogido una formación integral"[874].

El acogimiento familiar, como se ha dicho, no supone de forma general la ruptura del menor con su propia familia, pues los padres u otros familiares tienen derecho a seguir relacionándose con él[875]. Además, el menor tiene derecho a conocer y tener relación con su historia personal y familiar y a que se respeten sus señas de identidad y culturales[876]. En ciertos casos, es posible que la propia Administración establezca en la misma resolución por la que acuerda el acogimiento familiar un régimen de visitas del menor con sus padres, parientes o allegados. Es más, la Administración podría organizar las visitas de forma que las personas acogedoras pudieran asistir a las mismas;

---

[872] Sobre los riesgos y efectos negativos que pueden comportar las medidas de acogimiento familiar y residencial, LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente... cit.*, págs. 129-130.

[873] Art. 173.1 del Código Civil y art. 10.2 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados (de igual forma se prevé en el Anteproyecto de Código Civil de Cataluña (art. 226-11.1). Sobre el concepto de acogimiento familiar, CAPARRÓS CIVERA, Neus y JIMÉNEZ-AYBAR, Iván, *El acogimiento familiar...cit.*, págs. 72-73.

[874] Ver, asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de febrero 2000 (AC 2000\512).

[875] Ver el art. 160 del Código Civil y en Cataluña el art. 135 del actual Código de Familia.

[876] El art. 30 de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas les reconoce a los menores que formen parte de ciertas minorías —religiosas, lingüísticas o étnicas— el derecho a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su religión y a emplear su idioma. Así, en el momento de decidir la medida de protección más conveniente para el menor, las Administraciones públicas deberían tener en cuenta la diversidad cultural que, en relación a la composición familiar y prácticas de crianza y formación, caracterizan a una determinada comunidad. Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente... cit.*, pág. 55.

de este modo quizá podrían evitarse ciertos recelos de la familia biológica del menor hacia estas personas y, por otra parte, permitiría que los padres u otros responsables del menor observaran pautas de comportamiento y de relación adecuadas. En la medida que se camine hacia formas de acogimiento familiar más profesionales, se facilitará la presencia de los acogedores en las visitas con las familias. En cualquier caso, es fundamental que la Administración que tiene encomendada la tutela controle y, en su caso intervenga, para que la familia acogedora no tenga conductas de apropiación del menor, ni dificulte la relación con su familia.

> El Decreto catalán 127/1997, de 27 de mayo, mediante el que se regula el acogimiento familiar, establece en su art. 59 que "sólo se resolverán favorablemente los ofrecimientos de las familias o personas que tengan residencia habitual fuera de Cataluña cuando quede suficientemente garantizado que es posible cumplir el régimen de visitas con la familia biológica". Asimismo, la propia norma contempla entre las circunstancias que se tendrán en cuenta para la valoración de las personas o familias acogedoras la "aceptación de la relación del menor con su familia biológica y de facilitar el retorno" (art. 61).

En ciertos Estados, en especial los anglosajones, se está avanzando en la experiencia del acogimiento familiar profesional. En este modelo los acogedores vendrían a ser un miembro más del equipo responsable del plan de mejora: se comparte con ellos la información, asumen tareas de cierta especialización y colaboran activamente en el logro de los objetivos propuestos y, en su caso, impulsan la reintegración familiar[877].

Por otra parte, debe insistirse que cuando existan familiares o personas del entorno del menor que pudieran acogerlo y asumir las funciones de guarda, la Administración deberá facilitar y promover el acogimiento en favor de las mismas, siempre que esta medida resulte más conveniente para el interés del menor. En el caso de que finalmente decidiera el acogimiento en familia ajena, deberán explicitarse en la resolución administrativa las razones por la que se acuerda esta medida, los motivos por los que no se ha considerado conveniente el acogimiento en la familia extensa.

Así, cuando la Administración competente acuerde la aplicación de la medida de acogimiento familiar, deberá determinar la clase de acogimiento que resulta más conveniente para el concreto menor. En efecto, nuestro Ordenamiento prevé diversas clases de acogimiento. En función de vínculo del menor con la familia acogedora, éste podrá constituirse en familia extensa o en familia ajena. Por otra parte, teniendo en cuenta la finalidad y consiguiente duración del acogimiento podrá ser acogimiento simple o permanente. Por

[877] Acerca de las ventajas e inconvenientes de la remuneración a las familias acogedoras, LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente...cit.*, págs. 154-155.

último, se contempla la medida de acogimiento preadoptivo como paso previo a la adopción, para aquellos casos en que no resulta posible el retorno del menor con su familia y no sea conveniente un acogimiento permanente. Además, en función del tipo de familia acogedora se va abriendo paso en nuestro Ordenamiento la figura del acogimiento familiar profesionalizado.

1. Las modalidades de acogimiento familiar

A) *El acogimiento familiar simple y permanente*

El *acogimiento simple* por persona o familia tiene carácter transitorio[878]. Así, la Administración competente procederá a constituir este tipo de acogimiento cuando prevea que la situación de desamparo tiene carácter temporal. El acogimiento familiar simple constituye un hito en el camino hacía una situación más establece. Así, podrá ser el paso hacía el retorno del menor con su familia, para la constitución de una tutela civil o, incluso, para un posterior acogimiento preadoptivo.

Por otra parte, dentro del acogimiento familiar simple podemos distinguir, a su vez, dos tipos: el acogimiento de urgencia-diagnóstico y el acogimiento simple con previsión de retorno[879].

El acogimiento de urgencia-diagnóstico se constituye con el fin de brindar atención inmediata al menor en el seno de una familia y evitar, así, su institucionalización, mientras se procede a la evaluación del caso y a la adopción de una medida de protección de carácter más estable[880]. La duración de esta clase de acogimiento es breve, suele tener una duración máxima de seis meses. Durante este tiempo debe realizarse el estudio del caso y adoptarse una medida de carácter más estable. Este tipo de medida suele adoptarse en el caso de niños de corta edad (no mayores de seis años) o en situación de especial vulnerabilidad, para los que no resulta aconsejable el ingreso en un centro. Las familias acogedores deben tener unas características especiales y recibir una adecuada formación. Por ello, se trata de un tipo de acogimiento en que sería oportuno impulsar el acogimiento profesionalizado.

---

[878] Se refiere al carácter temporal y revocable del acogimiento, el Auto de la Audiencia Provincial de Ávila de 29 de junio de 1996, F.D. cuarto (AC 1996\1470).

[879] Sobre estas clases de acogimiento simple, AMORÓS, P., PALACIOS, J., FUENTES, N., LEÓN, E., MESAS, A., *Familias Canguro. Una experiencia de protección a la infancia*, Colección Estudios Sociales núm. 13, Fundación "La Caixa", 2003, págs. 56-57 (edición disponible en internet www.estudios.lacaixa.es).

[880] La Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores, ha previsto en su art. 76 el "acogimiento de urgencia" para los supuestos en que se hubiera procedido a declarar el desamparo en casos de "urgencia" (art. 53). Dada la especificidad de este tipo de acogimiento se prevé un procedimiento especial de constitución.

En cambio, el acogimiento simple con previsión de retorno es una medida más establece que la anterior. El menor es acogido por una familia y, de forma simultánea, debe desarrollarse un plan de mejora que permita la reintegración a su entorno socio-familiar. Por ello, es fundamental que, mientras dure el acogimiento, el menor continúe manteniendo relaciones con su familia. Es más, la familia acogedora deberá propiciar el contacto del menor con su propia familia y colaborar con ésta y la Administración para hacer posible el retorno del menor.

En el ámbito estatal, el art. 173 bis del Código Civil contempla las diversas clases de acogimiento atendido a su finalidad y, en su apartado 1º, establece respecto al acogimiento familiar simple "que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable". En Cataluña, la medida de acogimiento simple en familia ha sido regulada por la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados en término similares; el art. 10.1 dispone que "el menor que haya de ser separado de su hogar o entorno familiar ha de ser confiado a otra familia o persona que haga posible el desarrollo integral de su personalidad. Dicha medida debe aplicarse cuando se prevea que el desamparo o la necesidad de separación de la propia familia serán transitorios o cuando, aun habiendo los requisitos para la acogida preadoptiva, ésta no hubiese podido constituirse" (esta medida ha sido prevista en el art. 226-10 del Anteproyecto de Ley por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña).

> En el Auto de la Audiencia Provincial de Ávila de 29 de junio de 1996 (AC 1996\1470), se define el acogimiento como "aquella situación temporal y revocable, orientada a la protección de los menores que se encuentran privados —aunque sea circunstancialmente— de una adecuada atención familiar, y consiste en confiar al menor al cuidado de personas que reúnan las condiciones morales y materiales necesarias para proporcionarle el sustento, habitación, vestido y especialmente, una vida familiar conforme con los usos sociales. El acogimiento produce la plena participación en la vida de la familia e impone a quien le recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlos, educarlo y procurarle una formación integral". Según se afirma en el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 1 de julio de 1997 (AC 1997\1532), en la previsión legal de esta medida "late el interés por facilitar los mecanismos legales necesarios para que aquellos menores que carecen del adecuado medio familiar propio, puedan hallar, con suficientes garantías, el ambiente apropiado a su edad en formación, en el seno de otras familias, en donde alcanzar un desarrollo armónico, sin traumas, tanto en el orden físico como psicológico y moral"; el propio Tribunal proclama que la constitución del acogimiento deberá realizarse conforme al principio del interés superior del menor (ver, asimismo, entre otras, el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 24 de septiembre 2002 (JUR 2003\8154).

En cambio, *el acogimiento familiar permanente*, como su propio nombre indica, tiene vocación de permanencia. Esta clase de acogimiento está con-

cebida para aquellas situaciones en las que no resulta posible la reintegración familiar del menor y, teniendo en cuenta sus circunstancias personales —como puede ser su edad avanzada y sus deseos— también resulta inviable su adopción. En definitiva, el acogimiento permanente está previsto para situaciones, en que por las características o circunstancias del menor, resulte aconsejable una integración familiar establece pero sin creación de vinculo de filiación. Por ello, esta medida ha sido calificada desde la doctrina como una especie de "cajón de sastre" para aquellos menores a los que no pueden aplicarse los otros tipos de acogimiento familiar[881].

El art. 173 bis. 2º del Código civil establece que el acogimiento familiar podrá adoptar "la modalidad de acogimiento familiar permanente "cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor, en tal supuesto, la entidad pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés superior del menor".

Esta clase de acogimiento ha sido incorporada por el legislador estatal al Código Civil y, por tanto, es aplicable en la práctica totalidad de Comunidades Autónomas, ya que no ostentan competencia en materia de legislación civil para regular por sí mismas esta medida. Sin embargo, el acogimiento familiar permanente no había sido previsto por el legislador catalán. La explicación es la siguiente. Este tipo de acogimiento tuvo su entrada en el Código Civil a través de la disposición final 7ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, por la que también se modifica parcialmente el citado Código. Sin embargo, la legislación catalana sobre esta materia es anterior: la Ley 37/1991, sobre medidas de protección de los menores desamparados. En este ámbito, legislador estatal y legislador catalán se van siguiendo los pasos, como no puede ser de otro modo, ya que así lo exige el principio del interés superior del menor que también vincula a los órganos legislativos. Sin embargo, el acogimiento familiar permanente ha sido previsto por el Anteproyecto de ley (abril 2006) por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia (art. 226-10.2).

B) *El acogimiento preadoptivo:*

El acogimiento preadoptivo, a diferencia de las otras clases de acogimiento familiar examinadas, constituye el paso previo a la adopción. La finalidad de este tipo de acogimiento es promover las relaciones entre el menor y la

[881] Vid. CAPARRÓS CIVERA, Neus y JIMÉNEZ-AYBAR, Iván, *El acogimiento familiar...cit.*, pág. 76.

familia que, en su caso, le adoptará, dando un tiempo para que se conozcan y se adapten unos a otros[882]. En el momento de acordar esta medida de protección, la Administración deberá tener en cuenta las necesidades y circunstancias personales y socio-familiares del menor[883] y, como no puede ser de otro modo, actuar guiada por el principio del interés superior del menor[884].

Por tanto, la Administración deberá verificar en primer lugar si el menor se encuentra en situación de ser adoptado. Este tipo de acogimiento podrá promoverse cuando no se considere posible o conveniente la reintegración familiar y, en consideración a las circunstancias personales del menor, se estime necesaria su integración en otra familia, mediante la creación de vínculos de filiación.

> En Cataluña, la actual Ley 37/1991, de 30 de diciembre, contempla ciertos supuestos en los que podría aplicarse la medida de acogida preadoptiva, porque el menor desamparado es susceptible de ser adoptado: 1) cuando el menor ha sido objeto de malos tratos por parte de sus padres o tutores; 2) si los padres o tutores están sometidos a una causa de privación de la patria potestad o remoción de la tutela; 3) si no consta que persona tiene la patria potestad o la tutela; 4) si los padres o tutores están imposibilitados para ejercer su potestad y se prevea que esta situación pueda tener carácter permanente; 5) si los padres o tutores así lo solicitan a los organismos competentes y hacen abandono de los derechos y deberes inherentes a su condición; 6) cuando así lo determina la autoridad judicial (art. 13.1).

Asimismo, el Código catalán de Familia establece que, de manera excepcional, podrán ser adoptados los menores que se encuentren bajo el acogimiento acogimiento familiar simple de las personas que los desean adoptar, cuando las circunstancias hubieran cambiado y no fuera posible el retorno del menor con su familia porque concurra alguna de las circunstancias del acogimiento preadoptivo u otras que hagan imposible la reintegración familiar (art. 117)[885].

La configuración del acogimiento preadoptivo como camino hacia la adopción explica la posibilidad de suspender o suprimir en estos casos las relaciones personales del menor y su familia. El Código Civil no dice nada al respecto. Sin embargo, los Tribunales han declarado que cuando la medida de acogimiento preadoptivo esté orientada a la adopción y, por tanto, a la definitiva integración del menor en la familia de acogida, podrá prescindirse del

---

[882] Así lo estable en Extremadura el art. 26 de la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores. Vid. HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, *El acogimiento convencional... cit.*, pág. 81.

[883] En Cataluña, art. 65 del Decreto 127/1997, de 27 de mayo.

[884] Así se establece expresamente en el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 24 de septiembre de 2002 (JUR 2003\8154) que se refiere a este tipo de acogimiento.

[885] Ver, asimismo, el art. 235.32.2 del Anteproyecto de Ley por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña (abril 2006).

régimen de visitas, con el fin de facilitar la plena integración de la menor con la que será su nueva familia[886]. En Cataluña, la citada ley 37/1991, de 30 de diciembre, prevé que la Administración podrá suspender las visitas y relaciones del menor con la familia biológica, a fin de conseguir la mayor integración con la familia acogedora, siempre que resulte conveniente para el interés del concreto menor (art. 13.2).

C) *El acogimiento en familia extensa y ajena*

El acogimiento familiar puede constituirse a favor de algún miembro de la familia extensa del menor o bien en familia ajena. La Administración acordará de modo preferente el acogimiento en familia extensa, siempre que existan familiares interesados en el mismo y que resulten idóneos[887]. En el caso de existir familiares que lo soliciten, la Administración deberá expresar las razones por las que, en su caso, excluye el acogimiento en la familia extensa[888].

Ahora bien, es necesario determinar qué debemos entender a estos efectos por familia extensa. Como veremos, en algunos casos el legislador autonómico acoge un concepto amplio de familia extensa y comprende dentro de la misma a las personas que tienen una especial relación o vinculación con el menor. En cambio, en otros casos se acoge un concepto estricto que abarcaría simplemente a los parientes del menor.

En el Ordenamiento catalán se ha acogido un concepto amplio de familia extensa. Se considera como familia extensa aquella con la que el menor tiene una relación de consanguinidad o cuando existe una afinidad entre el menor y la persona acogedora o los miembros de la familia acogedora. Para la elección de los familiares, la Administración de la Generalitat deberá tener en cuenta los siguientes aspectos: que los familiares dispuestos a acoger al menor hayan mostrado interés en su bienestar, que exista un vínculo afectivo, que tengan capacidad para preservarlo de las condiciones que genera-

[886] En este sentido se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 24 de septiembre de 2002 (JUR 2003\8154); Auto Audiencia Provincial de Valencia de 2 julio 1998 (AC 1998\6721).

[887] Así lo disponen, entre otras normas, el Decreto catalán 127/1997, de 27 de mayo (art. 56); la Ley de la rioja 4/1998, de 18 de marzo, del menor (art. 61 c); el Decreto andaluz 282/2002, de 12 de noviembre, de acogimiento familiar y adopción (arts. 31 y 33); la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (art. 91 d); el Decreto canario 54/1998, de 17 de abril, por el que se regulan las actuaciones de amparo de los menores (art. 12.2 a); el Decreto gallego 42/2000, de 7 de enero, en materia de familia, infancia y adolescencia (art. 50.2 c). En relación a la reclamación de que el acogimiento se constituya a favor de la familia extensa, Auto Audiencia Provincial de Valladolid de 12 junio 2003 (JUR 2003\190254) o Auto Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 3 junio 1999 (AC 1999\1057).

[888] Ver la Sentencia Audiencia Provincial de Valencia de 16 de abril 2003 (JUR 2003\171254).

ron la situación de desamparo y que tengan una aptitud educadora adecuada. Por otra parte, también será necesario que no exista oposición al acogimiento por parte de las personas que convivan en el domicilio de los acogedores[889].

En la Comunidad valenciana se considera familia extensa a las personas que tienen una relación de parentesco con el menor. Sin embargo, se asimila a esta a las personas vinculadas con el menor o con su familia por una especial y cualificada relación[890].

En cambio, el legislador balear ha optado por un concepto restrictivo. Así, la familia extensa se limita a las personas que tienen una relación de parentesco con el menor hasta el cuarto grado[891].

D) *El acogimiento familiar profesionalizado. El acogimiento en hogar funcional*

En los últimos tiempos se abre paso en nuestro Ordenamiento la medida de acogimiento familiar profesionalizado[892]. Esta figura ya tiene cierta tradición en otros sistemas jurídicos, en especial los anglosajones. Esta clase de acogimiento se caracteriza porque las personas o familias acogedoras serían colaboradores de la Administración en la aplicación del plan de mejora previsto para el menor; vendrían a ser un miembro más del equipo técnico responsable del caso. Por ello, se les podrán encomendar tareas que requieren cierta especialización, colaboraran con la Administración en el seguimiento del menor y en la toma de decisiones asumiendo la responsabilidad de alcanzar los objetivos propuestos en el plan de actuación.

Este tipo de acogimiento es una vía para facilitar la integración familiar de ciertos menores que, de otro modo, muy probablemente tendrían que ser

[889] Arts. 54.2, 56, 57 y 64 del Decreto 127/1997, de 27 de mayo. En relación a las condiciones requeridas ver Auto Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de febrero 1999 (AC 1999\4049).

[890] Decreto del Gobierno valenciano 93/2001, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección jurídica del menor (art. 46.2 a).

[891] Decreto 45/2003, regulador de los acogimientos familiares y la adopción (art. 7.1).

[892] El propio Código Civil contempla esta clase de acogimiento, al regular los extremos a los que debe hacer referencia el documento de formalización del acogimiento familiar (art. 173.2 6º). Además, este tipo de acogimiento ha sido previsto expresamente por la legislación de Canarias y Castilla-La Mancha y la Rioja. En Canarias la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (art. 66) y el Decreto 54/1998, de 17 de abril, por el que se regulan las actuaciones de amparo de los menores (art. 25). En Castilla- La Mancha, la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del menor (art. 48) y la Orden de 21 de diciembre de 2000, reguladora del programa de acogimiento familiar en Castilla-La Mancha (art. 4). En la Rioja, la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 82). En Aragón, aunque la norma no se refiere expresamente al acogimiento profesional, el Decreto 79/1995, de 18 de abril, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula la declaración de desamparo y los instrumentos de protección, prevé en su art. 42 el acogimiento no preadoptivo de menores con características especiales.

derivados hacía un acogimiento residencial. Como sería el caso de menores que padecen alguna enfermedad o deficiencia psíquica, adolescentes conflictivos, grupos de dos o más hermanos o, simplemente, menores próximos a la mayoría de edad.

> El Decreto 79/1995, de 18 de abril, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula la declaración de desamparo y los instrumentos de protección, contempla en su art. 42 los denominados *acogimientos no preadoptivos de menores con características especiales* y les dota de un carácter profesionalizado. Este tipo de acogimiento esta previsto para "menores con graves problemas de conducta, con alteraciones o minusvalías físicas o psíquicas o que estén afectados de graves problemas de salud, necesitados de un tipo de intervención o experiencia de carácter especializado".

En nuestro Ordenamiento, el acogimiento profesional ha sido definido como aquel encomendado a una persona o familia, especialmente cualificada, que acoge en su núcleo familiar a uno o varios menores y recibe una retribución por su labor y por los gastos de alimentación y educación del menor o menores acogidos[893].

En el acogimiento familiar profesionalizado, la persona acogedora o uno de los miembros de la familia debe asumir el compromiso de dedicarse de forma plena —profesional— a la atención del menor o menores acogidos. Aunque alguna norma simplemente prevé "la dedicación habitual"[894]. La Administración podría atribuirles el acogimiento de más de un menor. Además, deberán acreditar que tienen la debida preparación para desarrollar de forma eficaz la responsabilidad que asumen y disponen de los medios necesarios para garantizar una adecuada asistencia y atención de los menores. En cualquier caso, la Administración deberá prestar orientación y apoyo técnico a los acogedores[895]

> En la Comunidad de Castilla-La Mancha, la Orden de 21 de diciembre de 2000, reguladora del programa de acogimiento familiar, en su art. 4 califica como "familia acogedora profesionalizada" aquellas que cumplan los siguientes requisitos: 1) al menos uno de los miembros de la pareja acogedora o el propio acogedor, si se trata de una sola persona, se encontrará a plena dedicación para ese acogimiento y con disponibilidad permanente; 2) el número máximo de niños a acoger de forma simultánea será de dos por cada miembro a plena dedicación, tres si se trata de parejas de solo un miembro a plena dedicación; 3) Deberá disponer de espacio sufi-

[893] Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (art. 66); Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (art. 48); Decreto de Aragón 79/1995, de 18 de abril (art. 42.4); Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 82).

[894] Este es el caso del Decreto 54/1998, de 17 de abril, por el que se regulan las actuaciones de amparo de los menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias (art. 25 b).

[895] Así lo dispone expresamente el art. 42.3 del Decreto de Aragón 79/1995, de 18 de abril. El propio precepto establece en el apartado 2 que este tipo de acogimiento "requerirá formación obligatoria de las familias que reciban al menor, con el fin de alcanzar un grado de profesionalidad que redunde en beneficio del mismo".

> ciente preparado para el acogimiento, para la incorporación inmediata de al menos dos menores; 4) Al menos la persona a plena dedicación deberá acreditar una formación adecuada para asumir el acogimiento, mediante las entrevistas que se acuerde con la Delegación Provincial de Bienestar social correspondiente. Sus capacidades y aptitudes personales para el mismo serán igualmente valoradas por esa Delegación; 5) Esas familias o personas podrán asumir acogimientos de niños con características especiales entendiendo por tal su edad, la existencia de trastorno o discapacidad física o psíquica y número de hermanos mayor de dos. Los acogimientos que asuman podrán ser de carácter simple o permanente".

La condición profesional de esta clase de acogimiento familiar derivada de su carácter remunerado. La remuneración tiene como finalidad principal garantizar que el menor o menores acogidos tengan garantizada todas sus necesidades materiales. Por otra parte, permite a ciertas familias con pocos medios acceder al acogimiento. Debe tenerse en cuenta que para los menores puede ser conveniente que no existan grandes diferencias socio-culturales entre la familia biológica y la familia acogedora; en especial, teniendo en cuenta que la finalidad será la reintegración del menor con su familia. Por otra parte, esta clase de acogimiento permite contar con personas cualificadas que, en contacto directo y permanente con el menor, desarrollan el plan de mejora en colaboración con la Administración. Además, el carácter profesional del acogimiento y la formación del acogedor es una garantía de que la familia "no se apropiará del menor". Es más, uno de las funciones del acogedor será preparar al menor para el retorno con su familia biológica y estimular y facilitar las relaciones familiares. Así, en muchos casos será posible la presencia del acogedor o acogedores en las visitas. En general, los padres, tutores o familiares no tendrán respecto a estas personas el recelo que habitualmente sienten frente a una familia acogedora tradicional[896].

Ahora bien, este tipo de acogimiento también ha sido objeto de críticas. Por un lado, se dice que cuando los menores conocen que los acogedores reciben una remuneración por su atención pueden sentir que aquellas personas no tienen un verdadero interés por ellos y esta situación podría afectar negativamente el vínculo afectivo. Sin embargo, precisamente la formación requerida a las personas acogedoras permitirá evitar esta situación. Deberá explicarse al menor que precisamente esta remuneración permite que aquella persona pueda dedicarse de forma permanente a su atención y hacer frente a todos sus gastos.

En cualquier caso, de nuevo se ha de insistir en que la Administración sólo aplicará una medida de protección que implique la separación del menor de su familia cuando sea estrictamente necesario. Por ello es tan importante dis-

[896] Acerca de las ventajas e inconvenientes de la remuneración a las familias acogedoras, LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente... cit*, págs. 154-155.

tinguir las situaciones de riesgo y desamparo. El menor no deberá ser separado de su familia cuando sea posible neutralizar o minimizar los factores de riesgo en el propio entorno socio-familiar. Destinar recursos a una acogida familiar profesionalizada, cuando con esos mismos o similares recursos la situación del menor podría ser la misma en su propia familia, no sólo resultaría contraria a los principios del interés del menor e integración familiar, sino también a los principios de eficacia y eficiencia que rigen la actuación de las Administraciones públicas.

Por otra parte, a medio camino entre el acogimiento familiar y el acogimiento residencial se encuentra la medida de acogimiento en hogar funcional. En nuestro Ordenamiento, el acogimiento en hogar funcional se ha contemplado en algunos casos como un tipo de acogimiento familiar[897] y, en otros, ha sido concebido como una forma de acogimiento residencial[898].

El hogar funcional sería una entidad o núcleo de convivencia similar al familiar, formado por uno o más adultos responsables con la debida formación a quienes la Administración encomienda la guarda del menor.

Así, en la Rioja o Canarias, se considera hogar funcional el núcleo de convivencia permanente similar al familiar, en el que su responsable o responsables residen habitualmente[899]. Las personas responsables del hogar funcional deben ser declaradas previamente idóneas por la Administración tras acreditar, entre otros extremos, que tienen la debida preparación para desarrollar adecuadamente las funciones encomendadas. Este tipo de acogimien-

[897] El art. 173.2 6º del Código Civil contempla el acogimiento familiar en hogar funcional al regular el contenido del documento de formalización del acogimiento. Ver, asimismo, el art. 83 de la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores.

[898] Este es el caso, entre otros, de Cataluña, Castilla- León, Valencia o Aragón. El Decreto catalán 2/1997, de 7 de enero, en su art. 43 contempla los hogares funcionales como una clase de centro residencial de acción educativa. En el art. 48 se califican los hogares funciones como servicios de acogida para un máximo de ocho menores, número que podrá ser superado en el caso de grupos de hermanos. Los hogares funcionales son regidos por una persona o familia acogedora debidamente acreditada y cuentan con el soporte de un educador social (art. 49). Asimismo, en Castilla-León, el Decreto 37/2004, de 1 de abril, por el que se regulan los requisitos mínimos de autorización para la apertura y funcionamiento de los centros de atención de menores, prevé los hogares tutelado como un tipo de centro (art. 5); estos hogares son definidos como centros ubicados en viviendas normalizadas no diferenciables de las de su entorno, con régimen de autogestión supervisada y capacidad no superior a ocho plazas (art. 6). En Valencia, la Orden de 19 de junio de 2003 en la que se regula la tipología y condiciones materiales y de funcionamiento de los centros de protección de menores, contempla estos hogares como una clase de centro de protección y los define como núcleos de convivencia para menores de carácter similar al familiar "en cuanto requiere la presencia de un responsable que resida de forma permanente en el hogar, asistido por el personal educativo adecuado; el número de plazas será un mínimo de 3 y un máximo de 5 (arts. 23 a 27). En Aragón, el Decreto 238/1994, de 28 de diciembre, también prevé como una clase de centro de protección los hogares, serían pisos de un máximo de 8 menores con una organización flexible próxima a la familiar y con personal adecuado a sus necesidades (art. 9.3).

[899] Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (art. 67); Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero (arts. 83.1 y 84.3).

to tiene también carácter remunerado. Los responsables del hogar funcional actúan en estrecha colaboración con la Administración y tienen encomendadas funciones que requieren cierta especialización. En Canarias, la Ley les impone la obligación de informar periódicamente sobre la situación personal de los menores acogidos y, cuando fuera necesario, realizar propuestas razonadas sobre las medidas de amparo que resulte conveniente aplicar (art. 67.2).

En cada hogar funcional o familiar podrá acogerse un número máximo de menores. En el caso de las Islas Baleares, la norma ha previsto que los responsables del hogar funcional podrán hacerse cargo de la guarda de un número máximo de seis menores[900].

2. La constitución y cese del acogimiento familiar

A) *La constitución y cese del acogimiento familiar simple y permanente en el Ordenamiento estatal. El acogimiento familiar administrativo y el acogimiento judicial*

El acogimiento familiar, según establece el art. 173.2 del Código Civil, debe formalizarse por escrito. La forma escrita constituye un requisito *ad solemnitaten*. Por tanto, el acogimiento sólo será válido si se ha realizado por escrito. Además, el referido precepto exige el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o guarda del menor, de las personas que reciban al menor y de éste si tuviera doce años cumplidos y, a diferencia de lo que sucede en el Ordenamiento catalán, también se requiere el consentimiento de los padres que no hubieran sido privados de la patria potestad. En el caso de que el menor no hubiera cumplido doce años no sería necesario recabar su consentimiento pero, en cualquier caso, ha de garantizarse su derecho a ser escuchado (art. 9 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor).

El acogimiento familiar tendrá carácter administrativo en la medida que los padres o tutores presten su consentimiento y, por tanto, pueda ser constituido por la Administración. En cambio, el acogimiento familiar será judicial cuando falte este consentimiento o los padres o tutores se opongan a la medida[901].

---

[900] Art. 9 del Decreto 45/2003, de 2 de mayo, regulador de los acogimientos familiares y la adopción en las Islas Baleares. Ver, asimismo, el art. 67.2 de la Ley canaria y el art. 83.2 de la Ley de la Rioja, citadas en la nota anterior.

[901] Así, lo afirma expresamente, la Audiencia Provincial de Madrid en la Sentencia de 21 de enero de 1992 (AC 1992\178). Ver también el Auto Audiencia Provincial de Madrid de 20 febrero 2003 (JUR 2003\186797). La distinción entre acogimiento familiar administrativo y judicial ha sido expresamente prevista en la Ley Foral de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (art. 71).

Así, el consentimiento de los padres o tutores al acogimiento familiar es un requisito imprescindible para que pueda ser formalizado por la Administración. En caso de faltar este consentimiento, el acogimiento familiar debe ser constituido por la autoridad judicial. Por tanto, el Ordenamiento estatal no atribuye a la Administración que tiene encomendada la tutela de un menor desamparado la denominada tradicionalmente autotela, al efecto de que adopte esta medida de protección[902].

En el supuesto de que los padres del menor se opusieran, no hubieran podido ser localizados o no comparecieran para prestar su consentimiento a la formalización del acogimiento por la Administración, deberá ser acordado por el Juez[903]. En este caso, la Administración tramitará el expediente para el acogimiento y elevará a la autoridad judicial una propuesta en la que fijará los términos del mismo. Sin embargo, corresponde a la autoridad judicial su constitución. Por otra parte, cuando el acogimiento familiar es aprobado por el Juez corresponderá a éste establecer el régimen de comunicación o visitas del menor con su familia natural; no obstante, la propuesta que la Administración debe elevar a la autoridad judicial también debe prever la periodicidad de la visitas de la familia del menor acogido (art. 172.3 del Cc en relación con el apartado 2 a).

Por tanto, en aplicación de la legislación estatal, la Administración que tiene atribuida la tutela de un menor en situación de desamparo sólo podrá establecer la medida de acogimiento familiar cuando cuente con el consentimiento de los padres. En caso contrario deberá instarse la constitución del acogimiento por la autoridad judicial.

El documento de formalización del acogimiento ante la Administración y, en su caso, la propuesta que la Administración deberá elevar al Juez cuando falte el consentimiento de padres o tutores, deberá incluir los siguientes extremos:

1º. Los consentimientos necesarios;

2º. La modalidad del acogimiento y la duración prevista del mismo;

3º. Los derechos y deberes de cada una de las partes y, en particular:

a) La periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido:

---

[902] Esto es, el privilegio de dictar un acto administrativo que tiene presunción de validez y eficacia inmediata y, al ser ejecutivo, puede imponerse de forma forzosa.

[903] Ver, a este respecto, entre otros, Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 25 de abril de 1997 (AC 1997\903); Auto de la Audiencia Provincial de Jaén de 18 de marco de 1997 (AC 1997\472); Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de enero de 1997 (AC 1997\216); Auto de la Audiencia Provincial de Ávila de 29 de junio de 1996 (AC 1996\1470).

El documento de formalización debe contemplar expresamente este extremo cuando se trate de un acogimiento ante la Administración. No es posible diferir la fijación del régimen de visitas para acuerdos posteriores. Cuando el Ministerio Fiscal recibe el documento de formalización deberá comprobar que se ha establecido un régimen de visitas ya que, de no hacerse así, habrá de exigir a la Administración la subsanación del defecto.

La Administración, en primer término, deberá establecer el régimen de visitas de común acuerdo con los interesados. Sin embargo, en caso de que fuera imposible celebrar un acuerdo, la Administración organizará las mismas de la forma más conveniente para el interés del menor. Los padres u otros familiares podrán oponerse a la decisión de la Administración y en este caso corresponderá a la autoridad judicial disponer el régimen de visitas.

En algunos supuestos, la Administración, considerando la hipótesis de que los padres o tutores del menor acepten el acogimiento pero no el régimen de visitas, junto con la hipótesis de modificaciones posteriores, ha establecido el régimen de visitas en un documento anexo con el fin de hacer posible su modificación posterior sin alterar todo el documento de formalización del acogimiento[904].

b) El sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a tercero:

Este requisito no significa que exista una obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil para cubrir los eventuales daños. El documento de formalización podría simplemente remitir a lo que resulte de aplicar las normas que regulan el régimen de responsabilidad. Ahora bien, en aquellos casos que la Administración pública competente tuviera suscrita una póliza de seguros para cubrir estas responsabilidades, deberá hacerse constar en el documento de formalización del acogimiento. Asimismo, deberá dejarse constancia de los posibles acuerdos que sobre esta materia hubieran celebrado las partes. Pactos que las partes pueden concertar pero que no es necesario que celebren. En efecto, una de las partes podría comprometerse mediante acuerdo a asumir el pago de las posibles responsabilidades que se contraigan como consecuencia de actuaciones del menor; sin embargo, este pacto sólo tendría eficacia entre las partes y no frente a terceros[905].

[904] En el caso de que la falta de consentimiento de los padres o tutores hiciera necesario la constitución del acogimiento por la autoridad judicial, la propuesta de la Administración pública también podrá contemplar el régimen de visitas y prever su posible modificación posterior por acuerdo con los padres. Ver a este respecto la Consulta 8/1997, de 8 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre algunas cuestiones en relación con la formalización del acogimiento familiar (http://www.fiscalia.org/circulares/cons8-97.htm)

[905] Así resulta de la Consulta 8/1997, de 8 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre algunas cuestiones en relación con la formalización del acogimiento familiar (http://www.fiscalia.org/circulares/cons8-97.htm). En la referida consulta se afirma que cuando se

c) La asunción de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria;

4º. El contenido del seguimiento que vaya a realizar la entidad pública y el compromiso de colaboración de la familia cogedora al mismo;

5º. La compensación económica que, en su caso, vayan a recibir los acogedores[906];

6º. El informe de los servicios de atención a menores

7º. Además, se señalará expresamente si los acogedores actúan con carácter profesionalizado o si el acogimiento se realiza en un hogar funcional.

El documento de formalización con el contenido expresado, deberá remitirse al Ministerio Fiscal, según dispone el art. 173.2 *in fine* en relación con lo establecido en el art. 174 del Código Civil. Por otra parte, en el caso de que hubiera de procederse a la constitución del acogimiento por la autoridad judicial, no es necesario, aunque sí conveniente, que la Administración remita la propuesta al Ministerio Fiscal, con el fin de colaborar con esta institución en su función de vigilancia de la tutela[907].

En aquellos casos en que los padres no consienten o se oponen a la medida de acogimiento familiar y, por tanto, es necesaria la intervención de la autoridad judicial para su constitución, la Administración puede acordar el acogimiento familiar provisional. La Administración tramitará al expediente y, de forma inmediata y, en todo caso, en el plazo máximo de quince días, presentará al Juez la propuesta de acogimiento. La propuesta deberá contener los mismos extremos requeridos para su formalización. En el momento de presentar la propuesta, la Administración podrá acordar, si así lo requiere el interés del menor, la constitución de un acogimiento familiar provisional por las personas seleccionadas. El acogimiento provisional se formalizará en un documento en el que se expresarán los mismos extremos a que hace referencia el art. 173.2 del Código civil[908]. El acogimiento provisional acordado

---

trata de daños causados por el menor podrán responder la familia acogedora o la Administración o ambas solidariamente; el desempeño de la guarda con las obligaciones que lleva consigo (art. 173.1) respecto de los acogedores y el deber de vigilancia que corresponde a la Administración pública fundamenta esa posible doble responsabilidad.

[906] Asimismo, podrán señalarse, en su caso, las contribuciones que deban realizar los padres o tutores del menor. En este sentido, el Decreto 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores y a la adopción de Cantabria (art. 54 e).

[907] Consulta 8/1997, de 8 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre algunas cuestiones en relación con la formalización del acogimiento familiar (http://www.fiscalia.org/circulares/cons8-97.htm).

[908] Las previsiones del art. 173.2 del Código Civil han sido concretadas por los diversos legisladores autonómicos. Así, entre otras, el Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de acogimiento familiar y adopción en Andalucía; Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la in-

por la Administración se prolongará hasta el momento en que este sea constituido mediante resolución judicial.

El acogimiento del menor cesará: 1) por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública; 2) por decisión de la entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor, cuando lo considere necesario para salvaguardar el interés de éste, oídos los acogedores; 3) el acogimiento también puede cesar por decisión judicial; cuando el acogimiento, debido a la falta de consentimiento de los padres hubiera sido acordado por la autoridad judicial deberá cesar, asimismo, mediante una resolución judicial (art. 173 del Código Civil). 4) El acogimiento también podría cesar a instancia del propio menor, en el caso que se hubieran producido graves problemas de convivencia[909].

En el supuesto de que el acogimiento familiar hubiera sido constituido por la autoridad judicial, ya sea el acogimiento simple o el permanente, su modificación o cese también correspondería a la autoridad judicial. Sin embargo, la modificación del acogimiento deberá ser solicitada previamente a la Administración ya que corresponde a ésta formular a la autoridad judicial la propuesta de modificación tras tramitar el oportuno procedimiento[910].

B) *La constitución y cese del acogimiento familiar simple en el Ordenamiento catalán*

En Cataluña, la medida de acogida familiar se encuentra regulada en los arts. 10 y 11 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados. La actual legislación catalana sólo prevé el acogimiento familiar simple y el preadoptivo, no ha sido regulado el acogimiento familiar permanente. Sin embargo, en el Anteproyecto de Ley (abril 2006) por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, también se prevé el acogimiento permanente (art. 226-10).

El procedimiento para la constitución del acogimiento familiar simple ha sido regulado por el Decreto 127/1997, de 27 de mayo (arts. 51 a 65). Ahora bien, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, en su art. 11.2 dispone a este respecto que, cuando la Administración tiene encomendada la tutela del menor

fancia (art.73); el Decreto de Cantabria 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los procedimientos relativos a la protección de menores y a la adopción (art. 47); la ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero (art. 86).

[909] Vid. HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, *El acogimiento convencional... cit.*, pág. 63.

[910] Así se afirma en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de junio 2001 (AC 2001\1506). Ver, asimismo, el art. 72 de la Ley Foral de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre.

desamparado, la Administración adoptará la medida de acogimiento familiar simple sin necesidad de recabar el consentimiento de padres o tutores. Sin embargo, los padres o tutores deberán prestar su consentimiento cuando la Administración acuerde esta medida en ejercicio de la guarda administrativa.

La Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia del Departamento de Bienestar y Familia de la Administración de la Generalitat es el órgano administrativo competente para acordar la aplicación de esta medida. Sin embargo, corresponde a los equipos técnicos de la referida Dirección General elaborar la propuesta de resolución. Pues bien, a la hora de proponer la aplicación de esta medida, los equipos técnicos deberán tener en cuenta los siguientes aspectos: a) las necesidades y circunstancias del menor y un proyecto de acción educativa especifico para el mismo; b) la posibilidad de que el menor retorne con su familia biológica y, si cabe, una previsión de temporalidad; c) el plan de mejora que será necesario seguir para favorecer el retorno del menor a su familia biológica siempre que ello sea posible; el plan deberá incluir el régimen de visitas aconsejable[911]. Ahora bien, cuando el acogimiento se realiza en familia ajena, corresponde al Instituto Catalán de Acogimiento y Adopción supervisar los procesos de estudio y evaluación de las familias, gestionar y tramitar la medida y realizar su seguimiento[912].

En el caso de acogimiento en familia ajena, las personas interesadas en realizar el acogimiento deberán presentar la solicitud a la Administración de la Generalitat, que tramitará el oportuno procedimiento para valorar la idoneidad de la familia o persona que se ha ofrecido[913]. En esta tarea la norma atribuye a la Administración una gran discrecionalidad, por ello desempeñan un papel fundamental los equipos técnicos[914]. El procedimiento deberá finalizar con una resolución administrativa debidamente motivada que podrá ser recurrida por los interesados, ya sean los padres o la persona o familia solicitante, ante el orden jurisdiccional civil[915]. La duración del procedimiento no

[911] Arts. 51 y 52 del Decreto 127/1997, de 27 de mayo.

[912] Arts. 20, 22 y 23 del Decreto 77/1998, de 17 de marzo, por el que se establece la estructura orgánica del organismo autónomo Instituto Catalán del Acogimiento y la Adopción (ICAA).

[913] El solicitante del acogimiento deberá acompañar a la solicitud la siguiente documentación: a) certificado de antecedentes penales; b) informe médico de salud física y psíquica relacionado con la posibilidad de prestar una atención adecuada al menor; c) certificado de empadronamiento en el que consten todas las personas que viven en el domicilio (art. 58.2 del Decreto 127/1997, de 27 de mayo). El Instituto Catalán del Acogimiento y la Adopción, a través de la Unidad de Atención a las Familias, tiene la función de estudiar y valorar las familias para el acogimiento en familia extensa (art. 23 del Decreto 77/1998, de 17 de marzo).

[914] Ver los arts. 58 a 65 del Decreto 127/1997, de 27 de mayo.

[915] En aplicación de lo dispuesto en el art. 780 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, la competencia para conocer de los recursos frente a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores corresponde a los Tribunales Civiles. Sin embargo, en el supuesto de que el recurso tuviera por objeto la existencia de vicios formales (incompetencia del órgano, vicios del procedimiento, falta de motivación, notificación defectuosa) cabría la posibilidad de plantear recurso ante los Tribunales del orden contencioso administrativo. En

podrá durar más de seis meses. En el caso de que una vez transcurrido este plazo la Administración no hubiera dictado la resolución final, se entenderá desestimada la solicitud[916].

> El Decreto 127/1997, establece las circunstancias que se tendrán en cuenta para valorar las personas o familias a favor de las cuales se constituirá el acogimiento simple: a) *características personales*: no padecer ninguna enfermedad física o psíquica que imposibilite la atención del menor; tener capacidad y adaptación personal ante las nuevas situaciones; estabilidad emocional; posibilidad de dedicación; b) *circunstancias socioeconómicas*: medios de vida suficientes; vivienda en condiciones adecuadas; c) capacidad educativa y entorno familiar directo que pueda dar soporte a la tarea educativa; d) *otras circunstancias:* motivación adecuada a la finalidad del acogimiento simple; voluntad de acoger compartida por todo el núcleo familiar que convive; aceptación, si cabe, de la relación del menor con su familiar biológica y de facilitar el retorno, y aceptación de la historia, identidad y cultura propia del menor" (art. 61).
>
> Asimismo, el referido Decreto dispone que el proceso de estudio y valoración de la persona y familia que se ofrece para acoger incluye un mínimo de dos entrevistas, de las cuales al menos una será efectuada por un diplomado en trabajo social y otra por un psicólogo del equipo técnico competente. Habrá una visita domiciliaria y también se podrán incluir cuestionarios y pruebas psicométricas. Asimismo, dentro del proceso de selección, habrá sesiones informativas de tipo teórico sobre las características del acogimiento simple en familia, con participación de profesionales relacionados con la infancia y la educación, y sesiones prácticas que incluirán la participación de personas o familias que ya han pasado por esta experiencia. Deberá quedar constancia de las entrevistas y de la asistencia de los solicitantes a estas sesiones (art. 62)[917]. Además, una vez seleccionada la persona o familia acogedora, antes de constituirse el acogimiento, deberá asistir a las sesiones de formación que se establezcan (art. 63)[918].

En el curso procedimiento para acordar la medida de acogimiento familiar simple, la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia deberá dar audiencia al propio menor, a los padres, tutor o guardador u otros

---

este último sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 7 de mayo de 2001 (JUR 2001\224366) o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 30 de junio de 1999 (RJCA 1999\3296).

[916] Art. 60 del Decreto 127/1997, de 27 de mayo.

[917] A la vista de todo ello, cada miembro del equipo técnico elaborará un informe de cada fase del proceso y un informe final respecto de las circunstancias que concurren en la persona o familia solicitante. El informe favorable del equipo técnico deberá incluir una valoración sobre las características del menor susceptible de ser acogido por cada persona o familia.

[918] La asignación de un menor en acogimiento a una persona o familia determinada se realizará siempre en interés del menor y a partir de sus necesidades y con valoración conjunta de los siguientes criterios: a) la proximidad de los lugares de residencia de los núcleos familiares al efecto de facilitar la vinculación del menor con su familia biológica, cuando haya previsión de retorno; b) los núcleos familiares con hijos respecto de los que no los tienen; c) la menor edad del menor acogido respecto de los hijos propios de la persona o familia acogedora; d) la disponibilidad para aceptar grupos de hermanos; e) las parejas matrimoniales y parejas de hombre y mujer unidos de forma estable, respecto de las personas individuales. En el supuesto de una valoración igual, se respetará el orden cronológico de la solicitud (art. 64 del Decreto 127/1997, de 27 de mayo).

familiares que hayan convivido con el menor y estén identificados y localizables. Es más, según han puesto de relieve los Tribunales, la falta de audiencia a los padres o tutores del menor comportaría la nulidad de la resolución por infracción de las normas de procedimiento y, en consecuencia, la necesidad de retrotraer las actuaciones al efecto de practicar el referido trámite[919].

Sin embargo, el Decreto 127/1997, de 27 de mayo, mediante el que se regula el procedimiento para constituir el acogimiento familiar no ha previsto expresamente la necesidad de escuchar al menor[920]. No obstante, en este punto debe estarse a lo dispuesto en el art. 5.4 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, que dispone que "en la adopción de cualquier medida debe ser oído el menor de más de doce años, y el de menos de doce si tiene suficiente conocimiento y es posible"[921]. Por tanto, de uno u otro modo, la Administración deberá tener en cuenta en todo caso la opinión del menor.

> En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 15 de octubre 2001 (AC 2001\2216), el Tribunal afirma que es necesario "indagar cuál es el deseo o voluntad real del menor", pues si el criterio del menor coincide con la decisión que se adopte se facilita "en notable grado su adaptación y buena evolución futura".

La Administración acordará constituir la acogida familiar simple, ya sea en familia extensa o en familia ajena, mediante una resolución administrativa debidamente motivada. Además, deberá constar por escrito la aceptación del acogimiento por parte de la persona o familia acogedora[922]. La resolución administrativa mediante la que se acuerda constituir la acogida familiar simple deberá ser motivada, ha de especificar la forma en que deberá ejercerse la acogida y, además, deberá hacer constar el tiempo de duración de la misma, que no podrá ser superior a un año, salvo que la medida sea prorrogada previa comunicación al Ministerio Fiscal. Asimismo, la Administración deberá comunicar al Ministerio Fiscal la constitución del acogimiento siempre que esta medida comporte la separación del menor de su familia[923].

---

[919] Así se pone expresamente de relieve en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 30 de junio de 1999 (RJCA 1999\3296), en la que el orden jurisdiccional contencioso administrativo conoce de un recurso interpuesto contra una resolución administrativa con fundamento en la falta de audiencia a los padres con relación a la declaración de idoneidad de los tíos para acoger a sus hijos.

[920] En cambió, en el ámbito estatal, el art. 173.2 requiere que el menor de más de 12 preste su consentimiento al acogimiento.

[921] Además, de nuevo debe invocarse el art. 9 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Norma de carácter orgánico que ni siquiera prevé el límite temporal de los 12 años. Cuando el menor no pueda ejercer este derecho por sí mismo, lo hará a través de sus representantes legales u otras personas que su profesión o relación de especial confianza con el menor puedan transmitir su opinión objetivamente.

[922] Art. 64.3 del Decreto 127/1997, de 27 de mayo.

[923] El Fiscal, a la vista de las actuaciones podrá, instar a la autoridad judicial la modificación o la suspensión de la medida adoptada (art. 6.1 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre). Ver, asimismo, el art. 174 del Código Civil.

En Cataluña, a diferencia de lo que sucede en el ámbito estatal[924], la constitución del acogimiento por persona o familia de menores tutelados por la Administración no requiere el consentimiento de los padres o tutores[925]. La Administración tiene atribuida la denominada autotutela administrativa. Por tanto, puede dictar una resolución ejecutiva y ejecutoria. La resolución administrativa será debidamente notificada a los padres, el tutor, el guardador o personas que últimamente hayan convivido con el menor, quienes podrán impugnarla ante el orden jurisdiccional civil, sin perjuicio de la eficacia inmediata de la misma[926].

La persona o familia acogedora queda obligada a velar por el menor, alimentarlo, tenerlo en su compañía, educarle y procurarle una formación integral. La Administración que tiene encomendada la tutela del menor y por tanto es titular de la guarda, queda obligada a colaborar con la familia acogedora y vigilar el modo en que ejerce las funciones encomendadas[927].

Así, en Cataluña, el Decreto 127/1997, de 27 de mayo, dispone en su art. 53.1 que "una vez constituido el acogimiento, su evolución será revisada por la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia, como mínimo cada seis meses, y se hará constar la valoración de la medida en informe escrito". Por otra parte, el apartado 3 del propio precepto establece que la referida Dirección General "directamente o a través de las entidades colaboradoras de integración familiar, dará asesoramiento y el soporte técnico necesario al menor y a la familia que lo acoge, para el buen desarrollo del acogimiento".

El acogimiento familiar simple podrá extinguirse por alguna de las siguientes razones: 1) cuando desaparezcan las circunstancias que dieron lugar a la tutela de la Administración y la constitución del acogimiento; 2) por el transcurso del tiempo previsto en la resolución administrativa para la aplicación de esta medida o, en su caso, del tiempo de prorroga que se hubiera establecido. 3) por la constitución del acogimiento preadoptivo, la adopción o la tutela ordinaria del menor; 4) por mayoría de edad o habilitación de edad; 5) a solicitud de la familia o persona acogedora; 6) a solicitud del menor mayor de 12 años; 6) por muerte o incapacidad de la persona acogedora; 7) en caso de que el informe administrativo de seguimiento del acogimiento fuera desfavorable[928].

---

[924] A tenor del art. 173.3 del Código Civil, cuando los padres no privados de la patria potestad no prestan su consentimiento, el acogimiento debe ser acordado por la autoridad judicial.

[925] Arts. 10 y 11 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

[926] Art. 7 y 8 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

[927] En este sentido, entre otras, Auto Audiencia Provincial de Palencia de 15 de octubre de 2001 (AC 2001\2216). Así se prevé en el Anteproyecto de Ley por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (art. 226-11.1).

[928] Art. 65 del Decreto de la Generalitat de Cataluña 127/1997, de 27 de mayo.

En la medida que en el Ordenamiento catalán no está prevista la constitución del acogimiento familiar simple mediante resolución judicial, como sucede en el ámbito estatal cuando los padres no prestan el consentimiento a la formalización del acogimiento, tampoco se contempla su cese mediante decisión judicial.

C) *La constitución del acogimiento preadoptivo en la legislación estatal*

El acogimiento preadoptivo, a tenor de lo dispuesto en el art. 173 bis del Código Civil, se formalizará por alguna de las dos vías siguientes:

1º. La Administración deberá realizar los siguientes trámites para formalizar el acogimiento preadoptivo:

En primer lugar, deberá constatar que el menor se encuentra en situación jurídica adecuada para su adopción[929]. No obstante, el Código Civil no contempla cuales son estas situaciones adecuadas para la adopción[930].

En segundo lugar, la Administración deberá seleccionar la familia acogedora tras comprobar que reúne los requisitos necesarios para adoptar. Una vez seleccionada la familia acogedora, ésta deberá prestar su consentimiento a la adopción del menor.

La Administración competente, una vez cumplimentados los referidos trámites, someterá la propuesta de adopción a informe de los servicios de atención al menor y, a continuación, elevará esta propuesta ante la autoridad judicial. Una vez elevada ante la autoridad judicial la propuesta de adopción, la Administración formalizará el acogimiento preadoptivo que se alargará hasta el momento de la adopción.

2º. El acogimiento preadoptivo también podrá formalizar cuando concurran las siguientes circunstancias:

La Administración, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción ante la autoridad judicial competente, podrá formalizar un acogimiento preadoptivo para facilitar la adaptación del menor con la familia por

[929] El Decreto 45/2003, de 2 de mayo, regulador de los acogimientos familiar y la adopción en las Islas Baleares, establece en su art. 23 que "para establecer que un menor es susceptible de integrarse en un acogimiento preadoptivo, en su expediente tiene que constar –mediante informes de los equipos técnicos y la documentación que lo fundamente- que el menor se encuentra en una situación jurídica para ser adoptado".

[930] El art. 175.2 del Código Civil prevé que sólo podrán ser adoptado los menores no emancipados. No obstante, se añade que será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiera existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiera cumplido los catorce años.

la que será adoptado. Este periodo de adaptación preadoptivo será lo más breve posible y, en cualquier caso, no podrá exceder de un año[931].

D) *La constitución y cese del acogimiento preadoptivo en el Ordenamiento catalán*

La vigente Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, prevé el acogimiento preadoptivo entre las medidas que puede disponer la Administración para brindar protección a los menores desamparados. Ahora bien, esta medida tiene la particularidad de ser un paso previo a la adopción. Por tanto, sólo deberá aplicarse cuando el retorno del menor con su familia no resulte posible o sea contrario al interés de aquel. Así, la Administración deberá determinar si el menor se encuentra en situación de ser adoptado. Para ello es esencial considerar las necesidades y circunstancias del menor y su entorno socio-familiar[932].

La citada ley contempla ciertos supuestos en los que procedería aplicar la medida de acogida preadoptiva porque el menor se encontraría en situación de ser adoptado: 1) cuando el menor ha sido objeto de malos tratos por parte de sus padres o tutores; 2) si los padres o tutores están sometidos a una causa de privación de la patria potestad o remoción de la tutela; 3) si no consta que persona tiene la patria potestad o la tutela; 4) si los padres o tutores están imposibilitados para ejercer su potestad o la tutela y se prevé que está situación puede tener carácter permanente; 5) si los padres o tutores lo solicitan a los organismos competentes y hacen abandono de los derechos y deberes inherentes a su condición; 6) cuando así lo determine la autoridad judicial (art. 13.1).

En todos los casos contemplados en el párrafo anterior, la Ley establece que la Administración suspenderá las visitas y relaciones con la familia biológica a fin de conseguir la mejor integración en la familia acogedora, si resultará conveniente para el interés del menor (art. 13.2).

La Administración deberá acordar la medida de acogida preadoptiva, como todas, teniendo en cuenta el interés del menor. Como no puede ser de otro modo, en el curso del procedimiento para establecer la medida deberá ser oído el menor en la forma adecuada a su edad (art. 5.1 de la Ley).

Por otra parte, la Administración deberá valorar los solicitantes de adopción. La persona o familia que desee adoptar un menor deberá dirigirse a la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia mediante una

[931] La Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores, dispone en su art. 75 que el período preadoptivo no podrá ser inferior a tres meses ni superior a un año.

[932] Art. 66 Decreto 127/1997, de 27 de mayo.

solicitud en la que deberán constar sus datos personales y su voluntad de adoptar[933]. Corresponde a la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia, a través de los equipos técnicos, valorar a los solicitantes y determinar la idoneidad de la persona o familia para garantizar que el menor disfrute de la estabilidad y los cuidados necesarios para su desarrollo integral[934]. En el proceso de estudio y valoración de la persona o familia que solicita la adopción, se les entrevistará al menos por un trabajador social y un psicólogo de los equipos técnicos.

La duración del procedimiento de idoneidad o valoración de la persona o familia no podrá exceder de ocho meses. La propia norma dispone que, una vez transcurrido este plazo, se entenderá desestimada la petición. Por tanto, se atribuye al silencio efectos negativos. A lo largo de este procedimiento los solicitantes pueden formular las alegaciones y aportar los documentos que estimen pertinentes. Los equipos técnicos, una vez finalizada la valoración, elaborarán una propuesta de resolución que remitirán, junto con todo el expediente, al Comité Técnico de Evaluación para que emita informe. La resolución que declare la valoración positiva será inscrita en el Registro de familias, con el fin de garantizar los principios de prioridad e igualdad. Por tanto, a través de este procedimiento, la Administración resuelve las personas a favor de los cuales podrá constituir la adopción y, en consecuencia, a favor de las que podrá establecer el acogimiento preadoptivo[935].

Los equipos técnicos son los que proponen la asignación de un menor a una determinada persona o familia. Está propuesta será notificada a la per-

[933] El art. 116 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, establece los requisitos que deben concurrir para poder adoptar: a) estar en pleno ejercicio de los derechos civiles; b) ser mayor de 25 y tener como mínimo 14 más que la persona adoptada". El art. 235-30 del Anteproyecto de Ley por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, pevé una nueva regulación.

[934] Arts. 68 a 76 del Decreto 127/1997, de 27 de mayo. Al efecto de valorar a los solicitantes el Decreto establece que deberán aportar la documentación siguiente: certificado de empadronamiento; documentos acreditativos de su situación económica; certificado de antecedentes penales; informe médico de saludo física y psíquica relacionado con la posibilidad de prestar una adecuada atención al menor (art. 69). Las circunstancias que tendrán en cuenta los equipos técnicos para valorar las personas que soliciten la adopción serán las siguientes: 1) en relación con las circunstancias personales: a) equilibrio personal adecuado; b) estabilidad en la relación de pareja; c) salud física y psíquica que permita la atención al menor; d) flexibilidad de actitudes y adaptabilidad a la nueva situación que plantea la adopción; e) motivación para ejercer funciones parentales que incluyan cubrir las necesidades y faltas de un menor susceptible de adopción; f) motivaciones para la adopción compartidas, en el caso de la pareja. 2) En relación con las circunstancias familiares y sociales: que el entorno relacional sea favorable y adecuado a la integración del menor adoptado. 3) En relación con las circunstancias familiares y sociales: a) situación económica que permita la atención al menor; b) viviendas en condiciones adecuadas. 4) En relación con la aptitud educadora: a) capacidad de atender las necesidades educativas o de desarrollo de un menor; b) que el entorno familiar pueda dar soporte en la tarea educativa. 5) En relación con el menor: a) no elegir sexo de manera excluyente; b) aceptación de la herencia biológica del menor y aceptación y respeto a la historia, identidad y cultura del menor; c) aceptar la relación del menor con su familia biológica, si cabe.

[935] Arts. 72, 74, 81 y disposición adicional 4ª, del Decreto 127/1997, de 27 de mayo.

sona o familia seleccionada que deberá aceptar por escrito ante la Administración el menor asignado[936]. Además, en el curso del procedimiento para formalizar el acogimiento preadoptivo, los equipos técnicos deberán dar audiencia al menor que tenga menos de 12 años, si tiene suficiente conocimiento y necesitarán el consentimiento del menor que tenga más de 12 años[937].

Asimismo, antes de redactar la propuesta de resolución, deberá ponerse en conocimiento de los padres o tutores que no hayan sido privados de la patria potestad o removidos de la tutela para que, en el plazo de 30 días, presten el asentimiento a la aplicación de esta medida[938]. En cambio, en el Anteproyecto de Ley (abril 2006) por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, se establece que el acogimiento preadoptivo se constituye por resolución del organismo competente "sin necesidad de asentimiento de los progenitores o del tutor" (art. 235-36.1)[939].

Por último, la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia acordará constituir el acogimiento preadoptivo mediante resolución administrativa motivada, en la que deberá hacerse constar el alcance y finalidad de la medida adoptada. Esta resolución deberá ser debidamente notificada a los padres, el tutor, el guardador o los familiares que últimamente hayan convivido con el menor. Estas personas podrán impugnar ante la autoridad judicial la resolución administrativa, sin perjuicio de los efectos inmediatos de la

[936] Art. 82 del Decreto 127/1997, de 27 de mayo, en relación con el art. 14 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre.

[937] Entre otras, Sentencia Audiencia Provincial de Girona de 12 de julio 2002, F.D. séptimo (AC 2002\1156)

[938] A este respecto, el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de julio de 1998 (AC 1998\6721) dispone que "el hecho de que el hijo se encuentre al pedirse la constitución de la adopción en situación de acogimiento preadoptivo ya aprobado no autoriza a considerar a los progenitores incursos en causa de privación de patria potestad ya que el acogimiento presupone que el menor se encuentra en desamparo, pero tal desamparo puede no ser culpable o revestir una culpabilidad menor no susceptible de encaje en el párrafo primero del art. 170 del Código Civil" (en el caso de Cataluña en el art. 136 del Código de Familia). En cambio, el Auto Audiencia Provincial de Tarragona de 19 de mayo 2000 (JUR 2000\267805) considera que los padres se hallan incursos en causa de privación de la patria potestad y, por tanto, no se requiere su asentimiento para la adopción (de donde resultaría que tampoco para el acogimiento preadoptivo) cuando concurra la causa de desamparo prevista en el art. 2.2 b) de la Ley catalana 37/1991 (incumplimiento de los deberes de protección). Además, la Sentencia Audiencia Provincial de Málaga de 20 de marzo 2003 (JUR 2003\142231), considera que la madre estaba incursa en causa de privación de la patria potestad por incumplir los deberes de guarda inherentes a la patria potestad lo que implicó la declaración de desamparo y asunción de la tutela por la Administración. En la Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza de 7 de julio 2003 (JUR 2003\195123), se establece que el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad puede comportar su privación siendo indiferente que se hay producido o no por propia voluntad o con algún grado de culpa. Ver, asimismo, Auto Audiencia Provincial de Valencia de 24 marzo 2003 (JUR 2003\142319).

[939] La supresión del requisito del asentimiento se dirige a facilitar e incrementar las adopciones nacionales. Antes de la reforma del Código Civil estatal del año 1987, el entonces art. 174 tampoco exigía el consentimiento de los padres al regular la adopción de los menores abandonados.

misma[940]. Además, teniendo en cuenta que la aplicación de esta medida comporta la separación de los menores de su familia, la Administración deberá dar comunicación al Ministerio Fiscal[941].

Ahora bien, en el supuesto de que los padres o tutores, que no estuvieran privados de la patria potestad o la tutela, manifestaran su desacuerdo o, habiendo sido debidamente citados, no comparecieran o no se hubiera podido conocer su paradero, la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia deberá solicitar al Juez que acuerde la medida de acogimiento. La Administración deberá remitir al Juez con la solicitud el expediente administrativo y los informes técnicos emitidos[942]. Por tanto, en este caso el acogimiento preadoptivo deberá ser constituido por la autoridad judicial.

> Así, tal como se afirma en el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 4 de marzo de 1997 (AC 1997\550), "el art. 14.1 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre mesures de protecció dels menor desemparats i de l'adopció, prevé dos supuestos distintos de acogimiento preadoptivo: (1) el que el organismo competente, con el consentimiento de los padres o tutores no privados de la patria potestad o removidos de la tutela, así como del menor que tenga más de doce años, y (2) el que únicamente está facultado para acordar el Juez, en interés del menor, en los supuestos en que sea desconocido el paradero de los padres o tutores, o citados no comparezcan en el término de treinta días, o bien se opongan a la medida en cuestión. En concordancia con la expresada regulación legal, el artículo 173.3 del Código Civil... establece que, si los padres o el tutor no consienten o se oponen al mismo, el acogimiento sólo podrá ser acordado por el Juez, en interés del menor, conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

En la actualidad, existe un debate abierto sobre la conveniencia de requerir el asentimiento de los padres o tutores para establecer la medida de acogida preadoptiva. La regulación actual plantea ciertos problemas, pues en muchos casos produce un grave retardo en la aplicación de esta medida con el consiguiente perjuicio para los menores. En ocasiones los padres no se oponen a la resolución de desamparo y a la tutela de la Administración; aceptan que la Administración asuma la atención de sus hijos y se desentienden material y afectivamente de ellos. Cuando así sucede se produce un abandono por parte de los padres o tutores, una dejación de sus deberes y una ruptura de los vínculos afectivos. Sin embargo, cuando la Administración, a la vista de las cir-

[940] Arts. 7 y 8 de la vigente Ley 37/1991, de 30 de diciembre. En el art. 235-36.3 y 4 del Anteproyecto de Ley por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, se establece que los progenitores que no hubieran sido privados legalmente de la potestad pueden oponerse judicialmente al acogimiento dentro del plazo de dos meses, a contar de la notificación de la resolución administrativa. La oposición judicial no suspende la ejecución de la medida.

[941] El Ministerio Fiscal, a la vista de las actuaciones, podrá instar a la autoridad judicial la modificación o la suspensión de la medida adoptada (art. 6 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados).

[942] Art. 14.1 y 2 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre. Ver, asimismo, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 12 de julio 2002 (AC 2002\1156).

cunstancias, decide aplicar la medida de acogimiento preadoptivo, los padres se oponen en un momento en que el interés del menor hace inviable o desaconsejable el retorno del menor con su familia biológica. En estos casos se hace necesaria la constitución judicial del acogimiento preadoptivo, al que los padres podrán también oponerse. Por ello, el Anteproyecto de Ley por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, expresamente prevé, en el art. 235-36.1, que no es necesario su asentimiento. De este modo se evita la necesidad de acudir a la constitución judicial.

Además, una vez formalizado el acogimiento preadoptivo, los padres o tutores también deben manifestar su asentimiento a la adopción (art. 122.1 b) del Código de Familia) y, en su caso, oponerse a la misma. Por tanto, en la medida que los padres o tutores deben manifestar su asentimiento a la adopción se plantea la conveniencia de omitir este trámite para la formalización del acogimiento preadoptivo, con el fin de agilizar la actuación administrativa protectora.

Así, el Anteproyecto de Ley por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, en el art. 235-42 prevé que deben prestar asentimiento a la adopción, si no están imposibilitados para hacerlo: los progenitores, "excepto que estuvieran privados legalmente de la potestad o estuvieran incursos en causa de privación de esta, o en el supuesto de que la persona menor haya estado en situación de acogimiento preadoptivo sin oposición, durante más de seis meses, o con oposición desestimada judicialmente".

Las personas que reciben un menor en acogida preadoptiva quedan obligadas a velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarle, educarle y procurarle una formación integral, bajo la supervisión de la Administración competente, que facilitará el asesoramiento necesario[943].

Por otra parte, de la actual regulación resulta que, una vez iniciado el acogimiento preadoptivo y emitido por los equipos técnicos de la Administración de la Generalitat un informe sobre la integración del menor en la familia preadoptiva, se formula la propuesta previa con la que se inicia el procedimiento judicial de adopción del menor[944].

La acogida preadoptiva cesa por: 1) la adopción del menor; 2) por la mayoría de edad del menor o la habilitación de edad; 3) por incapacidad o voluntad de la persona o familia acogedora, en este caso de procederá de manera inmediata a una nueva acogida; 4) a solicitud del menor, si tiene más de doce años, en este caso será necesario proceder a adoptar una nueva me-

[943] Art. 15 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre.

[944] Art. 120.1 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia en relación con el art. 76 del Decreto 127/1997, de 27 de mayo.

dida de protección; 5) por acuerdo del organismo competente cuando hayan desaparecido las circunstancias que dieron lugar al establecimiento de la medida; 6) por transcurso del tiempo previsto en la resolución de constitución y, en su caso, de prórroga; 7) mediante resolución judicial.

Por último, se ha de poner de relieve que la actual Ley establece que todas las personas que intervienen en la constitución de la acogida preadoptiva o en la adopción, estén o no al servicio de la Administración o de las entidades que colaboran con ésta, tiene la obligación de guardar secreto sobre la información relativa al expediente y, de modo especial, los datos de filiación de los acogidos, con el fin de evitar que la familia de origen conozca a la preadoptiva o la adoptiva[945].

VI. EL ACOGIMIENTO INSTITUCIONAL O RESIDENCIAL. CLASES DE CENTROS DE PROTECCIÓN

1. La medida de acogida institucional o residencial

Entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en materia de protección de menores se recoge el principio de integración familiar[946]. En nuestro sistema jurídico, la familia se configura como el ámbito más idóneo para la adecuación formación y desarrollo del menor. Por ello, los diversos legisladores autonómicos han previsto, de forma general, la aplicación preferente de la medida de acogimiento familiar respecto del acogimiento residencial. Por otra parte, la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, establece expresamente que cuando las Administraciones públicas acuerden la medida de acogida residencial procurarán que el menor permanezca internado el menos tiempo posible, salvo que convenga al interés del menor (art. 21.1). La propia Ley expresa las razones de esta directriz: es necesario que el menor tenga una experiencia de vida familiar, principalmente en la primera infancia.

Ahora bien, lo cierto es que a pesar de que la medida de acogimiento familiar tendrá, de forma general, carácter preferente respecto al acogimiento residencial, en ocasiones el interés del menor podrá hacer aconsejable el establecimiento de este último. Así, por ejemplo, la medida de acogimiento residencial podrá resultar conveniente para aquellos menores que han tenido graves dificultades para adaptarse a la vida con otra familia o en aquellos casos en que se han producido interrupciones de acogimientos familiares previos. Esta medida también podría ser aconsejable, al menos durante un tiempo, para menores que necesiten de una atención especializada debido a en-

[945] Art. 35 de la Ley 37/1991, de 39 de diciembre.
[946] Art. 11.2 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

fermedades, minusvalías graves o trastornos emocionales[947]. Asimismo, el acogimiento residencial puede ser conveniente para adolescentes próximos a la mayoría de edad; en este caso la atención en grupo permitiría prepararles para la vida independiente. No obstante, muchas de estas situaciones también podrían ser debidamente atendidas a través de un acogimiento familiar de carácter profesionalizado.

En cambio, en el caso de los niños de muy corta edad será preferible, en general, el acogimiento familiar. En la primera infancia el acogimiento residencial sólo resultará un recurso adecuado para un breve periodo de tiempo. Así, por ejemplo, mientras se procede al estudio del caso o se constituye el acogimiento familiar o, en su caso, la adopción del menor.

Además, los centros residenciales pueden comportar alguna otra ventaja respecto a los acogimientos familiares. En efecto, las relaciones con la familia biológica y, en concreto, el régimen de visitas se suelen desarrollar de forma más eficaz en el contexto del acogimiento institucional. Por una parte, a diferencia de lo que sucede en ciertos acogimientos familiares, los padres biológicos no ven como rivales a los profesionales del centro y aceptan mejor su ayuda. Por otra parte, es más difícil que los menores tengan sentimiento de culpabilidad o deslealtad hacia su familia biológica por entablar relaciones de afectividad con otras personas. Por todo ello, el entorno residencial podrá resultar en ciertos supuestos aconsejable para favorecer la implicación de la familia en la atención del menor y su retorno con esta[948].

En cualquier caso, los centros sólo podrán cumplir estas funciones si están dotados de una organización flexible, que permita prestar a los menores una atención adecuada y, además, facilitar la relaciones con sus familia. Es esencial que los centros estén debidamente preparados para desarrollar en su entorno las visitas y relaciones con la familia, facilitar que los padres colaboren en algunas de las tareas e incluso realizar actividades de apoyo y preparación para la reintegración familiar[949]. Por todo ello, serán preferibles cen-

[947] Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente... cit.*, pág. 153. Algunos legisladores autonómicos han previsto la existencia de centros específicos para menores con graves deficiencias o discapacidades físicas o psíquicas sujetos a protección; este sería el caso, entre otras, de la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (art. 69); la Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (art. 71); la ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (art. 96.5); la Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia (art. 29.5) o la Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 91).

[948] Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente... cit.*, pág. 158.

[949] Así, el Decreto andaluz 355/2003, de 16 de diciembre, del acogimiento residencial, en su art. 47.3 prevé que "para que los menores puedan ejercer su derecho a comunicarse con su familia, se asignará un espacio en el Centro para la realización y recepción de llamadas telefónicas, debiéndose establecer el horario más adecuado y la duración aproximada de las mismas". En el apartado 4 se dispone que "El centro destinará un espacio adecuado para que

tros pequeños, en los que la organización, funcionamiento y relaciones se asemejen a una gran familia. En el caso de centros de mayor dimensión, deberán estar organizados en unidades de convivencia reducidas que favorezcan la atención integral de sus necesidades y permitan un trato más afectivo y una vida cotidiana más personalizadas[950]. Además, los centros de protección deberán ser siempre abiertos y estar integrados en la comunidad.

El acogimiento deberá realizarse en el centro que pueda proporcionar al concreto menor una forma de vida más normalizada y adecuada a sus necesidades y, por tanto, en la elección del centro se procurará mantener la proximidad con su entorno familiar y social, cuando así resulte conveniente para aquel[951].

Por otra parte, en aquellos casos en que, por unas u otras razones, resulte aconsejable para el menor la medida de acogida residencial, es posible hacer compatible la misma con la estancia con una familia colaboradora durante los fines de semana o las vacaciones[952]. De este modo, se aprovechan las ventajas que comporta uno y otro tipo de medida.

La atención prestada a los menores acogidos en un centro deberá tener carácter personalizado. La Administración que tiene encomendada la tutela deberá diseñar para cada menor un plan de intervención individualizado, en función de la evaluación de sus necesidades. En cuanto al contenido del plan de intervención, debería reflejar los objetivos de la actuación protectora, su temporalización, el régimen de relaciones personales con la familia. También debería integrarse en el mismo el plan de intervención familiar dirigido a hacer posible la reintegración familiar del menor. En cualquier caso, el plan de intervención deberá ser revisado para adaptarlo en todo momento a las cambiantes circunstancias del menor y de su entorno socio-familiar.

Por otra parte, el centro deberá elaborar un proyecto educativo para cada menor. Este proyecto deberá ser conforme con el plan de intervención dise-

---

los familiares de los menores puedan efectuar las visitas autorizadas". En el art. 48 se establece que los centros deberán promover "los contactos de los menores con su entorno y las visitas de amigos y compañeros al propio centro". Ver, asimismo, el Decreto de Extremadura 138/2002, de 8 de octubre, por el que regula la organización y funcionamiento de los centros de acogida de menores (arts. 57 a 61).

[950] En este sentido, entre otras, la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados (art. 12.3); la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (art. 54.4); la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (art. 97.5).

[951] Ver el art. 96.3 de la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia.

[952] Así lo prevén, por ejemplo, la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor (art. 36.4); la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (art. 66.4); la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (art. 52) o el Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección jurídica del menor (art. 83.3). Ley de la Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 90.3).

ñado por la Administración. En función de la edad y el grado de madurez, el propio menor deberá participar en la elaboración de su proyecto educativo. Este proyecto también deberá ser revisado y, en su caso, modificado en función de la evaluación y necesidades del menor. Asimismo, el centro deberá contar también con un proyecto educativo propio y global, en el que se definirán los objetivos generales y la estructura organizativa[953].

La titularidad de la guarda del menor corresponde a la Administración que tiene encomendada la tutela. Sin embargo, el ejercicio de la misma se delega o recae en el director o persona responsable del centro, quien la deberá ejercer con la colaboración de la Administración y bajo su vigilancia y la del Ministerio Fiscal[954].

Los centros de protección, como veremos más adelante, podrán ser públicos o centros privados que colaboran con la Administración. En cualquier caso, al menos semestralmente, la Administración pública competente en materia de protección de menores deberá inspeccionar y supervisar el funcionamiento de los centros, el cumplimiento de los programas de protección y los derechos de los menores y emitir el correspondiente informe. Asimismo, el Ministerio Fiscal debe vigilar los centros en los que se encuentran acogidos los menores[955].

2. El acogimiento institucional en el Ordenamiento catalán

La medida de acogimiento institucional y, en especial, lo relativo a la tipología, organización y funcionamiento de los centros de protección, no se encuentra regulada de igual modo en cada una de las Comunidades Autónomas[956]. Por ello, dado que el examen de toda la normativa sobre la materia

[953] Decreto andaluz 355/2003, de 16 de diciembre, del acogimiento residencial de menores: en cuanto al plan de intervención y proyecto educativo del menor los arts. 7, 24 y 57; por lo que se refiere al proyecto educativo del centro y otros instrumentos generales los arts. 49 a 51. Ley de Asturias 1/1995, de 1 de junio, de acogimiento y adopción (art. 66)

[954] Entre otras, Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor (art. 36.3); Ley del País Vasco 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y adolescencia (art. 76.1); Ley de las Islas Baleares 7/1995, de 21 de marzo, de protección de menores (art. 26.2).

[955] Ver el art. 21.3 y 4 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (precepto que no tiene carácter orgánico) y el art. 174.2 del Código Civil.

[956] En Andalucía, el Decreto 355/2003, de 16 de diciembre (art. 19); en Aragón, la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (arts. 66 a 69) y Decreto 238/1994, de 28 de diciembre, de organización y funcionamiento de centros dependientes de la Comunidad; en Asturias, la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores (art. 63) y la Resolución de 24 de noviembre 2004 por la que se aprueba el proyecto marco de centros de día para menores; en Baleares, la Ley 7/1995, de 21 de marzo, de protección de menores (art. 29); en Canarias, la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (arts. 68 y ss. y art. 83); en Castilla-La Mancha, la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del menor (art. 53); en Cantabria, la Ley 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia (arts. 59 y ss); en Aragón, la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (arts. 68 y 69); en Castilla y León, el Decreto 54/2005, de 7 de julio, por el que se regula el

iría más allá de lo que es objeto del presente trabajo, nos centraremos en el estudio del acogimiento institucional en el Ordenamiento catalán.

En Cataluña, la medida de acogida residencial se encuentra regulada en la actualidad en la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparos (art. 12) y en el Reglamento de desarrollo aprobado por el Decreto 2/1997, de 7 de enero (arts. 26 a 50). No obstante, aunque en la actualidad no se regula esta medida de protección pública en el Código de Familia, sí se ha previsto en el Anteproyecto de Ley (abril 2006) por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (art. 226-12).

La medida de acogida institucional o residencial, según resulta de la regulación legal, consiste en ingresar al menor en una institución pública o en un centro privado colaborador, adecuado a sus características, con el fin de brindarle la atención y educación necesaria (en el Anteproyecto mencionado en el párrafo anterior, también se contempla el acogimiento en un piso o residencia asistida, como formas de acogimiento en institución). Esta medida tiene en todo caso carácter provisional. Según dispone la Ley, su duración no podrá ser superior a un año, salvo que la medida sea prorrogada previa comunicación al Ministerio Fiscal[957].

El acogimiento institucional se contempla como una medida de carácter subsidiario. Sólo se aplicará en aquellos casos en que las circunstancias del menor o de su entorno socio-familiar no hagan aconsejable el acogimiento familiar o como medida provisional mientras se dispone otra medida más adecuada. Así, el propio legislador ha previsto algunos supuestos, en presencia de los cuales, la Administración que tiene encomendada la tutela de un menor desamparado podrá disponer su ingreso en un centro de protección[958]: 1) En aquellos casos en que se prevé que la necesidad de separación de la familia tiene carácter transitorio y no ha sido posible o aconsejable establecer la acogida del menor por una persona o familia. 2) Cuando, concurriendo los

régimen de organización y funcionamiento de los centros específicos destinados a la atención residencial de menores con medidas o actuaciones de protección y el Decreto 37/2004, de 1 de abril, por el que se regulan los requisitos mínimos de autorización para la apertura y funcionamientos de los centros de atención de menores (art. 5); en Extremadura, el Decreto 138/2002, de 8 de octubre, de organización y funcionamiento de los centros de acogida de menores; en Madrid, el Decreto 88/1998, de 21 de mayo, del Estatuto de las Residencias de Atención a la Infancia y la Adolescencia (art. 3); en el País Vasco, la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia (arts. 75 y ss); en la Rioja, la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (arts. 74 a 91); en Valencia, el Decreto 93/2001, de 22 de mayo, de medidas de protección jurídica del menor (arts. 83 a 88) y la Orden de 19 de junio 2003 que regula la tipología y condiciones materiales y de funcionamiento de los Centros de Protección.

[957] Art. 12.4 en relación on el art. 11.1 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre.

[958] Art. 12.1 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.

requisitos para aplicar la medida de acogida preadoptiva, todavía no se hubiera constituido.

Por otra parte, la medida de acogida institucional también puede aplicarse a aquellos menores respecto de los cuales la Administración tiene encomendada a instancia de los propios padres o tutores, la guarda voluntaria o administrativa[959].

La medida de acogimiento institucional se constituye por la Administración que tiene atribuida la tutela del menor desamparado mediante resolución administrativa debidamente motivada. La Administración deberá explicitar en la resolución: la finalidad, el alcance y la duración de la medida. Asimismo, la Administración podrá disponer en dicho acto el régimen de visitas y comunicación con la familia, si conviene al interés del menor. La resolución administrativa deberá ser notificada a los padres, tutor, guardador u otros familiares que hubieran convivido últimamente con el menor. Estas personas podrían impugnar la resolución por la que se acuerda aplicar esta medida de protección ante la autoridad judicial, sin perjuicio de la eficacia inmediata de la misma[960].

Los centros de protección deberán estar integrados en un barrio o comunidad y organizados de forma que el menor pueda recibir un trato afectivo y desarrollar una vida cotidiana personalizada. Por ello, serán preferibles centros pequeños y, en cualquier caso, en especial los que cuenten con mayor número de plazas, deberán estar organizados en unidades con el fin de crear un entorno más familiar. Por otra parte, los centros de protección deben ser totalmente abiertos, sólo podrán establecerse limitaciones de entrada y salida de los menores por razones educativas y de protección, de conformidad con las normas internas de funcionamiento[961].

---

[959] Art. 9 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, en relación con el art. 23 del Decreto 2/1997, de 7 de enero.

[960] Art.12.4 en relación con los arts. 5.3, 7 y 8 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre. No obstante, en el proceso de elaboración de las Bases para el Proyecto de Ley de Infancia en Cataluña, se ha plantado si es oportuno permitir a la familia impugnar la resolución de la Administración por la que se acuerda aplicar la medida de acogimiento institucional. Se aduce que, dado que la Administración tiene atribuida la tutela y los padres o tutores en suspenso la patria potestad o la tutela civil, debería corresponder a la Administración decidir en ejercicio de sus funciones de guarda la medida más conveniente para el menor, sin que los padres puedan oponerse a esta decisión. Los padres o tutores podrán oponerse a la resolución administrativa de desamparo (en el Anteproyecto del Libro Segundo de Código Civil (art. 226-2) se ha limitado a dos meses el plazo para recurrir esta resolución), pero no podrían oponerse a la resolución mediante la que la Administración acuerda la medida de protección más conveniente y establece el plan de intervención. La finalidad sería evitar la cadena de litigios que, en ocasiones, se produce cuando la familia se opone sistemáticamente a las decisiones de la Administración y el consiguiente perjuicio que puede causarse a los menores al prolongarse más allá de lo debido su institucionalización.

[961] Art. 12.2 y 3 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, en relación con el art. 27 del Decreto 2/1997, de 7 de enero.

El director de la institución ejerce por delegación los derechos y las obligaciones inherentes a la guarda. La Administración que tiene atribuida la tutela es titular y responsable de las funciones de guarda pero su ejercicio se atribuye al director del centro. La Administración encomienda al director del centro el ejercicio de la guarda mediante la resolución administrativa en la que se acuerda esta medida de protección. Por tanto, corresponde al director del centro, ya sea público o privado, la obligación de velar por el menor, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Por su parte, la Administración deberá velar por el debido cumplimiento de estas funciones. Así, para facilitar esta función de seguimiento del menor y control de la actuación del centro, el director del mismo deberá informar a la Administración de forma periódica y, como mínimo semestralmente, de la situación del menor[962].

En Cataluña, los centros de atención a la infancia deben tener un proyecto educativo elaborado de conformidad con el proyecto marco aprobado por la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia y validado por ésta.

Además, los centros residenciales de acción educativa (CRAE) deberán elaborar un proyecto educativo individualizado para cada menor, en el que se establecerán los objetivos educativos que se pretenden alcanzar, las estrategias de intervención y los sistemas de evaluación. La intervención educativa deberá desarrollarse de forma coordinada con las efectuadas por los respectivos equipos profesionales con la familia del menor. Los objetivos y medidas previstas deberán ser revisados para adecuarse en todo momento a las circunstancias del menor y su entorno socio-familiar.

Por ello, con el fin de desarrollar debidamente los proyectos educativos, los centros deberán contar con personal suficiente y con la necesaria formación. Además, durante el tiempo que los menores permanecen ingresados en un centro de acogida —antes de pasar, en su caso, al centro residencial de acción educativa (CRAE)— deben contar con un educador tutor responsable del trabajo con el menor que, a su vez, se coordinará con el equipo técnico para determinar la medida más conveniente en atención a las circunstancias del menor[963].

3. Clases de centros de protección en Cataluña

En el Ordenamiento catalán, los centros de atención de menores se clasifican, atendiendo a su finalidad, en centros de acogimiento y centros residen-

[962] Ver los arts. 12.5 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre en relación con los art. 33 y 24 del Decreto 2/1997, de 7 de enero. Las previsiones de este último precepto se refieren a la guarda administrativa pero serían asimismo aplicables a la tutela administrativa.

[963] Arts. 31, 34, 36 y 42 del Decreto 2/1997, de 7 de enero.

ciales de acción educativa. A su vez, en consideración a su titularidad, los centros pueden ser centros propios y centros privados colaboradores. En todo caso, los centros de atención a la infancia deberán estar inscritos en la Sección de servicios y establecimientos de atención a la infancia y a la adolescencia del Registro de Entidades, Servicios y Establecimientos Sociales[964].

A) *Los centros de acogimiento y los centros residenciales de acción educativa. Clasificación*

En consideración a las funciones desarrolladas por el centro, la normativa reguladora distingue los centros de acogida y los centros residenciales de acción educativa. Veamos a continuación las funciones desarrolladas por unos y otros.

a) *Los centros de acogida: funciones, características y clasificación*

Los centros de acogida son servicios residenciales de estancia limitada que tienen por objeto[965]:

Por una parte, brindar una respuesta inmediata y transitoria mediante la acogida de los menores que se encuentran en situación de desamparo y deben ser separados de forma inmediata de su núcleo familiar. En estos casos el centro cumple de forma temporal una función sustitutiva de la familia.

Por otra parte, realizar la observación y diagnóstico de la situación de los menores atendidos y de sus familias, al efecto de elaborar la propuesta de medida de protección más adecuada[966].

Por tanto, el ingreso de los menores en estos centros tiene carácter temporal, durante el tiempo que necesita la Administración para estudiar y valorar las circunstancias el menor y determinar cuál es la medida de protección

[964] En el Registro de entidades, servicios y establecimientos sociales se inscriben y califican, para su control, todos los servicios y los establecimientos, públicos y privados, así como las entidades que reúnan los requisitos establecidos en el Decreto 284/1996, de 23 de julio, de regulación del Sistema Catalán de Servicios Sociales, modificado por el Decreto 176/2000, de 15 de mayo. La inscripción en el Registro comporta la autorización administrativa de funcionamiento, previa comprobación del cumplimiento de las disposiciones vigentes. El Registro tiene por objeto dar publicidad con carácter general de los recursos existentes. Asimismo, el Registro es un instrumento de planificación, de ordenación y de ayuda a la gestión de los servicios sociales, para la coordinación interadministrativa y para dar informaciones concretas y puntales de su contenido (art. 26 del referido Decreto).

[965] Art. 35 del Decreto 2/1997, de 7 de enero.

[966] Los centros de acogida previstos en el Ordenamiento catalán cumplirían una función similar a la atribuida en la Comunidad de Aragón a los centros de observación y acogida (Decreto 238/1994, de 28 de diciembre, art. 8) o la que cumplen en la Comunidad de Valencia los centros de recepción (Orden de 19 de junio 2003, art. 13).

más adecuada. Así, la estancia del menor en esta clase de centros deberá limitarse al tiempo que dure la realización del análisis de la situación de riesgo del menor o el estudio diagnóstico y elaboración de la propuesta de medida de protección más conveniente[967].

Además, los centros de acogimiento pueden clasificarse del siguiente modo en función de la edad de los menores[968]:

a) Centros de acogimiento de adolescentes: de 12 a 18 años. Esta franja de edad puede flexibilizarse con el fin de acoger a grupos de hermanos. Por otra parte, la norma que los prevé dispone que, teniendo en cuenta las características de este periodo evolutivo, estos centros no serán necesariamente mixtos.

b) Centros de acogimiento de niños pequeños: de 0 a 12 años; también con flexibilidad para los grupos de hermanos. Teniendo en cuenta las características de la primera infancia, deberán establecerse módulos diferentes en función de la edad.

c) Centros de acogimiento verticales: aquellos en los que acogen menores de edades diversas.

Por otra parte, en los centros de acogimiento se pueden crear centros o unidades de estancia limitada para atender de forma separada, con función de acogida inicial en el primer periodo de adaptación al sistema, los menores desamparados y los adolescentes con conductas calificadas como de alto riesgo social[969].

En todo caso, estos centros deberán disponer de un equipo educativo formado por educadores sociales que atiendan a los menores. Además, cada menor deberá contar durante su estancia en el centro con un educador-tutor como figura referencial. El educador-tutor será el responsable del plan de trabajo individualizado del menor y deberá recoger y aportar sus propias observaciones y las del resto del equipo educativo al equipo interdisciplinar[970].

El equipo interdisciplinar está formado por profesionales de distintas áreas que tienen la función de examinar y valorar las circunstancias del menor y sus necesidades al efecto de elaborar la propuesta de medida de protección más adecuada[971].

---

[967] Art. 38 del Decreto 2/1997, de 7 de enero.
[968] Art. 37 del Decreto 2/1997, de 7 de enero.
[969] Art. 2.5 bis de la Ley 37/1991, de 39 de diciembre, según la reforma de la Ley 8/2002, de 27 de mayo.
[970] Art. 36 a) del Decreto 2/1997, de 7 de enero.
[971] El equipo está formado por asistente social o diplomado de trabajo social, psicólogo, pedagogo, médico y educador tutor. Art. 36 b) del Decreto 2/1997, de 7 de enero.

b) *Los centros residenciales de acción educativa*

Los centros residenciales de acción educativa son aquellas instituciones en las que residen temporalmente los menores a los que la Administración ha resuelto aplicar la medida de acogimiento simple en institución[972].

La organización de esta clase de centros se realizará tratando de reproducir al máximo las condiciones de vida de una familia al objeto de propiciar el desarrollo armónico y estable del menor. Los centros serán preferentemente mixtos y las plantillas estarán formadas por profesionales de ambos sexos. Además, los grupos de referencia deberán ser reducidos y cada menor tendrá un educador-tutor de referencia.

El centro deberá realizar un proyecto educativo individualizado para cada menor, en un plazo no superior a 45 días contados a partir de su ingreso. En este proyecto educativo se expresarán los objetivos educativos que se pretenden conseguir y las estrategias de intervención a utilizar. El proyecto educativo individualizado deberá prever, asimismo, los sistemas de evaluación de la acción educativa y la evolución del menor, al efecto de ir adaptando los objetivos a las nuevas circunstancias. Por otra parte, estas actuaciones deberán coordinarse con las que otros equipos realicen con la familia del menor, al efecto de hacer posible la reintegración familiar.

En función de las franjas de edad, los centros residenciales de acción educativa pueden clasificarse del siguiente modo:

a) Centros para menores de primera infancia: menores de 0 a 3 años.
b) Centros para niños y preadolescentes: menores entre 4 y 12 años.
c) Centros para adolescentes: menores entre 13 y 16 años.
d) Centros de jóvenes: menores de 16 a 18 años.
e) Centros verticales: aquellos que acogen menores de franjas de edad muy diversas, en atención especialmente la problemática que plantea el acogimiento institucional de grupos de hermanos.
f) Pisos asistidos
g) Hogares funcionales

Asimismo, podrán establecerse centros residenciales de acción educativa con sistemas de educación intensiva para menores de 12 a 18 años que requieran de estos métodos educativos para avanzar en su proceso educativo. Además, también se podrán crear, promover o concertar centros residenciales de acción educativa específicos destinados a atender menores que no puedan ser debidamente integrados en otros centros porque requieran un tratamiento y atención muy especializada[973].

[972] Se encuentran regulados en los arts. 39 a 50 del Decreto 2/1997, de 7 de enero.
[973] Arts. 47 y 50 del Decreto 2/1997, de 7 de enero.

Los centros para menores de entre 16 y 18 años pueden utilizar recursos asistenciales más autónomos, al efecto de preparar con mayor intensidad el programa de desinternamiento y autonomía de los menores. Así, estos menores podrán vivir en pisos asistidos.

Los *pisos asistidos* son viviendas que ofrecen a los menores de entre 16 y 18 años un servicio de carácter asistencial y educativo al efecto de iniciar un proceso de desinternamiento gradual. La finalidad es conseguir que cuando alcancen la mayoría de edad tengan las capacidades y habilidades que les garanticen su adecuada integración social. Estos pisos deben contar con personal cualificado, formado por educadores sociales que podrán tener el soporte de otros educadores y, si cabe, de otros profesionales especializados.

Por otra parte, los centros residenciales de acción educativa también pueden desarrollar su función a través de *hogares funcionales*. Los hogares funcionales son servicios regidos por una persona o familia acogedora debidamente acreditada que contará, además, con el soporte de un educador social. En los hogares funciones podrán ser acogidos un máximo de ocho menores, aunque esta cantidad podrá superarse en el caso de acogerse grupos de hermanos. Según vimos páginas antes, al examinar la figura del acogimiento familiar, en algunas Comunidades Autónomas la medida de hogar funcional se ha contemplado como una forma de acogimiento familiar[974]

B) *Los centros socioeducativos diurnos, los centros de alojamiento nocturno de corta duración y los centros o unidades dotados de medidas estructurales de protección*

En Cataluña, la Ley 8/2002, de 27 de mayo, modificó la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, y contempló un conjunto de medidas específicas de protección, concebidas fundamentalmente para ser aplicadas a los menores inmigrantes no acompañados. De hecho, se trata de medidas que la Administración ya venía aplicando a este colectivo de menores.

El legislador, para incorporar estas medidas específicas, aduce el rechazo de los menores inmigrantes no acompañados a las medidas generales de protección. Sin embargo, lo cierto es que las medidas tradicionales de protección de los menores desamparados no han resultado adecuadas para ellos debido a sus especiales características. Por esta razón, la Administración de la Generalitat ha debido acudir, de forma general, a la aplicación de la me-

[974] Este sería el caso de Canarias, Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral de los menores (art. 67); las Islas Baleares, Decreto 45/2003, de 2 de mayo, regulador de los acogimientos familiares (art. 9); o la Rioja, Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 83).

dida de acogimiento en una institución. Sin embargo, la creciente llegada de menores inmigrantes no acompañados ha comportado que las plazas en los centros de protección resultaran insuficientes[975]. Además, algunos de estos menores huyen de los centros, ya sea por temor a la repatriación, porque no se adaptan al proyecto educativo —cuando existe— o porque no ven futuro a través de su estancia en el mismo. Por ello, la Administración venía aplicando a estos menores un conjunto de medidas específicas que legislador ha regulado y previsto expresamente en el marco de la tutela administrativa mediante la Ley 8/2002, de 27 de mayo. Por tanto, se trata de medidas de protección concebidas para su aplicación a los menores declarados en situación de desamparo y, en consecuencia, tutelados por la Administración.

Estas medidas específicas son la asistencia diurna a menores sin hogar, el alojamiento nocturno de corta duración y el ingreso, por necesidades educativas, en centros o unidades con restricción o supresión de salidas por tiempo limitado. Pues bien, para la aplicación de estas medidas, la propia Ley contempla la existencia de centros socioeducativos diurnos, centros de alojamiento nocturno de corta duración y centros o unidades dotados de medidas estructurales de protección[976].

Los centros socioeducativos diurnos o centros de día se dirigen a brindar asistencia a menores sin hogar, al efecto de que abandonen su permanencia en la calle. Estos centros están concebidos fundamentalmente para dar alojamiento diurno a los menores inmigrantes no acompañados. En los centros de día deberán desarrollarse programas de intervención socioeducativa y talleres preparatorios de un trabajo con la finalidad de que los menores tengan más recursos, habilidades sociales y autonomía personal[977].

Los centros de alojamiento nocturno de corta duración tienen por objeto satisfacer las necesidades asistenciales de los menores. La estancia en estos centros no podrá ser superior a treinta días, aunque podrá ser prorrogada mientras se mantenga la situación que determinó la adopción de esta medida[978].

---

[975] Sobre la situación de los menores inmigrantes no acompañados en Cataluña ver el Informe que el Sindic de Greuges ha presentado al Parlamento en el año 2006 sobre "La situació dels menors immigrats sols". Ver, asimismo, COMAS, Marta y QUIROGA, Violeta, *Menors que emigren sols del Marroc a Catalunya*, Editorial Mediterrània, Barcelona, 2005

[976] Art. 5 bis de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, modificada por la Ley 8/2002, de 27 de mayo.

[977] En noviembre de 2003 existían en Cataluña dos centros diurnos (Casals d'infants del Raval con 14 plazas y SAT El Bosc con 60 plazas). Consultar en la página web www.gencat.net/benestar/dgaia/saaemi.htm.

[978] En noviembre de 2003 existían en Cataluña dos centros de primera acogida nocturna para menores inmigrantes no acompañados: Centro Alcor (50 plazas) y Centro de noche de la Cruz Roja (16 plazas). Además, existen algunos recursos en los que estos menores pueden pernoctar y pasar el día. Así, los Centros de acogida Vilana (con 42 plazas) y el de Caritas CEL Al-Qàntara (60 plazas) son centros de formación e inserción laboral de régimen abierto en el que pernoctan y pasan el día. Por otra parte, algunos de estos menores también son alojados en pensiones pagadas por la Administración de la Generalitat y durante el día está prevista su asis-

Estas medidas, como puede observarse no brindan a los menores una protección integral. Las medidas de asistencia diurna y el alojamiento nocturno están concebidas para ser aplicadas a menores sin hogar y, sin embargo, tienen un alcance parcial y limitado. En realidad, se trata de medidas de carácter asistencial, un recurso dirigido a erradicar la presencia en las calles de los menores inmigrantes no acompañados que no garantizan de forma plena el debido desarrollo de su personalidad y el disfrute de los derechos que el Ordenamiento les reconoce.

Además, el legislador catalán también ha contemplado la creación de centros o unidades dotados con medidas estructurales de protección. En efecto, entre las medidas específicas también se contempla el ingreso de un menor en un centro o unidad con restricción o supresión de salidas por tiempo limitado. La aplicación de esta medida se justifica en razón de las necesidades reeducativas y sólo podrá adoptarse cuando el menor haya rechazado la aplicación de otras medidas de protección. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta medida implica cierta restricción de la libertad del menor y, sin embargo, el menor no ha cometido ningún acto ilícito. El legislador ha establecido unas mínimas garantías: 1) la adopción de la medida se deberá hacer constar en el informe de seguimiento de la acción educativa del menor afectado; 2) antes de las veinticuatro horas siguientes a su adopción deberá darse notificación a la Fiscalía; 3) la medida se deberá revisar semestralmente; 4) la duración no podrá ser superior a treinta días; aunque la propia norma prevé a continuación que la medida podrá ser nuevamente adoptada si el menor rechaza la aplicación de otras medidas de forma reiterada. Aunque el precepto no dice nada al respecto, no cabe duda que el establecimiento de esta medida deberá acordarse a través de un procedimiento, en el que ha de darse audiencia al propio menor. Además, según resulta de la propia Ley 37/1991, de 30 de diciembre (arts. 6 a 8), la Administración deberá acordar la aplicación de esta medida mediante la correspondiente resolución administrativa en la que deberá expresar las razones que justifican la misma así como su alcance y finalidad. Esta resolución administrativa deberá ser notificada a los padres, tutor, guardador o familiares que últimamente hayan convivido con el menor quienes podrán impugnarla ante la autoridad judicial.

C) *Los centros propios y los centros colaboradores*

En Cataluña, los centros de atención a la infancia, ya sean centros de acogimiento, centros residenciales de acción educativa, centros socioeducativos

tencia a cursos de formación profesional. En la página web www.gencat.net/benestar/dgaia/saaemi.htm se puede consultar la evolución en el número de plazas destinadas a menores extranjeros no acompañados. Ver, asimismo, el trabajo *Menores, inmigrantes y refugiados: la situación en el Mediterráneo y Europa central,* editado por CEPS Proyectes Socials.

diurnos o centros de alojamiento nocturno, podrán ser centros propios o centros colaboradores:

Los centros propios son aquellos cuya dirección y gestión está atribuida a la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia.

Los centros colaboradores son aquellos que pertenecen a otras entidades públicas o entidades privadas sin ánimo de lucro, con las que la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia ha suscrito un convenio de colaboración.

Las entidades privadas sin ánimo de lucro dedicadas a la prestación de servicios sociales tienen la denominación de "entidades de servicios sociales de iniciativa social". Para la calificación como entidad de iniciativa social deberán reunirse los siguientes requisitos[979]: a) tener personalidad jurídica; b) no tener finalidad lucrativa y destinar los beneficios obtenidos a la realización de actividades propias de los servicios sociales; c) que los miembros de los órganos de gobierno sean cargos gratuitos; d) dedicarse a la prestación de servicios sociales en alguna de las áreas de actuación previstas en el art. 4 del Decreto legislativo 17/1994, de 16 de noviembre, de asistencia y servicios sociales[980].

Por tanto, la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia podrá suscribir convenios de colaboración con las entidades de servicios sociales de iniciativa social, al efecto de que como centro colaborador desarrollen las tareas de los centros de acogimiento, los centros residenciales de acción educativa o los centros diurnos o de alojamiento nocturno. La celebración del convenio de colaboración requiere que estas entidades privadas reúnan los siguientes requisitos: a) el centro o establecimiento deberá estar inscrito en el Registro de entidades, servicios y establecimientos sociales; y b) la entidad no puede estar incursa en alguna de las prohibiciones para contratar con la Administración. Una vez suscrito el convenio de colaboración, estas entidades quedan incorporadas a la red básica de servicios sociales de responsabilidad pública[981].

Por otra parte, corresponde la Administración pública que tiene encomendada la tutela de los menores desamparados o, en su caso, la guarda admi-

[979] Art. 22 del Decreto 284/1996, de 23 de julio, de regulación del Sistema Catalán de Servicios Sociales, modificado por el Decreto 176/2000, de 15 de mayo.

[980] El referido art. 4 establece que el sistema de catalán de servicios sociales abarca todas las actividades dirigidas a prevenir la exclusión social y a promover la prestación de apoyo personal, de información, de atención y ayuda a toda la ciudadanía, especialmente a personas, familias o colectivos que, por razón de dificultades de desarrollo y de integración en la sociedad, carencia de autonomía personal, disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales, problemas familiares o marginación social, son acreedores del esfuerzo colectivo y solidario. Más adelante, en el art. 11 se contempla como un área de actuación específica la atención a la familia, infancia y adolescencia.

[981] Art. 12 del Decreto legislativo 17/1994, de 16 de noviembre y art. 45 del Decreto 284/1996, de 23 de julio, de regulación del Sistema Catalán de Servicios Sociales.

nistrativa, a los efectos de asegurar la protección de los derechos de los menores, realizar la inspección y supervisión de los centros colaboradores. Asimismo, el Ministerio Fiscal deberá ejercer su vigilancia sobre *todos* los centros que acogen menores[982].

Los convenios de colaboración suscritos entre la Administración y los particulares tienen naturaleza administrativa y, por tanto, corresponde a los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administración la competencia para conocer las controversias derivadas del mismo.

> Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 31 de mayo de 1995 (AC 1995\1059), el Tribunal examina el convenio suscrito entre la Administración de la Xunta de Galicia y una entidad privada y concluye que "es de naturaleza administrativa", pues tiene por objeto la colaboración "para el servicio público de asistencia social de protección de menores en situación de desamparo". En la medida que se aprecia "que el convenio es administrativo por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público... y porque el convenio revela la presencia en la causa, de un fin público, como elemento esencial del mismo" el Tribunal acoge la excepción de incompetencia de jurisdicción propuesta y declara que el conocimiento del pleito corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Además, la Administración de la Generalitat, competente en materia de protección de menores, a la que corresponde verificar y, en su caso, declarar la situación de desamparo de los menores y asumir su tutela, también tiene atribuida la competencia para realizar la ordenación y planificación del sistema de servicios sociales. Por su parte, el Decreto legislativo 17/1994, de 16 de noviembre, atribuye a los Ayuntamientos y a los Consejos Comarcales ciertas competencias en esta materia, entre las que cabe destacar el ejercicio de las funciones que se desarrollan en las áreas básicas de los servicios sociales; y, en el caso de los municipios, la prestación y gestión de los servicios que hubieran recibido por delegación (arts. 26 y 27). En este caso, la coordinación entre la Administración de la Generalitat y los entes locales también se puede instrumentar a través de convenios de colaboración.

Por otra parte, en el supuesto concreto del municipio de Barcelona, la Carta Municipal, aprobada por Ley 22/1998, de 30 de diciembre, le atribuye la función de programar, prestar y gestionar los servicios especializados a que se refiere el art. 11 c) del Decreto Legislativo 17/1994, de 16 de noviembre, sobre asistencia y servicios sociales. Pues bien, dentro de este nivel de actuación, en el marco del área de atención a la familia, infancia y adolescencia, quedan comprendidos los servicios de centros de acogida y los centros residenciales de acción educativa. Además, la Ley de la Carta Municipal establece

[982] Art. 21.3 y 4 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (aunque este precepto constituye legislación supletoria de la que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social).

que la gestión de estos servicios se realizará mediante un consorcio de servicios sociales previsto en el art. 61 de la propia norma. El consorcio de servicios sociales se configura como un consorcio legal entre la Administración de la Generalitat y el Ayuntamiento de Barcelona para la gestión conjunta de funciones, actividades y servicios[983]. El consorcio de servicios sociales y el Ayuntamiento de Barcelona deberán promover la cooperación de las entidades y colectivos sociales y la acción privada ciudadana en la realización de actividades de servicios sociales (art. 109).

[983] En los órganos de gobierno de este Consorcio, la Generalitat de Cataluña goza de las tres quintas partes de representantes o de votos y el Ayuntamiento de Barcelona de las dos quintas partes (art. 108.2).

CAPÍTULO VII
EL CONTROL DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

En nuestro sistema jurídico, según se ha visto, la responsabilidad de garantizar el pleno desarrollo de la personalidad de los menores se atribuye de forma sucesiva a diversas personas y entidades. Los padres o tutores son, desde el ámbito privado, los primeramente responsables de la crianza y formación de los menores. Desde el ámbito público, corresponde a las Administraciones colaborar y velar porque la familia cumpla debidamente sus obligaciones legales. Además, cuando los padres o tutores no cumplan debidamente sus obligaciones legales, deberán intervenir las Administraciones públicas, a quienes se encomienda la tutela de los menores declarados en situación de desamparo. Asimismo, como se ha visto, las Administraciones deberán actuar frente a situaciones de riesgo y dificultad social de los menores. Por otra parte, el Ministerio Fiscal tiene atribuidas la función de vigilar las actuaciones administrativas protectoras, con el fin de salvaguardar los derechos e intereses de los menores. En última instancia, corresponderá a la Autoridad Judicial controlar todas las actuaciones desarrolladas por las Administraciones públicas en materia de protección de menores.

Por tanto, una vez examinado en los capítulos anteriores los instrumentos a través de los cuales se encauza en nuestro Ordenamiento la protección pública de los menores y, en especial, de los menores desamparados, se analizan a continuación las vías de control de la actuación administrativa protectora. Así, en primer lugar veremos la función del Fiscal de control de la actuación de las Administración en esta materia, para pasar a continuación a examinar el control judicial.

Ahora bien, para determinar las vías de control judicial y el marco dentro del cual el Ministerio Fiscal deberá realizar su función de vigilancia y control de la actividad administrativa protectora, deberá tenerse en cuenta que, como vimos, la actuación desarrollada por las Administraciones puede tener distinto alcance, según realice actividades de detección, prevención —general y particular— o de intervención. Por tanto, será necesario distinguir las "*actuaciones de efecto protector*" —que se enmarcan fundamentalmente en el ámbito de la colaboración con la familia y en el de la prevención general—

y las "*actividades directamente protectoras*" que suponen una intervención individualizada en el entorno socio-familiar de un concreto menor —ya sea con el fin de prevenir concretas situaciones de desprotección o para eliminar los factores que las han producido con medidas de intervención—.

I. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN PÚBLICA DE LOS MENORES. LAS ACTUACIONES PROCESALES Y EXTRAPROCESALES

El Ministerio Fiscal tiene legalmente encomendada la defensa y tutela de los derechos e intereses de los menores, tanto a través de actuaciones procesales como extraprocesales. En efecto, el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal le atribuye "la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos"[984].

Las funciones tuitivas y protectoras del Ministerio Fiscal se han ido incrementando a partir de la Constitución. Por lo que se refiere al ámbito de los menores, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados preceptos del Código Civil, constituye un hito fundamental. Esta Ley incorporó al Código Civil las figuras de la tutela de la Administración de los menores desamparados y la guarda administrativa (art. 172). Dos instrumentos jurídicos a través de los cuales las Administraciones públicas deberán hacer efectivo el derecho de los menores en situación vulnerable a recibir asistencia y protección pública. Por su parte, el art. 174 del Código Civil encomienda al Fiscal la superior vigilancia de la tutela y guarda ejercida por las Administraciones competentes y la debida aplicación de la medida protectora de acogimiento[985].

> El art. 174 del Código Civil dispone lo que sigue: "1. Incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta Sección.
>
> 2. A tal fin, la entidad pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas y de los escri-

[984] Art. 3.7 de la Ley 50/1981, de 13 de enero, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

[985] En el proyecto inicial, se había atribuido a la autoridad judicial la vigilancia de la tutela de las Administraciones públicas. Sin embargo, este criterio fue modificado en el trámite parlamentario para atribuir tal competencia al Ministerio Fiscal. Las razones del cambio fueron expresadas en el Congreso por el Diputado del Grupo Socialista Sr. Cuesta Martínez: "hemos introducido en Ponencia una modificación importante y ha sido la intervención del Ministerio Fiscal. Y la hemos introducido porque no queremos saturar la labor, la función y el trabajo de muchos jueces ni una paralización de los juzgados y tribunales españoles". Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, "La desprotección social...*cit*, págs. 27-28. Ver, asimismo, LLEVARÍA SAMPER, Sergio, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores (Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre)*, José Mª Bosch Editor, Barcelona, 1990, págs. 287 y ss.

tos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de la tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor[986].

3. La vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la entidad pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe".

Ahora bien, en un primer momento, la función de vigilancia y control atribuida al Ministerio Fiscal se circunscribía a la tutela y guarda administrativa y a la medida de acogimiento familiar, ya que estas eran las únicas vías legales que el legislador estatal había previsto para que las Administraciones brindaran protección a los menores en situación vulnerable. Sin embargo, a medida que las leyes han ido ampliando el ámbito protector encomendado a las Administraciones públicas —menores en situación de riesgo y dificultad social— se han ido reforzando las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal[987].

Por otra parte, si en un primer momento sólo se contempló el control judicial de las resoluciones administrativas en materia de tutela o guarda administrativa[988] (en aquel entonces los únicos instrumentos legales para brindar protección administrativa a los menores), con posterioridad, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, reguló un nuevo proceso especial para la oposición de todas las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores. Pues bien, en el marco de este proceso el Ministerio Fiscal podrá ser tanto parte demandante —cuando es quien ejercita la pretensión de oposición— como parte necesaria (art. 749)[989]. Así, dado que el Fiscal puede oponerse a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, es evidente que deberá tener conocimiento previo de todas ellas.

1. Las actuaciones extraprocesales. La función del Fiscal de control o vigilancia de la actuación administrativa protectora

La función de vigilancia y control de la actuación administrativa protectora que la Ley encomienda al Ministerio Fiscal, inicialmente alcanzaba

[986] Ver, asimismo, el art. 18 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

[987] Así lo afirma expresamente el propio legislador en la Exposición de Motivos de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

[988] La disposición adicional 1ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, dispuso la aplicación de las normas de jurisdicción voluntaria como vía de oposición a las resoluciones dictadas en ejercicio de la tutela o guarda administrativa. Así el legislador daba respuesta a la controversia doctrinal sobre cuál debía ser la vía procesal para recurrir este tipo de resoluciones administrativas. Vid. BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo...cit*, págs. 145-157.

[989] Ver, asimismo, la disposición adicional 3ª.1ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

—como se ha dicho— al ejercicio de la tutela y la guarda administrativa y la medida de acogimiento. Sin embargo, con posterioridad, dicha función se ha extendido a las nuevas técnicas previstas por la Ley que supongan una intervención directa e individualizada de las Administraciones públicas sobre el menor y su entorno socio-familiar al efecto de garantizar el pleno desarrollo de su personalidad. Así, el Ministerio Fiscal tiene la función de vigilar y supervisar las actuaciones y decisiones adoptadas en este ámbito por las Administraciones públicas, con el fin de salvaguardar los derechos de los menores y garantizar que se atiende y se actúa conforme a su interés superior[990].

A) *El control de las decisiones administrativas en materia de protección de menores. La notificación al Fiscal de las resoluciones administrativas*

Las Administraciones públicas deberán comunicar o notificar al Ministerio Fiscal *todas* las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores. Esto es, todas aquellas decisiones que supongan una intervención directa e individualizada sobre el menor o su entorno socio-familiar. Las decisiones adoptadas conforme al principio de subsidiariedad progresiva respecto de las obligaciones legales de padres o tutores.

El art. 174.2 del Código Civil establece que las Administraciones competentes deberán remitir al Ministerio Fiscal copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Asimismo, el propio precepto dispone que las Administraciones han de comunicar al Fiscal cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor[991]. Ahora bien, en la actualidad, está obligación debe extenderse a todas las resoluciones administrativas dirigidas directamente a brindar protección a un concreto menor.

Es más, como se ha puesto de relieve al examinar el procedimiento de desamparo, desde mi punto de vista, la Administración debería comunicar al

[990] Por ello, el Fiscal debe trabajar codo con codo con las Administraciones, colaborando con los servicios de protección de menores y controlando sus actuaciones. Así resulta de la Memoria del año 1991 elevada al Gobierno por el Fiscal General del Estado, Madrid, 1992, pág. 498.

[991] En Cataluña, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, ha establecido que la Administración competente deberá comunicar al Ministerio fiscal la adopción de medidas que comporten la separación del menor de su familia. La propia Ley, tras la reforma del año 2002, ha previsto la intervención del Ministerio Fiscal al regular la "atención especial a la población adolescente con conductas de alto riesgo social"; las medidas preventivas y educativas previstas deberán adoptarse en todo caso con el consentimiento del representante legal del adolescente y si este faltara o se opusiera sin fundamento, sería necesario solicitar autorización judicial, una vez escuchado el Ministerio Fiscal (art. 47). Ver, asimismo, la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (art. 63.2).

Ministerio Fiscal el acuerdo de iniciación del procedimiento administrativo dirigido a verificar una situación de riesgo, desamparo o dificultad social y establecer las oportunas medidas de protección. De forma que el Fiscal podrá personarse y ser parte en el procedimiento en el curso del cual se examinarán las circunstancias del menor y, en su caso, se declarará la situación de riesgo, desamparo o dificultad social y se adoptarán las necesarias medidas de protección. La función del Fiscal no debería limitarse a un control *ex post*, referido a la resolución administrativa, sino que deberá tener la oportunidad de participar en el procedimiento administrativo en el que se adopta una decisión en interés del menor[992]. El Fiscal tiene la consideración de interesado en estos procedimientos, en la medida que tiene atribuida la función de salvaguardar los derechos e intereses de los menores.

> La Carta Europea de los Derechos del niño dispone en su punto 8.14 "*en la totalidad de procedimientos* (también los administrativos) *deberá ser parte obligatoriamente el ministerio fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguarda de los derechos e intereses del niño*".

En cuanto al plazo dentro del cual la Administración deberá notificar al Ministerio Fiscal las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores, del art. 172 del Código civil resultaría que la resolución de desamparo deberá ser comunicada en el plazo de cuarenta y ocho horas. En cambio, en Cataluña, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de protección de los menores desamparados, establece que la resolución de desamparo será comunicada al Fiscal en el plazo máximo de dos días (art. 2.3)[993]. Estos plazos podrían considerarse extensibles a todas las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores.

Por otra parte, en el momento de notificar al Ministerio Fiscal las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores, deberá acompañarse el conjunto del expediente administrativo. En especial, es importante que el Fiscal conozca los estudios e informes sobre la situación del menor y su entorno socio-familiar, realizados en el curso del procedimiento dirigido a adoptar la decisión que se notifica.

---

[992] En el mismo sentido se ha pronunciado VARGAS CABRERA, Bartolomé "El Ministerio Fiscal y los servicios sociales de protección al menor", ponencia presentada en las *Jornadas de Protección al* Menor, celebradas en San Sebastián en diciembre de 1988, ponencia de la que se hace eco MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "Intervención del Fiscal en el campo de la protección de menores. Actividad judicial y extrajudicial" (ponencia presentada el 2001 y que el autor ha tenido la gentileza de facilitarme).

[993] En la práctica administrativa, parece que se viene realizando una comunicación inmediata a través de fax y, con posterioridad, se practica la comunicación formal. Así lo pone de relieve MIRANDA ESTRAMPES, Manual, "Intervención del Fiscal en el campo de la protección de menores. Actividad judicial y extrajudicial", 2001, (ponencia no publicada pág. 18). Asimismo, en el Anteproyecto de Ley por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña se prevé la comunicación al Fiscal en el plazo de dos días (art. 226-2).

La función de vigilancia y control atribuida al Fiscal tiene un doble alcance. El control se referirá tanto a los aspectos formales de las resoluciones administrativas como a los aspectos materiales.

Así, por un lado, el Fiscal controlará que la Administración ha respetado el procedimiento legalmente establecido. En especial, el trámite de audiencia a todos los interesados y, de forma destacada, al propio menor[994]. Por otra parte, el Fiscal deberá controlar que la resolución administrativa esté debidamente motivada, expresando los hechos y circunstancias por las cuales aquella decisión es la más conveniente para el interés superior del menor. Además, el Fiscal también ha de controlar que la resolución administrativa haya sido debidamente notificada a los padres u otros responsables del menor y, en su caso, al propio menor; en el supuesto que la resolución no hubiera sido notificada, se deberá comunicar al Fiscal las razones que justifican o explican la falta de notificación.

En cuanto a los aspectos materiales de las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores, el Fiscal deberá controlar que la actuación administrativa se ajuste a la legalidad y a los principios que rigen la materia, en especial el interés superior del menor. Así, por lo que se refiere a las resoluciones en materia de desamparo, corresponde al Fiscal examinar que las circunstancias del menor y su entorno socio-familiar justifican la declaración de desamparo y que la medida de protección acordada por la Administración es la más conveniente para el interés del menor.

Por otra parte, el Ministerio Fiscal controlará, en su caso, el régimen de visitas establecido por la Administración entre el menor sometido a tutela y su familia. Debe tenerse en cuenta que la asunción de la tutela por la Administración de un menor en situación de desamparo y la adopción de medidas que impliquen la separación del núcleo familiar no comporta la privación o suspensión de las relaciones personales. Por tanto, la Administración deberá notificar, asimismo, al Ministerio Fiscal el régimen de visitas establecido. En la medida que la Administración deberá remitir al Ministerio Fiscal el documento de formalización de la medida de acogimiento (art. 174 Cc.), en el mismo constará "la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido" (art. 173.2, 3º a) del Cc.). Por otra parte, en el caso de que la Administración hubiera considerado conveniente no establecer un régimen de visitas, en la resolución administrativa en la que acuerda la medida de protección deberá expresar las razones de dicha decisión, teniendo en cuenta el interés del menor; esta resolución administrativa deberá ser, asimismo, notificada al Mi-

[994] El art. 9.3 de la Ley orgánica1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, establece que en aquellos casos en que el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada *y comunicada al Ministerio Fiscal*.

nisterio Fiscal que conocerá y controlará las razones por las que se ha suspendido o suprimido el derecho de visitas entre el menor y su familia.

B) *El control de la actividad administrativa protectora. En especial, el control de las funciones tutelares*

Las Administraciones —como se ha dicho— deberán notificar al Ministerio Fiscal, no sólo las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores, sino cualquier novedad en las circunstancias de los menores. Debe tenerse en cuenta que la actividad administrativa protectora ha de tener un carácter flexible, esto es, deberá adecuarse en todo momento a las cambiantes circunstancias del menor y de su entorno socio-familiar. La función de control de la actuación administrativa protectora no se limita a cuestiones formales o procedimentales, el control se extiende a la totalidad de actuaciones administrativas —también de carácter material— realizadas en este ámbito. Por ello, el citado art. 174 del Código Civil también atribuye al Ministerio Fiscal la tarea de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y, en su caso, promover ante la autoridad judicial las medidas de protección que estime necesarias[995].

Por tanto, el Ministerio Fiscal deberá comprobar de forma permanente las circunstancias de aquellos menores que son tutelados o están bajo la guarda de una Administración pública. Por otra parte, el Ministerio Fiscal ha de comprobar que el instrumento y la medida de protección es la más apropiada para aquel caso. Así, la Administración no podrá constituir una guarda administrativa cuando lo que corresponde es asumir la tutela del menor desamparado. Por otra parte, la Administración tampoco podría declarar al menor desamparado y asumir su tutela para aplicar una medida de protección que implique la separación de su familia, cuando se trata de un menor en situación de riesgo al que podrían aplicarse medidas en el propio entorno familiar del menor, y viceversa.

En la práctica, las Administraciones deberían remitir cada seis meses al Ministerio Fiscal un informe sobre la evolución de la situación personal y socio-familiar de los menores tutelados y las perspectivas de una posible reintegración familiar. Ahora bien, con independencia del control semestral, el Ministerio Fiscal en cualquier momento podrá solicitar la información que estime necesaria a las Administraciones competentes.

[995] Así, por ejemplo, cuando la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, regula el acogimiento residencial, establece que el director del centro ejercerá la guarda "bajo la vigilancia de la Administración y la superior del Ministerio Fiscal" (art. 36.3). El mismo precepto establece que los cambios de centro de protección deberán acordarse por resolución motivada que será "comunicada inmediatamente al Ministerio Fiscal". Ver, asimismo, el Decreto andaluz 355/2003, de 16 de diciembre, del acogimiento residencial de menores (arts. 32.4, 16.5, 47).

Por otra parte, las funciones de vigilancia y control de la actividad administrativa protectora alcanzan también a los centros que acogen menores —tal como dispone el art. 21.4 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor— ya sean centros directamente gestionados por las Administraciones públicas o centros privados colaboradores[996]. En cumplimiento de esta función, el Ministerio Fiscal deberá visitar regularmente los centros de acogida y residenciales con el fin de conocer su organización, funcionamiento y proyecto educativo[997]. Por otra parte, estas visitas a los centros constituyen un cauce que permitirá, en su caso, que los menores pongan en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que consideren que atentan contra sus derechos, a fin de que este promueva las acciones oportunas[998].

Con el objeto de desarrollar de forma eficaz las funciones de vigilancia y control de la actuación administrativa protectora, el Ministerio Fiscal habrá de llevar un expediente de cada uno de los menores en situación de desprotección. Así, el Ministerio Fiscal debería proceder a la apertura de un expediente siempre que tenga conocimiento, a través de la comunicación de la Administración, de un menor sometido a la tutela o guarda administrativa o al que —por encontrarse en situación de riesgo o dificultad social— se están aplicando medidas que suponen una intervención directa e individualizada sobre el menor que inciden en el ejercicio de los deberes legales de protección atribuidos a padres o tutores. Asimismo, la Fiscalía abrirá un expediente cuando conozca a través de la comunicación de otras autoridades, particulares o del propio menor, de una posible situación de desprotección. En el expediente de la Fiscalía se harán constar todas las actuaciones e incidencias relativas al menor, las resoluciones y expedientes de los que le hubiera dado trasladado la Administración u otras autoridades. De forma que en el momento

[996] Así, en Canarias, el Decreto 40/2000, de 15 de marzo, de organización y funcionamiento de los centros de atención, prevé en su art. 59 un régimen de comunicaciones con el Ministerio fiscal y dispone que los directores de los centros remitirán, directamente o a través de la entidad titular del centro, cuantos informes y propuestas le sean solicitados.

[997] Además, el Fiscal deberá conocer los Reglamentos de régimen interno de los centros, en especial, el régimen disciplinario, con el fin de comprobar que, en todo caso quedan garantizados los derechos de los menores y se respeten los principios que rigen la actuación en materia de menores. Cuando el legislador catalán regula el "estatuto de la población menor acogida en centro de atención a personas menores", prevé que la imposición de medidas correctoras a los menores residentes deberá comunicarse dentro de las veinticuatro horas desde su adopción al Ministerio Fiscal (art. 52.3 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparos, modificada por la Ley 8/2002, de 27 de mayo). Ver, asimismo, el Decreto de Canarias 40/2000, de 15 de marzo, de organización y funcionamiento de los centros de atención (art. 63).

[998] Art. 10. b) de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. En Andalucía, el Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, del acogimiento residencial de menores, en su art. 16 reconoce el derecho de los menores y sus familiares a expresar su disconformidad sobre cualquier aspecto de la atención residencial; en el apartado 5 se prevé que los menores puedan plantear directamente sus quejas al Ministerio Fiscal; a tal efecto, los centros indicarán el procedimiento establecido para ello y facilitaran toda la información que solicite el Ministerio Fiscal. Ver, asimismo, entre otros, el Decreto de Castilla y León 37/2004, de 1 de abril, sobre los centros de atención de menores (art. 23 b).

en que el Ministerio Fiscal deba realizar alguna actuación relativa a un concreto menor podrá examinar el expediente de la Fiscalía para conocer la situación del concreto menor[999].

Por otra parte, según ha establecido el art. 23 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, para el ejercicio de la función de vigilancia de la tutela administrativa deberá llevarse en cada Fiscalía un Índice de Tutelas de Menores.

El desarrollo eficaz de la tarea de superior vigilancia de la actuación administrativa de protección de menores que la Ley atribuye al Ministerio Fiscal, hace necesario establecer cauces para la cooperación y coordinación con las Administraciones competentes. A tal efecto, será conveniente mantener un diálogo permanente. En esta línea, en una nota de servicio de 26 de febrero de 1988, la Fiscalía General del Estado instaba a las Fiscalías a mantener contactos frecuentes con las Administraciones públicas que tuvieran encomendada en su respectivo territorio competencias en materia de protección de menores[1000].

2. Las actuaciones procesales. La impugnación judicial de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y las actuaciones frente a la inactividad de la Administración

La Ley encomienda al Ministerio Fiscal la tarea de realizar un seguimiento de la actuación administrativa protectora con el fin de salvaguardar los derechos e intereses de los menores. Por está razón, como se ha visto, la Administración deberá dar cuenta al Ministerio Fiscal de las decisiones adoptadas. Por su parte, el Ministerio Fiscal podrá promover ante la autoridad judicial la modificación, suspensión o cese de las medidas de protección adoptadas por las Administraciones.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha regulado un proceso especial para la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (art. 748.6). Se trata de un proceso contencioso que se sustancia por los trámites del juicio verbal con las especialidades previstas en la propia Ley (art. 753 en relación con el art. 780). En este proceso, el Ministerio Fiscal podrá actuar como parte demandante si ejercita la pretensión de oposición y, en caso contrario, como parte demandada necesaria (art. 749).

---

[999] Así lo señala MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "Intervención del Fiscal en el campo de la protección de menores. Actividad judicial y extrajudicial", 2001, (ponencia no publicada, pág. 26). Ver, asimismo, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Mª Teresa, *La tutela "ex lege"... cit.*, pág. 70.

[1000] Vid. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "Intervención del Fiscal en el campo de la protección de menores. Actividad judicial y extrajudicial", 2001, (ponencia no publicada pág. 29).

A) *La promoción de la modificación, suspensión o cese de las medidas administrativas de protección*

La Administración, como se ha visto, deberá comunicar al Ministerio Fiscal todas las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores[1001]. Aquellas que supongan una intervención directa e individualizada sobre el menor y su entorno socio-familiar. En su función de control de la actuación administrativa protectora, cuando el Ministerio Fiscal considere que la Administración no ha adoptado las medidas de asistencia y protección más convenientes, deberá promover ante la autoridad judicial la modificación, suspensión o cese de las mismas.

> En Cataluña, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados, ha establecido que la Administración competente deberá comunicar al Ministerio Fiscal las medidas de protección adoptadas que comporten la separación de los menores de su familia[1002]. El Fiscal, a la vistas de las actuaciones, podrá instar a la autoridad judicial la modificación o la suspensión de la medida de protección acordada por la Administración (art. 6.1) [1003].

Ahora bien, cuando el Ministerio Fiscal considere que la medida adoptada por la Administración no resulte la más conveniente para el interés superior del menor, antes de acudir a la autoridad judicial, debería instar a la propia Administración la modificación o cese de la medida. Aunque la norma no lo prevé expresamente, el Ministerio Fiscal debería solicitar en primer lugar a la Administración la modificación de aquellas actuaciones que pudieran no resultar adecuadas para el interés superior del menor y sólo cuando tal requerimiento no fuera atendido acudir ante la autoridad judicial. En interés del

[1001] Como se ha dicho, el art. 174.2 del Código Civil sólo se refiere a las resoluciones administrativas relativas a la constitución, variación y cese de las tutelas, guardas y acogimientos. Sin embargo, con posterioridad a la incorporación de este precepto al Código Civil, se ha ido ampliando el ámbito de la acción protectora encomendada a la Administración. Así, en la actualidad, la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, regula un proceso especial cuyo objeto es la oposición a todo tipo de resolución administrativa dictada en materia de protección de menores (art. 748.6).

[1002] Debe tenerse en cuenta que en Cataluña, a diferencia de lo que acaece en la legislación estatal sobre la materia, la Administración que tiene atribuida la tutela de menor desamparado, puede acordar aplicar la medida de acogimiento por persona o familia sin el consentimiento de los padres o tutores (arts. 10 y 11 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre). Es más, en el Anteproyecto de Ley (abril 2006) del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, se prevé que ni siquiera es necesario el asentimiento de los padres para constituir el acogimiento preadoptivo por la Administración (art. 235-36).

[1003] Entre las medidas de protección de los menores desamparados que contempla la citada Ley, se prevé la aplicación como medida específica, para aquellos que hubieran rechazado otras medidas, el ingreso en centros o unidades con restricción o supresión de salidas por un tiempo limitado (según resulta del preámbulo de la Ley 8/2002, de 27 de mayo, por la que se ha modificado la Ley 37/1991). Esta medida ha sido concebida para ser aplicada a los menores inmigrantes indocumentados (MEINA). Pues bien, la Ley ha dispuesto que la adopción de este tipo de medida deberá notificarse a la Fiscalía antes de las veinticuatro horas siguientes al ingreso (art. 5 bis). Así, el Fiscal podrá instar, en su caso, a la autoridad judicial la modificación o suspensión de esta medida, al amparo de lo dispuesto en el art. 6.1 de la propia Ley.

propio menor, el Fiscal debe ser en primer término colaborador de la Administración y sólo en última instancia someter a ésta a un control judicial de su actuación. Por otra parte, la propia Ley advierte que la vigilancia del Ministerio de Fiscal no exime a la Administración de su responsabilidad con el menor (art. 174.3 del Código civil).

El Ministerio Fiscal está legitimado para oponerse a las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores y actuar como parte demandante. Por otra parte, el Ministerio Fiscal tendrá la condición de parte demandada en todos los procesos que hubieran sido iniciados a instancia de cualquier persona[1004].

La disposición adicional 3ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, faculta al Ministerio Fiscal para actuar de oficio en interés del menor, en el marco de los procedimientos de jurisdicción voluntaria de los títulos IX y X del Libro I del Código Civil, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estime oportunas, según establece. Ahora bien, la remisión al procedimiento de jurisdicción voluntaria debe entenderse actualmente referida al procedimiento que ha establecido la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su art. 780 para oponerse a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, ya que este nuevo procedimiento ha venido a sustituir al procedimiento de jurisdicción voluntaria. Ahora bien, la citada disposición adicional 3ª establecía ciertas particularidades referidas al procedimiento de jurisdicción voluntaria que serían aplicables al nuevo procedimiento judicial. Así, por lo que se refiere al papel del Ministerio Fiscal podrá actuar de oficio en interés del menor y, en su caso, suplirá la pasividad de los particulares y les asesorará sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes. De forma que los padres o tutores podrían solicitar al Ministerio Fiscal que planteara la oposición frente a una resolución administrativa en materia de protección de menores.

B) *La actuación del Ministerio Fiscal frente a la inactividad de la Administración*

El Ministerio Fiscal, como se ha visto, controla y supervisa la actividad de la Administración en materia de protección de menores para, en su caso, promover ante la autoridad judicial la modificación o cese de las medidas acordadas. Por esta razón la Administración le debe comunicar las resoluciones administrativas dictadas en esta materia y darle cuenta de todas las inci-

[1004] Art. 749.2 en relación con el art. 748.6º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

dencias de interés en las circunstancias de los menores. Ahora bien, el Ministerio Fiscal también puede promover la actuación de la Administración siempre que tenga conocimiento de la existencia de un menor en situación de desprotección. De forma que el Ministerio Fiscal también controlará la inactividad de la Administración que suponga lesión o menoscabo del derecho de los menores en situación vulnerable a recibir asistencia y protección de las Administración Públicas.

El propio menor puede dirigirse al Ministerio Fiscal para poner en su conocimiento las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que este promueva las acciones oportunas[1005]. Además, el Ministerio Fiscal puede tener conocimiento de una situación de desprotección a través de los servicios sanitarios, educativos, sociales, la policía o denuncias de particulares. En estos casos, el Ministerio Fiscal deberá poner los hechos en conocimiento de la Administración competente —acompañando todos los datos que tenga sobre la situación del menor— y la instará a realizar las averiguaciones oportunas y a brindar, en su caso, la necesaria protección. Por su parte, la Administración deberá comunicar al Ministerio Fiscal el resultado de sus actuaciones.

En aquellos casos que la Administración no adoptara las necesarias medidas de protección, el Ministerio Fiscal podría acudir a la autoridad judicial, para solicitar la adopción de las medidas "que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios", al amparo el art. 158.3 del Código civil. Este precepto establece que "estas medidas podrán adoptarse centro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria" (el Anteproyecto de Ley (abril 2006) del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, contiene una previsión similar en el art. 236-3). Es más, el propio menor o cualquier pariente podría instar al Juez a dictar estas medidas.

La actual redacción del art. 158 del Código Civil proviene de la disposición final 4ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica el menor. Pues bien, en la Exposición de Motivos de esta Ley se declara que "respecto a las medidas que los Jueces pueden adoptar para evitar situaciones perjudiciales para los hijos, que contempla actualmente el Código Civil en el artículo 158, se amplían a todos los menores, y a situaciones que exceden el ámbito de las relaciones paterno-filiales, haciéndose extensivas a las derivadas de la tutela y de la guarda, y se establece la posibilidad de que el Juez las adopte con carácter cautelar al inicio o en el curso de cualquier proceso civil o penal". El propio legislador afirma que "se trata de consagrar un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimiento tanto admi-

[1005] Así lo establece el art. 10.2 b) de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

nistrativos como judiciales que afectan a menores para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de aquellos". La finalidad es que el menor "no quede indefenso o desprotegido en ningún momento".

Así, al amparo del referido art. 158 del Código Civil, el Ministerio Fiscal podría instar ante la autoridad judicial la adopción de la guarda judicial. El propio art. 172.2 *in fine* dispone que "se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda"[1006].

C) *La actuación del Ministerio Fiscal en defensa del derecho del menor a la intimidad familiar*

La Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, en su art. 4 reconoce a los menores el derecho a la intimidad personal y familiar. El precepto encomienda a los padres o tutores la protección de este derecho frente a posibles ataques de terceros. Asimismo, el propio precepto dispone que corresponde al Ministerio Fiscal, actuar de oficio, a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, en defensa de este derecho. De forma que podría suceder que los padres o tutores del menor instaran al Ministerio Fiscal a actuar en defensa del derecho del menor a su intimidad familiar, cuando la Administración lleva a cabo cierta intromisión en la vida familiar con el fin de verificar una posible situación de riesgo o desamparo y brindar, en su caso, al menor la protección necesaria. En este caso, al efecto de determinar si la actuación de la Administración podría constituir una intromisión ilegítima, sería posible acudir al art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades públicas, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, en el que se reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar y se establece, según resulta del propio tenor del precepto y de la jurisprudencia recaída sobre el mismo, que toda injerencia de una autoridad pública en el ejercicio de este derecho debe estar prevista en una ley, perseguir un fin legítimo (ser necesaria para la protección de los derechos y libertades de los demás —en este caso del menor—) y ser necesaria en una sociedad democrática[1007].

[1006] Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 103.1 del Código Civil, en el marco de un proceso matrimonial de nulidad, separación o divorcio, el Juez podrá, de forma excepcional, encomendar a los hijos a "otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez". En Cataluña, ver el Anteproyecto de Libro Segundo de Código Civil, relativo a la persona y la familia (art. 233-11.5).

[1007] Entre otras, Sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 26 de febrero de 2002 (JUR 2002\90046), asunto Kutner contra Alemania; de 24 de marzo de 1988 (TEDH 1988\2), asunto Olsson contra Suecia; Sentencia de 12 de julio 2001 (TEDH 2001\467), asunto K. y T. contra Finlandia; Sentencia de 19 de septiembre de 2000 (TEDH 2000\440), asunto Benjamín Gnagoré contra Francia.

II. LA CUESTIÓN DEL ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER LOS RECURSOS FRENTE A LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

1. La atribución al orden jurisdiccional civil del control de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores

Las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores, de forma general, y en particular aquellas mediante las que se declara el desamparo y se adoptan determinadas medidas de protección, están dotadas de las características propias de los actos de la Administración sujetos al Derecho administrativo[1008]. Por tanto, en principio, el control de las mismas debería corresponder a los Tribunales del orden contencioso-administrativo.

> En efecto, el art. 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa establece que los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo. Ahora bien, la propia Ley dispone en su art. 3 a) que "no corresponden al orden jurisdiccional contencioso administrativo: "las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social *aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración Pública*".
>
> En la STS de 12 de enero 2004, dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo (REC. 538/2001; S. 3ª), el Tribunal remite a una sentencia anterior (fundamento de derecho quinto) en la que se afirmaba lo que sigue "*tradicionalmente se ha admitido que el criterio para atribuir competencia al orden jurisdiccional civil o contencioso-administrativo está constituido por la posición que adopte la Administración en sus relaciones con las demás personas físicas o jurídicas. Cuando aparece como sujeto de derechos y obligaciones en situación de igualdad con los particulares se someterá al Derecho privado y corresponderá la jurisdicción al orden civil. Cuando actué en el ejercicio de una función pública típicamente administrativa, esto es, como poder público, manifestando su voluntad a través de actos ad-*

[1008] No obstante, debe advertirse que en el Ordenamiento estatal la aplicación de la medida de acogimiento familiar (no provisional) en ejercicio de la tutela administrativa requiere el consentimiento de los padres o tutores cuando fueran conocidos. En caso de que los padres o tutores no consientan o se opongan, será necesaria la constitución judicial. Por tanto, como vemos, en el ámbito estatal, la Administración no goza de autotutela para imponer esta medida (art. 173 del Código Civil). En cambio, en el Ordenamiento catalán, la Administración puede imponer la medida de acogimiento familiar simple mediante una resolución administrativa, sin necesidad de recabar el consentimiento de los padres o tutores (art. 11 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre). Asimismo, el Anteproyecto de Ley del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña (abril 2006) prevé, incluso, la constitución del acogimiento preadoptivo mediante una resolución administrativa, ejecutiva y ejecutoria, sin necesidad siquieradel asentimiento de los padres (art. 235-36). Por otra parte, según se ha visto páginas antes, algunas normas autonómicas no atribuyen a las Administraciones el privilegio de la autotutela para imponer medidas de asistencia a los menores en situación de dificultad social; así, en el caso de Cataluña o Castilla-La Mancha, cuando los responsables del menor no prestan su consentimiento a la aplicación de estas medidas, la Administración no puede imponerlas de manera forzosa, debe solicitar autorización judicial.

*ministrativos sujetos al Derecho administrativo, la jurisdicción corresponderá a los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Existen, sin embargo, supuestos —a veces caracterizados como "**Administración pública de Derecho privado**"— en los que, aun actuando la autoridad en el ejercicio de potestades públicas, su actividad tiene por objeto la garantía o definición de relaciones de Derecho privado.* En estos casos, por lo general, nuestro ordenamiento jurídico considera prevalente el carácter objetivo de la materia, definiendo la "cuestión civil" planteada a la jurisdicción de esta clase".

Pues bien, la resolución administrativa mediante la que la Administración declara la situación de desamparo y adopta las oportunas medidas de protección es un acto administrativo que, como vimos, goza de las características propias de los actos administrativo (presunción de validez y, por tanto, eficacia inmediata y la consiguiente ejecutividad). La razón que explica que finalmente se haya atribuido su control a los Tribunales del orden civil es la incidencia de estos actos administrativos en la definición o configuración de relaciones de Derecho privado. No se trata, pues, de que la Administración actúe en situación de igualdad con los particulares y, por tanto, sometida al Derecho privado. La Administración actúa como poder público investida de prerrogativas. Sin embargo, su actuación afecta al contenido de relaciones de Derecho privado.

En efecto, el legislador ha residenciado el control de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores en los Tribunales del orden jurisdiccional civil. La pregunta sería cómo y por qué. Pues bien, la respuesta a esta cuestión requiere volver nuestra mirada al pasado. En efecto, cuando el legislador estatal incorpora al Código Civil la figura de la tutela *ex lege* de las Administraciones públicas (mediante la Ley 21/1987, de 11 de noviembre) omite cualquier referencia al régimen de recursos contra las resoluciones de desamparo. Al no regularse la vía a través de la cual impugnar esta clase de resoluciones administrativas, se plantea el problema de determinar el cauce procesal que permita canalizar la oposición a las resoluciones de desamparo y aquellas por las que se adoptan medidas de protección por la Administración que tiene encomendada la tutela del menor.

Pues bien, la doctrina civilista, que califica la tutela administrativa de institución civil por el simple hecho de haber sido regulada por el Código Civil y, en cierta manera, la asimila a una tutela ordinaria —aunque con ciertas particularidades—, considera que la competencia para conocer los conflictos que puedan plantearse debe corresponder a los Tribunales del orden jurisdiccional civil y propugna la aplicación de la disposición transitoria 10ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que remitía a las normas de jurisdicción voluntaria para la resolución de las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones entre cónyuges[1009]. En cambio, a la doctri-

[1009] Esta disposición establecía que "mientras no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil, se aplicarán las normas de la Jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan...

na administrativa prácticamente le pasó inadvertido este nuevo ámbito de actuación administrativa. Así, ante la ausencia de previsión legal, el camino seguido en la práctica fue el apuntado por una parte de la doctrina civil.

> Sin embargo, debe advertirse que en este periodo de incertidumbre se acudió en ciertos casos a la jurisdicción contencioso-administrativa para recurrir las resoluciones administrativas mediante la que se declaraba a un menor desamparado y se adoptaba la consiguiente medida de protección en el marco de la tutela. Así sucedió, entre otros, en el supuesto del que conoce la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 5 de julio de 1996 (RJCA 1996\2093), los Tribunales del orden contencioso administrativo conocen y resuelven un recurso interpuesto frente a una resolución administrativa mediante la que se declaraba a un menor desamparo[1010].
>
> La ausencia de regulación legal condujo, finalmente, al planteamiento de un conflicto de competencias negativo que fue resuelto mediante el Auto del Tribunal Supremo (Sala de Conflictos de Competencia) de 9 de julio de 1998 (RJ 1998\1571). En efecto, interpuesto ante los Tribunales civiles un recurso frente a una resolución administrativa mediante la que la Administración declaraba a un menor desamparado y asumía la consiguiente tutela, éstos se habían declarado incompetentes y remitieron a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Habiendo sido interpuesto de nuevo recurso ante este orden jurisdiccional, estos Tribunales se declararon asimismo incompetentes, quedando así formalizado el conflicto. Pues bien, la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo resuelve que la competencia corresponde al orden jurisdiccional civil ya que, aunque la resolución administrativa se dicta aplicando normas procedimentales administrativas, la materia se rige por el Código Civil[1011].

Es necesario tener en cuenta que de la resolución administrativa de desamparo también derivan, por obra de la ley, ciertos efectos civiles, ya que el legislador anuda a la atribución de la tutela a la Administración el efecto de suspender de forma automática la patria potestad o la tutela ordinaria. Por tanto, estaríamos ante uno de esos supuestos calificados por el Tribunal Supremo como "*Administración pública de Derecho privado*"[1012]. La Adminis-

---

para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente. En el indicado procedimiento, los recursos se admitirán, en todo caso, en un solo efecto. Quedarán siempre a salvo el ejercicio de las acciones correspondientes en la vía judicial ordinaria". Además, poco después, la Ley 13/1983, de 14 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, estableció en su disposición adicional que los "procedimientos derivados de los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil se tramitarán por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre jurisdicción voluntaria". Vid. BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo... cit.*, págs. 145-157; IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda asistencial... cit.*, págs. 304-315.

[1010] Ver, asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de julio de 1996 (RJCA 1996\891) o las del mismo Tribunal de 12 julio 1996 (RJCA 1996\2098) o de 9 de julio 1996 (RJCA 1996\2096).

[1011] Por otra parte, el Tribunal entra a analizar, asimismo, el procedimiento a seguir y remite al procedimiento de jurisdicción voluntaria, aunque admitiendo la posibilidad de acudir con posterioridad al juicio declarativo de menor cuantía. Ver, asimismo, la STS de 14 de marzo de 2001 (RJ 2001\2296)

[1012] STS de 12 de enero 2004 (REC. 538/2001; S. 3ª).

tración, en ejercicio de una potestad administrativa, dicta actos que afectan a la definición de relaciones de Derecho privado. Pues bien, del examen de la legislación aplicable en materia de protección de los menores desamparados resulta que el legislador, en el momento de considerar la oposición judicial a las resoluciones administrativas sobre desamparo y tutela de la Administración, parece considerar fundamentalmente la oposición de los padres o tutores que, precisamente, discutirían la resolución de desamparo para impedir que se produzca el efecto de quedar suspendida la patria potestad o la tutela[1013]. Esta podría ser asimismo una razón más que explicaría que finalmente se haya optado por atribuir al orden jurisdiccional civil el conocimiento de los recursos contra las resoluciones administrativas dictadas en esta materia. Sin embargo, en otros sistemas jurídicos, como en Suecia, corresponde a los Tribunales de lo contencioso-administrativo el conocimiento de estas materias[1014].

Así, el art. 172.6 del Código civil, redactado conforme a la disposición final 5ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, dispuso que "las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la Ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa". Es más, la disposición adicional primera de la citada Ley orgánica remitió a las normas de la jurisdicción voluntaria, no sólo para recurrir las resoluciones administrativas de desamparo, sino "para cualesquiera otras reclamaciones frente a resoluciones de las entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o guarda de menores". Con posterioridad, como veremos, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha regulado un proceso especial para oponerse a cualquier resolución administrativa dictada en materia de protección de menores (art. 748.6 en relación con los arts. 779 a 781).

2. La delimitación del orden jurisdiccional competente en base a la distinción entre resoluciones administrativas con efecto protector y resoluciones administrativas en materia de protección de menores

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, regula el procedimiento de oposición a las "*resoluciones administrativas en materia de pro-*

[1013] En efecto, el control judicial de la actuación de la Administración en materia de protección de menores tiene por objeto principal la tutela judicial de los responsables legales del menor, que han visto como la Administración hay interferido en el ejercicio de la patria potestad o la tutela ordinaria. En cambio, desde mi punto de vista, el control judicial debería dirigirse en primer término a asegurar que el menor tenga garantizado en todo momento su derecho a la protección pública y la debida tutela judicial de este derecho. Sin embargo, falta el cauce procesal adecuado para controlar de modo efectivo la inactividad de la Administración en materia de protección de menores; esta es una necesidad que se hace acuciante con relación a la protección de los menores inmigrantes no acompañados.

[1014] Ver, entre otras, la STEDH de 22 de abril 1992, asunto Rieme contra Suecia, en especial Ap. 39 (TEDH 1992\49) o la STEDH de 22 de junio 1989, asunto Erikson contra Suecia (TEDH 1989\12).

tección de menores". Ahora bien, la actividad administrativa de atención y protección de menores es muy variada. Así, como vimos, la actuación de las Administraciones puede tener por objeto la detección de situaciones de desprotección, la prevención —ya sea general o particular— y, en última instancia, la intervención en el entorno socio-familiar del menor. Por tanto, en función de cual fuera el objeto de la decisión administrativa podría incidir o no en las relaciones familiares, en la definición o configuración de relaciones de Derecho privado.

En consecuencia, es necesario precisar que debemos entender por "*resoluciones administrativas en materia de protección de menores*" a los efectos de remitir al control del orden jurisdiccional civil. Pues bien, según quedó apuntado al inicio del presente capítulo, al efecto de determinar el orden jurisdiccional al que corresponde el control de las decisiones de la Administración en materia de protección de menores, es necesario distinguir las resoluciones administrativas con efectos *indirectamente* protectores y las resoluciones administrativas *directamente* protectoras.

Las resoluciones con efectos *indirectamente* protectores tendrían por objeto la colaboración con la familia a través de diversas prestaciones, con el fin de garantizar a los menores la debida protección en el entorno familiar. Por tanto, en este caso la Administración actuaría en ejercicio de la función que tiene encomendada de colaboración con la familia. En cambio, las resoluciones de efectos *directamente* protectores suponen una intervención en el ámbito familiar. La Administración, en su función de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones familiares, interviene sobre el menor o su entorno socio-familiar. En este último caso, la actuación de la Administración afecta al ámbito de relaciones de Derecho privado y, por ello, esta clase de resoluciones administrativas han sido sometidas al control de los Juzgados y y Tribunales del orden jurisdiccional civil. Por tanto, la expresión "*resoluciones administrativas en materia de protección de menores*", del capítulo V, del Título primero, del Libro IV, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, contemplaría las resoluciones de efectos directamente protectores.

En cambio, las resoluciones administrativas de efectos indirectamente protectores, una vez agotada la vía administrativa, quedarían sometidas al control de los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ya que no suponen límite alguno a relaciones de Derecho privado, a las relaciones familiares.

3. La competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo para controlar actuaciones de la Administración en el ámbito de la protección de menores

A) *El control judicial de las resoluciones administrativas con efectos protectores*

En materia de atención y protección de menores, las Administraciones públicas desarrollan un conjunto de actividades que para nada inciden ni afectan a las relaciones familiares. Así, por ejemplo, las actuaciones dirigidas a la prevención general de situaciones de desprotección o la actividad desarrollada por las Administraciones públicas en ejercicio de su función de colaboración con las familias en la atención de los menores. En estos casos no podrá hablarse de "*Administración pública de Derecho privado*".

Pues bien, las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores que no afecten, limiten, definan o configuren las relaciones de Derecho privado entre el menor y su familia quedarían, en principio, sometidas al control de los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

> Por esta razón, el Decreto del Gobierno de Aragón 79/1995, de 18 de abril, de procedimientos de declaración de desamparo e instrumentos de protección establece en su disposición adicional que "las resoluciones que se tomen en el procedimiento de desamparo o en la aplicación de las medidas de protección se podrán impugnar mediante la interposición de las acciones correspondientes ante la jurisdicción civil, *excepto en la resolución por la que se conceda o deniegue la prestación económica de apoyo familiar* prevista en el art. 16 *que se podrá impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa previa la interposición del recurso ordinario ante el Consejero de Bienestar Social y Trabajo*".

B) *El control de los instrumentos de colaboración entre la Administración competente en materia de protección de menores y otras Administraciones o entidades privadas*

Entre las medidas de protección que puede adoptar la Administración que tiene atribuida la tutela de los menores desamparados o que ha asumido la guarda administrativa se encuentra el acogimiento institucional. Además, para brindar atención a los menores que se encuentren en riesgo o los que padezcan una situación de dificultad social, también se contempla su asistencia a centros de día. Según se ha visto con anterioridad, estos centros de atención de menores pueden estar gestionados por la propia Administración competente o bien tratarse de centros gestionados por otras entidades públicas o entidades privadas que colaboran con la Administración. Esta colaboración se articula a través de la celebración de convenios.

Pues bien, estos convenios de colaboración que se suscriben entre Administración públicas o con entidades privadas tienen naturaleza administrativa y para nada inciden sobre relaciones de Derecho privado. Por tanto, la competencia para conocer las controversias suscitadas en la interpretación y cumplimiento de los mismos corresponde a los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En efecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 31 de mayo de 1995 (AC 1995\1059), atribuye a estos convenios "*naturaleza administrativa*" y afirma que "se trata de una colaboración de la Guardería... ofertada a la administración para el servicio público de asistencia social de protección de menores en situación de desamparo", ya que la referida Administración "tiene asumidas las competencias de tutelar y prestar atención a los jóvenes y niños que, por circunstancias especiales e inadaptación, abandono o marginación, etc., necesitan de una protección específica por parte de los poderes públicos... de manera que la Consellería ejerce su potestad en la prestación del servicio público y en base a ello, la Guardería... desarrolla la tarea colaboradora asistencial de los menores bajo la tutela de la Administración". El Tribunal pone de relieve que en el propio convenio se establece, en aplicación de las normas vigentes, que la Administración "ejerce el control, inspección y seguimiento" sobre el centro colaborador "sin ninguna traba y condición y la periodicidad que crea oportuno y que la tramitación del ingreso de un menor en el Centro se hace siempre a través" de la Administración y de acuerdo con la normativa administrativa. Asimismo, en el propio convenio las partes atribuyen a la Administración "la facultad de suspender unilateralmente el convenio". Por todo ello, el Tribunal concluye "que el convenio es administrativo por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público... y porque el convenio revela presencia en la causa, de un fin público, como elemento esencial del mismo". En consecuencia, el Tribunal civil se declara incompetente y dispone que deber ser el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el que conozca las controversias suscitadas por el referido convenio de colaboración.

C) *El control de los vicios formales de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores*

Por otra parte, los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo también serían competentes para conocer los vicios formales de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. En efecto, en cada caso deberá actuar la Administración competente a través del correspondiente órgano administrativo. Además, la actuación de la Administración deberá ajustarse al procedimiento legalmente previsto. Así, podrían plantearse la invalidez de las resoluciones administrativas por cuestiones for-

males: la competencia de la Administración o del órgano actuante, la adecuación al procedimiento, la falta de motivación o la notificación defectuosa. Pues bien, el orden jurisdiccional contencioso administrativo se ha declarado competente para conocer los vicios formales de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores[1015]. Por tanto, este tipo de cuestiones podrían ser planteadas ante este orden jurisdiccional.

Sin embargo, también cabría plantear la invalidez de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores por vicios formales en el marco del proceso civil, como una cuestión prejudicial. El art. 10.1 de la Ley orgánica 6/1986, de 1 de julio, del Poder Judicial, establece que "a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente".

D) *Las autorizaciones de entrada a domicilio con el fin de ejecutar las resoluciones administrativas de protección de menores*

Los Juzgados de lo contencioso administrativo tienen atribuida la competencia para conocer de las autorizaciones de entrada en domicilio, con el fin de proceder a la ejecución forzosa de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Así se ha puesto de relieve páginas atrás al hacer referencia al carácter ejecutivo de las resoluciones administrativas de desamparo y aquellas por las que se adoptan medidas de protección en el marco de la tutela administrativa[1016].

En efecto, el art. 91.2 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (según redacción de la LO 6/1998, de 13 de julio) y el art. 8.6 la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, atribuyen a los Juzgados de lo contencioso-administrativo el conocimiento de las autorizaciones para la entrada en domicilios al efecto de proceder a la ejecución forzosa de los actos de la Administración pública.

El Juez de lo contencioso-administrativo autorizará, en su caso, la entrada en el domicilio a dichos efectos y establecerá la forma en que la Administración deberá proceder a ejecutar la resolución administrativa en materia de protección de menores.

[1015] Ver, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 30 de junio de 1999 (RJCA 1999\3296), la del Tribuna Superior de Justicia de Andalucía de 7 de mayo 2001 (JUR 2001\224366), las Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de julio de 1996 (RJCA 1996\891) y de 16 de diciembre de 1996 (RJCA 1996\2281).

[1016] Ver Capítulo V, epígrafe VII, apartado 4 C). Lo señalado a este respecto en el referido capítulo deberá completarse con las consideraciones sobre la materia que se expresan en este epígrafe. Por otra parte, así resulta, entre otras, de la Sentencia Audiencia Provincial de Badajoz de 21 de enero 2003 (JUR 2003\131621).

En el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 30 de enero de 2001 (RJCA 2001\337), el Tribunal conoce de un recurso interpuesto frente al Auto del Juez del Juzgado de los Contencioso-Administrativo, por el que se había autorizado a la Administración la entrada en un domicilio al efecto de ejecutar la resolución administrativa de desamparo y aplicar la medida de protección acordada. El referido Auto establecía los términos conforme a los cuales la Administración debía proceder a la ejecución: se autorizaba "la entrada de dos personas designadas" por la Administración "y de cinco agentes del cuerpo Nacional de Policía, como máximo... al objeto de proceder a la recogida del menor... en ejecución de la resolución... por la que se asumió la tutela de dicho menor, estableciéndose que dicha entrada se debe realizar en horas diurnas, en el plazo máximo de una semana, pudiendo repetirse la misma en dos ocasiones más de no ser hallado el menor en la primera. Debiéndose evitar actuaciones ajenas a su objeto, adoptándose las precauciones necesarias para no comprometer la reputación de los moradores, y en todo caso, respetando sus secretos e intimidad. Dando cuenta al Juzgado de haberla realizado y de cualquier incidencia ocurrida".

El control del Juez de lo contencioso-administrativo a los efectos de conceder la autorización deberá limitarse a comprobar que se han respetado los requisitos formales y si la entrada en el domicilio es una medida adecuada para hacer efectiva la actuación administrativa. Por tanto, valorará la efectiva necesidad de entrar en el domicilio para proceder a la ejecución del acto y, en su caso, que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del mismo.

Así, el Juez controlará que la resolución administrativa haya sido adoptada por el órgano competente, que el acto que se procede a ejecutar esté fundado en Derecho, que no se ha producido indefensión y que la ejecución del mismo exige la entrada en el domicilio. Aunque la autoridad judicial deberá ponderar las circunstancias concurrentes, no puede entrar a examinar en este proceso la legalidad intrínseca del acto para cuya ejecución se requiere su auxilio. El Juez se limitará a verificar la apariencia de legalidad del acto y la necesidad de proceder a su ejecución, actuando como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la Constitución).

> Según se afirma en el antes citado Auto del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 30 de enero de 2001 (RJCA 2001\337): "no procede en este momento y a los solos efectos de conceder o denegar la autorización solicitada, controlar la conformidad o disconformidad del acto que se pretende ejecutar... sino simplemente examinar si se han observado en la vía de ejecución forzosa los requisitos formales que, como garantía de los administrados, exige la LRJ-PAC y normas complementarias y, en todo caso, si la entrada en el domicilio solicitado es una medida adecuada y proporcionada para la efectividad de la actuación administrativa". El Tribunal declara que "debe partirse de la base de que el mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico, sometiendo la ejecución de los actos administrativos que precisen la entrada en un inmueble que constituya morada de

> un ciudadano, se configura como un procedimiento de garantía de los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio previstos y protegidos en el art. 18 de la Constitución. La función del Juez de Instancia y la de este Tribunal, se extiende no sólo a la competencia del órgano administrativo que dictó la resolución y a la ausencia de indefensión por parte de los interesados, sino que muy especialmente se ha de realizar un juicio de proporcionalidad, que valore los intereses en conflicto, de una parte la ejecución de un acto emanado de una autoridad pública, que evidentemente, ha de ser producido de forma regular, en el ejercicio de sus competencias o potestades y de otra parte el derecho fundamental en juego, de forma que aun cuando el acto administrativo sea regular la autorización puede ser denegada, si existe una desproporción entre el fin pretendido por dicha resolución y el derecho fundamental en juego, como ocurrirá frecuentemente si la finalidad de la resolución puede ser conseguida por otros medios que aun siendo muy gravosos para la Administración dejan indemnes el derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio"[1017].

No obstante lo anterior, en Cataluña se plantea el problema de la jurisdicción competente para conocer la autorización de entrada en un domicilio a los efectos de proceder a ejecutar la resolución administrativa por la que la Administración que tiene asumida la tutela de un menor desamparado aplica una medida de protección. En primer lugar, debe advertirse que Cataluña es la única Comunidad Autónoma del Estado en la que se plantea esta controversia. En efecto, en esta Comunidad los Tribunales del orden jurisdiccional civil han proclamado —a mi juicio de forma indebida— la competencia de los Juzgados de Primera Instancia para conocer las autorizaciones de entrada en domicilio solicitadas por la Administración para ejecutar resoluciones administrativas de desamparo y aplicación de medidas de protección. Cuál sería la explicación de que precisamente se haya planteado en Cataluña esta controversia. Pues bien, según se puso de relieve en el Capítulo II de este trabajo, al tratar la cuestión de la regulación de la figura de la tutela administrativa al amparo del título competencial legislación civil, Cataluña ha regulado este instrumento de protección al amparo del título competencial "legislación civil". Por esta razón es la Comunidad en la que más fuerte e intenso ha sido el proceso de "civilización" de esta figura jurídica, quedando excesivamente difuminados sus indudables perfiles "administrativos". No podemos olvidar, según se

[1017] El propio Tribunal Superior de Justicia cita la STC 76/1992, en la que el Tribunal Constitucional declaraba lo que sigue: la Ley ha atribuido al Juez "la función de garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución de los actos administrativos, por lo que antes que imponerle la obligación de autorización mecánica de esas entradas, que ninguna garantía ofrecería a los derechos fundamentales, le ha otorgado la potestad de controlar, además de que el interesado es, efectivamente, el titular del domicilio para cuya entrada se solicitaba la autorización, la necesidad de que dicha entrada para la ejecución del acto de la Administración, que éste sea dictado por la autoridad competente, que el acto aparezca fundado en Derecho y necesario para alcanzar el fin perseguido y, en fin que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto". Ver, asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de mayo de 2001 (JUR 2001\226119).

ha puesto de relieve a lo largo del estudio de la figura de la tutela administrativa y, en especial, de la resolución administrativa de desamparo, que estamos ante la actuación de una Administración pública que procede como poder público, investida de las prerrogativas propias de la denominada autotutela.

De una forma clara y contundente que no deja lugar a dudas, el art. 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone que "conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones la entrada en domicilios y resultantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, *siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública*".

No obstante, como se ha dicho, en Cataluña algunas resoluciones judiciales han proclamado la competencia de los Juzgados civiles. Este es el caso del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de diciembre de 1999 (recurso de apelación 799/1999)[1018]. Los argumentos jurídicos que se esgrimen en esta resolución judicial son los siguientes: 1º) En el art. 18 de la Constitución se proclama la inviolabilidad del domicilio y se dispone que no podrá realizarse ninguna entrada sin consentimiento del titular o resolución judicial. Sin embargo, "el repetido precepto no precisa la naturaleza del Tribunal que haya de acordar la autorización, con lo que es evidente que no determina el orden jurisdiccional competente". 2º) A continuación, la Audiencia Provincial de Barcelona invoca el ATC 272/85, conforme al cual el Juez penal no ostenta el monopolio de las autorizaciones de entrada en los domicilios. En la misma línea, cita la STC 59/95 en la que el Tribunal Constitución declaraba que "el art. 18.2 exige tan sólo una autorización judicial, sin ocuparse de precisar cuál ha de ser el Juez competente para darla ni el procedimiento a seguir". 3º) La Ley orgánica 7/1998, de 13 de julio, había suprimido el art. 87.2 de la LOPJ que atribuía a los Jueces de Instrucción la autorización de entrada en domicilio para proceder a la ejecución forzosa de los actos de la Administración. 4º) Lo anterior lleva a la Audiencia Provincial de Barcelona a atribuir a los Juzgados del orden jurisdiccional civil la competencia para autorizar la entrada en un domicilio cuando ello proceda para la ejecución forzosa de las resoluciones administrativas de desamparo, con fundamento en el art. 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece que los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para conocer de todas sus incidencias.

Tras repasar los argumentos esgrimidos por el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, lo primero que se pone de relieve es que el Tribunal ha

[1018] Este Auto es citado y su doctrina recogida por VILLAGRASA ALCAIDE, C. y COLLADO FIGUERAS, Y., *Criterios de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre Protección de Menores*, Cedecs, Barcelona, 2003, págs. 140-142.

pasado por alto que la propia Ley orgánica 6/1998, de 13 de julio, daba nueva redacción al art. 91 de la LOPJ, que pasaba a atribuir a los Juzgados de lo contencioso administrativo la autorización de entrada en los domicilios cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración. Pero es que, además, en la misma fecha fue aprobada la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que de forma clara atribuye, en su art. 8.6, a los Juzgados de este orden jurisdiccional el conocimiento de esta cuestión. En definitiva, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona examinado —y otros dictados en el mismo sentido— pasaban por alto preceptos fundamentales aplicables en la materia y, por ello, no puede compartirse la conclusión alcanzada.

Por otra parte, en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de julio de 2001 (recurso de apelación 239/2001)[1019] se llega a la misma conclusión y se considera a los Juzgados de Familia competentes para conocer la autorización de entrada en domicilio para proceder a la ejecución forzosa de una resolución de la Administración autonómica en materia de protección de menores. Los argumentos esgrimidos son los invocados por el Auto anteriormente citado. Además, ahora se añade que, como la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, atribuye en su Capítulo V del Libro IV competencia a los Juzgados de Primera Instancia para conocer de la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, "ha de estimarse que serán igualmente competentes para conocer los Juzgados de Primera Instancias de los incidentes que se planteen en la ejecución de tales resoluciones administrativas". No podemos explicarnos como ha llegado la Audiencia a esta estimación en contra del tenor literal de la normativa aplicable, tanto del art. 91.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial, como del art. 8.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Los mismos argumentos jurídicos han sido utilizados por la Audiencia Provincial de Barcelona en el Auto de 29 de diciembre 2004 (JUR 2005\33623). Además, se añaden nuevos fundamentos que ponen de relieve que el Tribunal vendría a confundir las medidas provisionales o cautelares con la ejecución forzosa de una resolución administrativa.

Desde mi punto de vista, el camino emprendido por la Audiencia Provincial de Barcelona no es el jurídicamente correcto. En nuestro Ordenamiento resulta clara la competencia de los Juzgados de lo contencioso administrativo para conocer las autorizaciones para entrada en domicilio cuando proceda para la ejecución forzosa de un acto dictado por una Administración pública (art. 8.6 LJCA y art. 91.2 LOPJ). Como así sucede cuando se trata de ejecutar una resolución administrativa por la que se ha declarado la situación

[1019] Este Auto es citado y la doctrina recogida por VILLAGRASA ALCAIDE, C. y COLLADO FIGUERAS, Y., *Criterios de la Audiencia... cit.*, págs. 175-177.

de desamparo de un menor y se ha acordado una medida de protección. No debe olvidarse que en el curso de este proceso al Juez tan solo le corresponde controlar cuestiones formales, sin entrar a examinar la legalidad intrínseca del acto de que se trate, control que corresponde únicamente a los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional civil. El Juez de lo contencioso-administrativo actúa únicamente como garante del derecho a la inviolabilidad del domicilio, verificando la apariencia de legalidad del acto y la necesidad de proceder a entrar en el domicilio para proceder a su ejecución[1020].

Por todo ello, sería deseable que en Cataluña se procediera a revisar esta posición generadora de conflictos y retardos innecesarios en los procesos judiciales, que causan el consiguiente perjuicio a los menores afectados.

III. EL CONTROL DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES POR EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL

1. La vía del proceso de jurisdicción voluntaria. Problemas planteados

La doctrina civil, como se ha dicho, ante la falta de una previsión expresa del legislador, había remitido como procedimiento más idóneo para impugnar las resoluciones administrativas de desamparo y asunción de tutela por la Administración al proceso de jurisdicción voluntaria[1021]. Sin embargo, este cauce procesal planteaba problemas en la práctica. La estructura de este proceso no facilita el enjuiciamiento contradictorio[1022]. Por ello, al existir contradicción entre las partes, el referido cauce procesal se mostraba inadecuado, lo que llevó a cuestionar la tutela judicial efectiva, dado que se producían importantes dilaciones e inseguridad jurídica.

> En La STC 298/1994, de 18 de octubre, el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo[1023] por vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela

[1020] Sobre esta cuestión ver el Auto de Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 30 de enero 2001 (RJCA 2001\337).

[1021] Ver en este mismo capítulo el apartado 1, al tratar la atribución al orden jurisdiccional civil del conocimiento de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. En relación con esta cuestión, GONZÁLEZ PILLADO, Esther y GRANDE SEARA, Pablo, *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 208-210.

[1022] El art. 1811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (vigente según dispone la disposición derogatoria única 1.1ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, hasta que sea aprobada la Ley Concursal y de la Jurisdicción Voluntaria) establece que "se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez *sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas*".

[1023] El recurso se interpuso contra un Auto dictado por el Juzgado de Almería, confirmado en apelación por la Audiencia Provincial, en el que se desestimaba la oposición formulada contra la resolución de la Delegación Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales de Andalucía mediante la que se declaraba a un menor en situación legal de desamparo, se asumía la tutela y se promovía el acogimiento familiar del menor como medida de protección.

> efectiva de Jueces y Tribunales y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. La actora afirma que el Juzgado enjuicio los hechos a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria en cuyo seno no tuvo ocasión de que se practicaran pruebas, ni más en general, de defender sus derechos (F.J. 1). Según la actora, la inexistencia de un procedimiento específico previsto por la Ley le ha llevado a una situación de indefensión, por no tramitar el procedimiento como contencioso, lo que ha vulnerado el derecho recogido en el art. 24.2 de la CE (Antecedente 6). Pues bien, aunque el Tribunal Constitucional concluirá que en el caso concreto no puede alegarse indefensión, en el F.J. 4 afirma que "el problema nace de que la situación de desamparo de los menores de edad es conocida por los Jugados civiles comunes en el cauce de un procedimiento *ad hoc, que no se encuentra perfilado por la ley de manera clara ni acabada*. Ni el Código Civil, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil tras la reforma efectuada por la Ley 21/1987, precisan de qué forma pueden defender sus derechos la madre biológica, ni otros parientes o los guardadores, cuando una entidad pública competente en materia de protección de menores (designada en la Disposición adicional primera de la Ley 21/1987) entiende que un menor se halla en situación de desamparo". El Tribunal reconoce "que es preciso dar la razón a la demandante de amparo cuando critica una de las razones en que la Audiencia Provincial fundó la desestimación de su recurso de apelación, al indicar que no se podían seguir los trámites del juicio verbal por carecer de sentido plantear en la jurisdicción civil un procedimiento contencioso en que resulta demandada una Administración por un actuar puramente administrativo". Sin embargo, el Tribunal Constitucional afirma que no procede resolver la cuestión suscitada por quienes han intervenido en el proceso de amparo "acerca de cuál era el procedimiento adecuado para ventilar la oposición de la madre contra la declaración administrativa de desamparo del menor" (F.J. 6)[1024].

No obstante, la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, remitió expresamente al procedimiento de jurisdicción voluntaria (disposición adicional 1ª).

> En efecto, el art. 172.6 del Código Civil dispone que "las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la Ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa". La propia Ley, en la disposición adicional 1ª, señaló que "se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan: 2ª. Contra las resoluciones que declaren el desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley... 3ª. para cualquiera otras reclamaciones frente a resoluciones de las entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o guarda de menores. En el indicado procedimiento, los recursos se admitirán, en todo caso, en un solo efecto. Quedará siempre a salvo el ejercicio de las acciones en la vía judicial ordinaria".

Sin embargo, en la práctica se continuó poniendo de relieve que el procedimiento de jurisdicción voluntaria no facilitaba el enjuiciamiento contra-

[1024] Esta sentencia es comentada por DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de octubre de 1993", *CCJC* nº 34, 1994, págs. 75-89. Ver, asimismo, la STC 187/1996, de 25 de noviembre, en la que, en cambio, el Tribunal estima el amparo solicitado por vulneración de sus derechos fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y a la tutela judicial efectiva.

dictorio, imponía un carácter inquisitivo a la función judicial y desdibujaba el protagonismo que la Administración, la parte impugnante y el Misterio Fiscal deben desempeñar en este tipo de proceso[1025].

Pues bien, los problemas planteados respecto al procedimiento judicial a seguir explican que, en la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, procediera a regularse un procedimiento concreto para impugnar las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores. El procedimiento establecido en el art. 780 de la nueva LEC ha venido a derogar la remisión al procedimiento de jurisdicción voluntaria que realizaba la disposición adicional 1ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Aunque no hay una derogación expresa, dicho procedimiento resulta incompatible con la vigencia del nuevo proceso especial. Tal como se afirma en la Circular 1/2001, de la Fiscalía General del Estado (apartado VII.5.A).

No obstante, la vía de la jurisdicción voluntaria se seguiría aplicando para adoptar las medidas de protección al amparo del art. 158 del Código Civil o para la constitución de la medida de acogimiento familiar cuando requiera decisión judicial[1026].

Sin embargo, el proceso de jurisdicción voluntaria continúa planteado problemas como vía para dirimir las cuestiones relacionadas con la medida de acogimiento familiar. Así lo afirma el propio Tribunal Constitucional en la STC 75/2005, de 4 de abril, que pone de relieve las numerosas quejas de indefensión planteadas ante el mismo relacionadas con las posibilidades de contradicción en procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que se ventilan cuestiones relacionadas con el acogimiento[1027]. El Tribunal Constitucional, en la referida sentencia y en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición al acogimiento, remitiendo a jurisprudencia anterior, declara que "en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia... tanto los de 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[1028]". Por ello, el Tribunal añade que "dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este

[1025] Así lo pone de relieve ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, en el comentario al art. 779 en la obra *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Artículo 556 al 827*,pág. 3636.

[1026] Art. 1828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Vid. GONZÁLEZ PILLADO, Esther y GRANDE SEARA, Pablo, *Aspectos procesales... cit.*, págs. 115 y ss.

[1027] Entre otras SSTC 298/1993, de 18 de octubre; 114/1999, de 16 de junio; 124/2002, de 20 de mayo, etc.

[1028] STC 114/1997, de 16 de junio (F.J. 6); en el mismo sentido STC 298/1993, de 18 de octubre (F.J. 3).

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" (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2). A continuación, el Tribunal remite a la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño, que prevé que "en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres "se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones" (art. 9.2). Este tipo de procedimiento, como el de oposición a las resoluciones de desamparo "no se configura como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratará, sino que en relación con tales procedimiento se amplían *ex lege* las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor".

2. El procedimiento previsto en los arts. 779 y 780 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), establece un nuevo cauce procesal para recurrir ante los Tribunales civiles las resoluciones dictadas por la Administración en materia de protección de menores, que viene a sustituir la aplicación que se venía realizando del procedimiento de jurisdicción voluntaria.

> En efecto, la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, regula en los artículos 779 y 780 la competencia para conocer y el procedimiento a seguir para la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores[1029]. El art. 779 dice que "*será competente para conocer* los procesos a que se refiere este capítulo *el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la entidad protectora* y, en su defecto, o en los supuestos de los artículos 179 y 180 del Código Civil, la competencia corresponderá al tribunal del domicilio del adoptante".
>
> Por su parte, el art. 780 establece que: "1. *No será necesaria la reclamación previa en vía administrativa para formular la oposición, ante los tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. 2. Quien pretenda oponerse a una resolución administrativa en materia de protección de menores presentará un escrito inicial en el que sucintamente expresará su pretensión y la resolución a la que se opone. 3. El Tribunal reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en*

[1029] En el Libro IV "De los procesos especiales", Título I "De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y *menores*, Capítulo V "*De la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y del procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción*".

el plazo de veinte días. 4. Recibido el testimonio del expediente administrativo, se emplazará al actor por veinte días para que presente la demanda, que se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753". El referido art. 753 remite a los trámites del juicio verbal, pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal y a las demás personas que deban ser parte en el procedimiento hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días.

A) *Actividad administrativa impugnable*

El proceso especial establecido en el citado art. 780 de la LEC constituye el cauce procesal para impugnar las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores. Con anterioridad, la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, parecía contemplar tan sólo las resoluciones relativas a la tutela o la guarda administrativa. Sin embargo, en la actualidad, la citada Ley de Enjuiciamiento Civil regula el procedimiento especial para oponerse a *todas* las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores que, como dijimos líneas atrás, afecten o incidan en relaciones de Derecho privado. Por tanto, no sólo las resoluciones de desamparo y las dictadas en el marco de la tutela administrativa sino también cuando, actuando en el ámbito de protección de los menores en situación de riesgo o de dificultad social, la decisión de la Administración afecte a la definición de relaciones de Derecho privado[1030].

> Así, tal como se establece en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, sobre la "Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles", "el proceso especial será el cauce procesal, por tanto, no sólo para la impugnación de las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela ministerio legis (objeto expresamente reconocido en el art. 172.6), sino que se extenderá con carácter general a todas "las resoluciones administrativas en materia de protección de menores" (art. 780.1 LEC)... resoluciones cuyo contenido puede ser muy variado, dadas las amplias facultades que las autoridades administrativas tienen reconocidas en esta materia".

Por otra parte, aunque el proceso tiene por objeto las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, se trata de un proceso de carácter subjetivo. El objeto del mismo son las pretensiones de las partes. La

[1030] Entre otras, serían objeto de este proceso, la resolución administrativa que deniega la solicitud de cese de la tutela administrativa o la de guarda administrativa; la resolución por la que se establece el régimen de visitas; resolución denegatoria de petición de modificación del régimen de visitas; la resolución por la que se establece el acogimiento familiar administrativo (en el caso de Cataluña no se requiere el consentimiento de los padres) o, en su caso, la denegación de la modificación o cese del acogimiento o la resolución por la que se acuerden otro tipo de medidas protectoras que afecten el derecho a la vida familiar; las resoluciones que tengan por objeto suplir la voluntad discrepante de los responsables legales del menor en determinados casos (como la autorización para realizar una intervención médica). Además, también sería objeto de este proceso la resolución por la que se declara la no idoneidad para la adopción. Vid. GONZÁLEZ PILLADO, Esther y GRANDE SEARA, Pablo, *Aspectos procesales... cit.*, págs. 213-214.

autoridad judicial, a la vista de las pretensiones de las partes y de los hechos que hubieran resultado probados, deberá adoptar la decisión más conveniente para el interés superior del menor. Por tanto, no se trata de un proceso dirigido a controlar la legalidad objetiva del acto administrativo recurrido y, en su caso, proceder a su anulación. El proceso civil de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores versa sobre la tutela de derechos e intereses y, en especial, la defensa del interés superior del menor.

Por ello, el control judicial de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores no es un control estático, sino dinámico. Esto es, no se refiere o limita al momento en que el acto o resolución fue dictado por la Administración. Los Tribunales deben controlar si las medidas adoptadas y actuaciones realizadas con posterioridad por la Administración son ajustadas a Derecho y, por tanto, si resultan conformes con el interés del menor, teniendo en cuenta la cambiante y evolutiva situación del concreto menor y su entorno socio-familiar[1031].

B) *Órganos y competencias*

La Administración competente deberá notificar a los padres, tutores, guardadores, en su caso, al propio menor u otros interesados, la resolución administrativa dictada en materia de protección de menores. En la notificación deberá indicarse el recurso que cabe interponer contra la misma que es, precisamente, el regulado en el art. 780 de la LEC. Asimismo, la Administración deberá informar del órgano competente para conocer el recurso, según establece el art. 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC).

La Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye competencia para conocer las controversias derivadas de las referidas resoluciones administrativas en materia de protección de menores a los juzgados de primera instancia del partido judicial. En aquellos casos en que existieran varios Juzgados, serán com-

[1031] Asimismo, los Tribunales noruegos han afirmado, en relación al control de una medida de tutela obligatoria en aplicación de la Ley de protección del menor, que deberán fundarse "en las circunstancias que prevalezcan en el momento de la Sentencia" (así resulta de la STEDH de 7 de agosto de 1996, asunto Johansen contra Noruega, Ap.27 (TEDH 1996\31). Nuestros Tribunales han declarado, en la SAP de Barcelona de 22 de noviembre 2002 (JUR 2003\61773), que la Administración está obligada a adaptar las resoluciones administrativas de protección de menores a las nuevas circunstancias. No obstante, HINOJOSA MARTINEZ ("La distribución constitucional... *cit.*, pág. 13) propugna un control estático de las decisiones administrativas. Asimismo, la SAP de Alicante de 18 de noviembre 2002 (JUR 2003\53533), se limita a controlar la legalidad de la resolución de desamparo en el momento en que fue dictada, sin considerar los hechos posteriores; el Tribunal pasa por alto el carácter flexible de la actuación administrativa en este ámbito y su obligación de adecuar las medidas de protección a la cambiante situación del menor y su entorno socio-familiar en el marco de una relación continuada. De igual forma, la SAP de Valencia de 10 de enero 2003 (JUR 2003\92844).

petentes aquellos que, en virtud de la especialización prevista en el art. 98 de la Ley orgánica del Poder Judicial y el art. 46 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, les haya sido atribuido el conocimiento de estas materias (de forma general, los Juzgados de Familia).

Por otra parte, la competencia territorial corresponde al Juzgado del domicilio de la entidad protectora (art. 779 LEC). Pues bien, según establece la disposición final 22ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, "las entidades públicas protectoras son las designadas por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con sus respectivas normas de organización". Por tanto, el fuero aplicable es el del domicilio del órgano que, en virtud de las normas autonómicas de atribución de competencias, haya dictado la resolución recurrida. De manera que la entidad pública cuyo domicilio determina la competencia puede ser tanto una Consejería de Gobierno como una Dirección General o un órgano inferior o un órgano con competencia restringida a un determinado territorio dentro de la Comunidad Autónoma, como puede ser el caso de una Delegación Provincial de la Consejería competente[1032].

C) *Legitimación. Representación y defensa*

En cuanto a la legitimación para recurrir ante los Tribunales las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, el art. 780.2 de la LEC comienza diciendo "quien pretenda oponerse a una resolución administrativa" y a continuación establece el modo de actuar. Por tanto, deberá reconocerse legitimidad a todo aquél que ostente un derecho o interés legítimo, de manera análoga a lo dispuesto en el art. 19.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa[1033]. Además, el Ministerio Fiscal ostenta legitimación para recurrir en interés del menor las resoluciones de la Administración en esta materia.

La legitimación para recurrir las resoluciones administrativas en materia de protección de menores ante la autoridad judicial es más amplia que en los tradicionales procesos civiles. En efecto, en el proceso civil la legitimación deriva generalmente de la titularidad de un derecho subjetivo. Sin embargo, la legitimación para recurrir las decisiones de las Administraciones públicas alcanza también a los "intereses legítimos". Por tanto, estará legitimado todo

[1032] Así se pronuncia la Circular del Fiscal General del Estado 1/2001, sobre "incidencia e la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles", apartado VII.5.A. Vid. REBOLLEDO VALERA, Ángel, "Procedimientos judiciales...*cit.*, pág. 15; GONZÁLEZ PILLADO, Esther y GRANDE SEARA, Pablo, *Aspectos procesales... cit.*, págs. 201-204.

[1033] En este sentido se pronuncia la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001 (apartado VII.5.A)

aquel que pueda resultar realmente afectado, de una u otra forma, por la resolución que se adopte en el proceso. Así, estaría legitimado el propio menor, sus padres, tutores o los guardadores[1034]. La legitimación supone un vínculo o conexión entre la esfera jurídica de la persona y el objeto del proceso. Por otra parte, deberá reconocerse legitimación a todo aquel que hubiera participado en calidad de interesado en el procedimiento administrativo que llevó a la Administración a dictar la resolución que en el proceso se recurre[1035]. En el supuesto de que la autoridad judicial no reconociera legitimación al recurrente, no podría entrar a decidir sobre la cuestión planteada, ya que la legitimación juega como una condición o presupuesto subjetivo de la admisibilidad del recurso.

> En la STC 124/2002, de 20 de mayo, se declara, "en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de 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" (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2). En este sentido no puede dejar de traerse a colación la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 29 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, que prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres "se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones" (art. 9.2)"[1036].

En la STC 260/1994, de 3 de octubre, se planteó la cuestión de la legitimación de la Administración para actuar ante el Tribunal Constitucional en representación de unos menores cuando ya no tenía atribuida su tutela[1037]. En

[1034] En cuanto a la legitimación del propio menor, GONZÁLEZ PILLADO, Esther y GRANDE SEARA, Pablo, *Aspectos procesales... cit.*, págs. 214-215.

[1035] Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, 2000, pág. 661.

[1036] Esta doctrina ha sido aplicada, entre otras, en el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 11 de octubre 2002 (JUR 2003\52673).

[1037] Los hechos habían acontecido del siguiente modo: la Administración de la Generalitat había declarado desamparados a unos menores y había asumido su tutela con fundamento en que los menores no estaban escolarizados y los padres pertenecían a una secta religiosa. La resolución de desamparo había sido recurrida por los padres ante el Juzgado de Primera Instancia y el Juzgado desestimó la oposición planteada. Sin embargo, los padres interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y este recurso fue resuelto en sentido estimatorio. La Administración de la Generalitat que ya no ostentaba, pues, la tutela de dichos menores, interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por considerar que el Auto de la Audiencia Provincial vulneraba el derecho a la educación de los menores.

la demanda de amparo, según resulta de la Sentencia, la Administración analizaba el cumplimiento de los requisitos procesales y, en particular, su legitimidad para la interposición de los recursos en representación de los menores. El argumento de la Administración es que los menores carecen de capacidad procesal ante los Tribunales del orden jurisdiccional civil[1038], por lo que de no admitirse la legitimación de la Administración para representarlos, al no actuar sus padres, se provocaría indefensión. No obstante, la propia Administración de la Generalitat, por medio de otrosí, interesó que, en el supuesto de que el Tribunal Constitucional considerara que la Administración de la Generalitat no ostentaba la representación de los menores, se diera traslado de los recursos al Ministerio Fiscal con el fin de que pudiera comparecer en interés de los menores. El Tribunal Constitucional requirió al Ministerio Fiscal que alegará lo que estimará pertinente acerca del posible incumplimiento de los requisitos procesales "por no ser la actora representante legal ni titular del derecho fundamental controvertido". El Ministerio Fiscal señala al respecto que, aunque la Administración se ha visto privada de la tutela de los menores y por tanto no es titular del derecho presuntamente vulnerado, tiene un *interés legítimo* (art. 162.1 b) de la CE), ya que ha sido parte en el proceso judicial y, además, de estimarse el recurso de amparo recuperaría la tutela, por lo que considera que ostenta legitimación.

Por otra parte, la autoridad judicial deberá llamar al proceso a todas las personas que ostenten la patria potestad o la tutela del menor y que no tengan la condición de demandantes. Por tanto, en el caso de que uno solo de los padres hubiera recurrido la resolución administrativa, debe darse la oportunidad de participar en el proceso a la otra parte. En la medida que la decisión que se adopte afecta al derecho a la vida familiar reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derecho Humanos, sólo se considerará legítima la injerencia de la autoridad pública si los padres han podido desempeñar en el proceso de decisión un papel lo suficientemente importante para garantizarles la protección requerida de sus intereses. De no ser así, la injerencia resultante de la decisión no podría considerarse necesaria en el sentido del art. 8.2 del Convenio y, por tanto, existiría una violación del respeto a la vida familiar que abriría las puertas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo[1039].

Por lo que se refiere a la representación y defensa de las partes, el actual art. 750 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone que las partes deberán

[1038] En relación con la capacidad para ser parte, la capacidad procesal y la legitimación en los procesos civiles, ver los arts. 6 a 9 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

[1039] Ver a este respecto, entre otras, la STEDH STEDH de 8 de julio 1987, caso B. contra Reino Unido, Ap. 65 (TEDH 1987\16); STEDH de 10 mayo 2001, caso T.P. y K. M. contra Reino Unido, Aps. 58, 72, 83 (TEDH 2001\331); STEDH de 24 de febrero 1995, caso Mc-Michael contra el Reino Unido, Aps. 82, 87, 91, 92 (TEDH 1995\9).

actuar con asistencia de abogado y representadas por procurador, fuera de los casos en que deban ser defendidas por el Ministerio Fiscal[1040]. En cualquier caso, en la medida que se trata de un procedimiento que versa sobre la situación de un menor, será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal (art. 749.2).

D) *Procedimiento. Especialidades*

En cuanto al procedimiento a seguir, como sucedía con anterioridad en materia de menores, no es necesaria la reclamación previa en vía administrativa. Sin embargo, en ocasiones podría ser conveniente presentar la referida reclamación con el fin de intentar solventar la controversia en sede administrativa y evitar plantear el posterior conflicto jurisdiccional. El legislador exime del requisito de la reclamación previa con el deseo de agilizar el ejercicio de la acción judicial. No obstante, siempre que el recurrente lo considere oportuno podrá presentar la reclamación previa ante la propia Administración autora del acto[1041].

Por otra parte, la analogía de este proceso especial con el proceso contencioso-administrativo no sólo se refiere, como se ha visto, a la legitimación, sino que resulta patente en la primera fase de la tramitación del procedimiento especial. Así, el procedimiento comienza con la presentación de un escrito en el cual el recurrente se limita a expresar sucintamente su pretensión y la concreta resolución administrativa a la que se opone (art. 780.2 LEC)[1042]. Por su parte, el Juez deberá reclamar a la Administración el expediente administrativo completo. La Administración deberá aportar el expediente en el plazo de veinte días (art. 780.3 LEC)[1043]. Una vez aportado el expediente por la Administración, el Juez emplazará al actor para que presente la demanda en el plazo de veinte días (art. 780.4 LEC). Por tanto, la demanda se formalizará a la vista del conjunto de documentos que conforman el expediente administrativo[1044].

[1040] En cambio, la disposición adicional 3ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, disponía con referencia al procedimiento de jurisdicción voluntaria que no era necesaria la intervención de abogado ni procurador.

[1041] Los arts. 122 a 124 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC) establecen el procedimiento a seguir para presentar la reclamación previa a la vía judicial civil.

[1042] Es conveniente acompañar al escrito una copia de la resolución administrativa objeto de impugnación.

[1043] En el supuesto que la Administración considerara que debe mantener reserva acerca de determinados datos que obran en el expediente deberá plantear la cuestión ante el órgano jurisdiccional que deberá decidir lo que estime oportuno a la luz de los derechos e intereses en juego.

[1044] La autoridad judicial comunicará al actor que el expediente administrativo se encuentra a su disposición en la Secretaría del Juzgado para la correcta formalización de la demanda. Una vez examinado el expediente, en el caso de que las partes estimasen que no está completo, podrán solicitar a la autoridad judicial, dentro del plazo para formular la demanda, que se reclamen

En la medida que el procedimiento para tramitar la demanda es el juicio verbal (art. 780.4 LEC), podría entenderse que la demanda debe ser "sucinta" ,conforme a las previsiones del art. 437 LEC. Sin embargo, dadas las particularidades de este tipo de procesos y el hecho de que comienzan con un "escrito inicial" en el que, de forma sucinta, se expresa la pretensión y la resolución a que se opone, la demanda deberá redactarse conforme a las normas del procedimiento ordinario (art. 399 LEC). Por otra parte, con el escrito de demanda deberán acompañarse los documentos previstos en los arts. 264 y 265 LEC[1045]. En cuanto a la forma y contenido de la demanda de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, la práctica forense pone de relieve que, en general, los profesionales utilizan la forma tradicional en los procesos civiles. Esto es, se realiza un relato de los hechos y al llegar a los fundamentos de Derecho se limitan a realizar una simple cita de las normas o preceptos aplicables. Pues bien, desde mi punto de vista, este proceder resulta del todo insuficiente. En este tipo de procesos, a diferencia de lo que es tradicional en los procesos civiles, los hechos resultan en buena medida del expediente administrativo. Por ello, deberán completarse en aquello que no aparezca en el mismo o, en su caso, valorarse convenientemente, pero la carga de profundidad de la demanda deberá concentrarse en los fundamentos de Derecho; en la aplicación del Derecho a aquellos hechos. Por ello, considero del todo insuficiente limitarse a citar en los fundamentos de Derecho las leyes o preceptos aplicables al caso. Debería entrarse a argumentar la forma de aplicar el Derecho vigente a aquellos hechos a la vista, asimismo, de la jurisprudencia recaída sobre la materia, tanto de las Audiencia provinciales, como del Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La demanda, como se ha dicho, deberá tramitarse conforme a lo previsto en el art. 753 de la LEC, este precepto establece que el proceso se sustanciará por los trámites del juicio verbal[1046]. Así, la LEC remite para la tramitación del procedimiento al juicio verbal (art. 753), con las especialidades propias de los procesos sobre menores que contemplan los arts. 748 a 755 de la LEC. Entre estas especialidades deben destacarse las siguientes:

1) La intervención del Ministerio Fiscal con carácter preceptivo (art. 749). En todo los procesos que afectan a menores, el Fiscal debe orientar su actua-

los antecedentes para completarlo. La referida solicitud debería suspender el curso del plazo correspondiente. No obstante, la Ley de Enjuiciamiento Civil no establece nada al respecto. En este caso, debería acudirse a la aplicación de lo previsto en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (art. 55).

[1045] Vid. GONZÁLEZ PILLADO, Esther y GRANDE SEARA, Pablo, *Aspectos procesales... cit.* , págs. 222-224.

[1046] La oportunidad de seguir el procedimiento del juicio verbal para plantear la oposición a las resoluciones de desamparo ya había sido apuntada años atrás por EGEA FERNÁNDEZ, Joan, *La protecció de menors... cit.*, pág. 44.

ción conforme a los principios recogidos en el art. 11.2 de la Ley orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, primando siempre el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimos que pudiera concurrir y a la luz de los principios de reintegración e integración familiar que rigen la actuación de la Administración en esta materia. De manera particular, el Fiscal velará para que se respete el derecho del menor a ser oído en el procedimiento, en los términos del art. 9 de la referida Ley orgánica 1/1996.

Así resulta de la Circular del Fiscal General del Estado 1/2001 sobre "incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles", en la que se afirma que la intervención del Fiscal en los procesos relativos a menores, además de resultar necesaria por imperativo legal, tiene una especial trascendencia por afectar a la tutela o guarda de los menores, respecto de las cuales el art. 174 del Código Civil le atribuye la superior vigilancia. La Circular añade lo que sigue:

"La intervención del Fiscal en los procesos relativos a los menores debe, por tanto, ser especialmente vigilante, lo que incluye, en aquellos supuestos en que la previsible duración excesiva del proceso sea incompatible con la rapidez deseable en la adopción de medidas necesarias para proveer a las necesidades actuales y concretas del menor, la propuesta de adopción de las medidas cautelares pertinentes, para lo que está legitimado expresamente por el art. 158 CC, que autoriza al Juez para adoptar dentro de cualquier proceso (civil o penal) "las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guardia", y "en general, las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios". El art. 216 CC añade que las medidas previstas en el art. 158 CC podrán ser acordadas por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores, en cuanto lo requiera el interés de estos".

2) En el proceso no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento, ni la transacción. En cuanto al desistimiento, requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal (art. 751). Con ello se trata de que tales actos no perjudiquen los derechos e intereses de los menores.

3) En cuanto a la prueba, el proceso se decidirá con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento (art. 752.1 LEC).

Por otra parte, además de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el Tribunal podrá decretar de oficio aquellas que estime pertinentes (art. 752). En este proceso, como vemos, el principio dispositivo sufre minoraciones a favor del principio oficial, en la

medida que el Juez puede acordar de oficio cuantas pruebas considere necesarias[1047].

4) El Tribunal podría decidir que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen (art. 754)[1048].

E) *Efectos del proceso de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores respecto a los procesos de crisis familiar*

El proceso de oposición a las resoluciones administrativas de desamparo o a las adoptadas por la Administración en ejercicio de la tutela, impide que la autoridad judicial pueda adoptar cualquier tipo de pronunciamiento relativo a la guarda o custodia de los menores o al derecho de visitas de los progenitores en sede procesos de crisis familiar. En el caso de haberlo adoptado, por desconocer la autoridad judicial el pronunciamiento administrativo de desamparo y la consiguiente tutela de la Administración, la decisión judicial es inoponible frente a la Administración y, en su caso, los acogedores. Según han afirmado los propios Tribunales, esto es así porque la tutela administrativa es una institución superponible a la patria potestad o la tutela ordinaria, de manera que, mientras persiste la tutela administrativa no solo debe quedar en suspenso la potestad de los progenitores o la tutela ordinaria, sino que necesariamente se debe impedir o vaciar de contenido cualquier resolución contradictoria, por coherencia interpretativa y necesidad del sistema protector. Por tanto, mientras persiste la tutela administrativa no pueden producir efectos las medidas judiciales relativas a la patria potestad, guarda y custodia o régimen de visitas adoptadas en un proceso de crisis matrimonial[1049].

[1047] Así, por ejemplo, en el asunto del que conoce el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 28 de mayo 2003 (JUR 2003\172571), el Tribunal invoca el art. 752 de la LEC y establece que "teniendo en cuenta que la resolución recurrida —de desamparo— se ha dictado hace más de tres años, se hizo necesario practicar pruebas encaminadas a conocer cual es la situación actual de la familia". Así, el Tribunal acuerda la práctica de un informe sobre los menores y sus padres por el equipo psico-técnico adscrito a la Audiencia. En relación a la minoración del principio dispositivo, AAP de la Rioja de 3 de febrero 2003 (JUR 2003\93395).

[1048] Así, con el fin de practicar las actuaciones con la necesaria reserva, desde la doctrina se proponen las siguientes medidas: 1) evitar que coincidan en la comparecencia en el Juzgado con el fin de prestar los oportunos consentimientos o ser oídos los padres biológicos y los acogedores o adoptantes; 2) la no exhibición de las actuaciones y hacer constar en pliego cerrado los datos personales de los acogedores o adoptantes; 3) en las resoluciones judiciales debería omitirse el nombre de los acogedores o adoptantes, empleando la fórmula "a favor de las personas propuestas por la entidad pública". Estas medidas, que constituyen excepciones al principio de publicidad de las actuaciones procesales, encuentran su justificación en el principio del interés prevalente del menor. Vid. MIRANDA ESTRAMPES, Manual, "Intervención del Fiscal en el campo de la protección de menores. Actividad judicial y extrajudicial", 2001, (ponencia no publicada), pág. 41. Sobre la obligación de reserva en estos procesos, AAP de la Rioja de 3 de febrero 2003 (JUR 2003\93395)

[1049] Así lo han declarado los Tribunales en la SAP de Barcelona de 30 de diciembre 2002 (JUR 2003\65238) y las que se citan en la misma. Ver, asimismo, la SAP de Barcelona de 16 de marzo de 1999 (AC 1999\4356).

F) *Ausencia de plazo para oponerse a las resoluciones administrativas. Sobre el efecto de cosa juzgada*

En la actualidad, Ley de Enjuiciamiento Civil no establece ningún plazo para oponerse ante la autoridad judicial a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Por tanto, se entiende que la oposición cabe en cualquier momento[1050]. La explicación de la ausencia de plazo sería el carácter continuado y flexible de la actuación pública en materia de protección de menores. El cambio sobrevenido de las circunstancias del menor o su entorno socio-familiar obliga a la Administración a revisar y adecuar las medidas de protección a la nueva realidad y, en su caso, proceder a la reintegración familiar.

Sin embargo, en la actualidad, desde algunos sectores se propugna la necesidad de establecer ciertos límites en aras al interés del menor. Se aduce que el menor tutelado por la Administración no puede quedar de forma indefinida a la espera de que cambien las circunstancias que permiten el retorno con su familia. El pleno desarrollo de la personalidad del menor haría necesario que en un plazo prudencial pueda disfrutar de forma estable y permanente de un adecuado entorno familiar.

Por ello, en ciertos sectores que viven de cerca esta realidad —tanto las Administraciones, como la autoridad judicial— se propugna la conveniencia de prever un plazo dentro del cual los padres o tutores podrán recurrir las resoluciones de desamparo y, por tanto, la atribución de la tutela a la Administración[1051].

No obstante, de forma paralela al establecimiento de un plazo para la interposición del recurso frente a la resolución de desamparo, debería preverse la posibilidad de que los padres o tutores puedan solicitar, en un momento posterior, la recuperación plena del ejercicio de la patria potestad y, por tanto, la extinción de la tutela administrativa, cuando efectivamente hubieran cambiado de forma sustancial las circunstancias que llevaron a la declaración de desamparo[1052]. De manera que la firmeza de la resolución de desamparo no sería un obstáculo insalvable para la plena rehabilitación de la patria po-

[1050] Así se afirma en la Circular del Fiscal General del Estado 1/2001, sobre "incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles", apartado VII.5.A.

[1051] SERRANO CASTRO, Francisco y OCAÑA RODRIGUEZ, Antonio, "En busca de una más adecuada regulación del régimen de protección de menores. Propuesta de reforma del Código civil y de la LEC", en http://www.prodeni.org/Informes (en fecha 24/02/2005).

[1052] En el Auto Audiencia Provincial de Madrid de 27 de junio 2003 (JUR 2003\191313), los demandantes reclaman el fin de la tutela de la Administración y la medida de acogimiento y la reintegración familiar del menor por cambio de circunstancias que el Tribunal no aprecia. De igual forma en el caso a que se refiere el Auto Audiencia Provincial de Madrid de 27 de junio 2003 (JUR 2003\191310).

testad o la tutela ordinaria[1053]. Ahora bien, en la medida que el interés del menor requiere que la Administración brinde al menor en un tiempo razonable un entorno familiar establece y permanente, la posibilidad de los padres de solicitar la extinción de la tutela administrativa por cambio sustancial de circunstancias quizá no debería quedar abierta de manera indefinida.

En Cataluña, el Anteproyecto de Ley por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil, relativo a la persona y la familia (publicado en abril de 2006), ha previsto un plazo de dos meses para la interposición del recurso judicial contra la resolución que declara el desamparo de los menores, contados desde la notificación del acto por el que se acuerda (art. 226-2). No obstante, teniendo en cuenta las consecuencias que derivan de la resolución administrativa que se notifica y el establecimiento de un plazo para la interposición del recurso judicial, hubiera sido deseable que el precepto hubiera establecido la necesidad de que la notificación de la resolución de desamparo se realizará de forma presencial. Así lo prevé en el ámbito estatal el art. 172.1 del Código Civil y, en cambio, no se ha establecido plazo alguno para recurrir las resoluciones de desamparo y asunción de la tutela por la Administración.

Por otra parte, el citado Anteproyecto de Ley de Código Civil de Cataluña prevé, asimismo, que "sólo cuando se ha producido un cambio sustancial en las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo, los progenitores o las personas titulares de la tutela que tienen suspendida la potestad o la tutela ordinaria pueden solicitar al organismo competente en materia de protección de menores, en el plazo máximo de dos años a contar desde la declaración de desamparo, que deje sin efecto dicha declaración, si ello no perjudica la persona menor. En otro caso la resolución queda firme" (art. 226-5). Así, como vemos, los padres tendrían la oportunidad de solicitar que se deje sin efecto la resolución de desamparo y, por tanto, la tutela de la Administración y, de este modo, recuperar la plenitud de la patria potestad.

Ahora bien, el establecimiento por el Código Civil de Cataluña de un plazo de dos meses para recurrir ante la autoridad judicial las resoluciones administrativas de desamparo podría colisionar con las previsiones del art. 780 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. El art. 780 de la LEC prevé el procedimiento a seguir para la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y, en el mismo, no se establece plazo alguno para interponer el recurso judicial.

[1053] En el Derecho sueco los padres pueden reclamar en cualquier momento la cesión de la toma a cargo de su hijo por la Administración y, por tanto, la plena rehabilitación de la patria potestad, según resulta del Ap. 33 de la STEDH de 22 de abril de 1992, asunto Rieme contra Suecia (TEDH 1992\49).

La ausencia de plazo para oponerse a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores ante la autoridad judicial se vincula al carácter flexible y cambiante que deben tener las medidas de protección que adoptan las Administraciones, con el fin de ajustarse en todo momento a las nuevas circunstancias del menor y su entorno socio-familiar. Por esta misma razón, los Tribunales han declarado que en esta materia las resoluciones judiciales no tienen el efecto de cosa juzgada.

> Así, en el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 1 de julio de 1997 (AC 1997\1532), se afirma que no existe cosa juzgada cuando existan nuevos factores que puedan valorarse como alteración de las circunstancias objetivas delimitadoras del concepto de cosa juzgada. La madre de un menor había impugnado un Auto dictado en la pieza de ejecución de la resolución judicial por la que se había estimado que el menor no estaba en situación de desamparo. El referido Auto había acordado la suspensión de la ejecución de la resolución judicial. Pues bien, la Audiencia Provincial de Sevilla estableció que no cabe la suspensión de la ejecución de la resolución judicial pues el Ordenamiento establece que "luego que sea firme una sentencia se procederá a su ejecución" ya que las resoluciones judiciales tienen fuerza ejecutiva. Ahora bien, el Tribunal constata que, en efecto, no es conveniente para el menor regresar con su madre. Por ello, invita al Ministerio Fiscal "en virtud del principio prioritario del interés del menor, pedir al Juez las medidas cautelares que estime procedentes y necesarias... dichas medidas podrán adoptarse en salvaguarda del menor, hasta que en el procedimiento correspondiente y por el Organismo competente se determinase el desamparo". El Tribunal declara que no existe cosa juzgada ya que "los hechos valorados en las sentencias que ahora han de ejecutarse, lo fueron en un tiempo determinado y con referencia a unos elementos de conocimiento, que ahora se han alterado sustancialmente, pues con sólo la iniciación de una progresiva reinserción del menor con su familia biológica, ha determinado la situación de grave alteración psíquica en la que se encuentra el menor, como consta en los informes médicos y psicológicos obrantes en las actuaciones, que acreditan como prueba documental la alteración sustancial de las circunstancias entonces tenidas en cuenta. Por consiguiente, aunque el Tribunal revoca el Auto impugnado y estima el recurso interpuesto por la madre, traza el camino a través del cual el Fiscal y la Administración podrán proceder a realizar las actuaciones necesarias en interés del menor[1054].

Por otra parte, se plantea la cuestión de si la Comunidad Autónoma de Cataluña tiene atribuida competencia para establecer un plazo de recurso que la Ley de Enjuiciamiento Civil no ha previsto. El art. 149.1.6ª de la Constitución atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de "legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de la particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas". A su vez, el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979, en su art. 9.3, atribuía a la Generalitat competencia exclusiva sobre la materia "normas procesales... que deriven de las particularidades del derecho sustantivo

[1054] Ver, asimismo, el caso a que se refiere la SAP de Málaga de 20 de junio 2003 (JUR 2003\190845).

de Cataluña"[1055]. La cuestión es si la regulación por el legislador catalán de la institución de tutela administrativa de los menores desamparados (regulada también en el art. 172 del Código Civil estatal) constituye, en realidad, una particularidad del Derecho autonómico, que justifica la necesidad de una especialidad, como es el establecimiento legal de un plazo de dos meses para recurrir las resoluciones de desamparo.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña aprobado en el 2006, establece en el art. 166.3b) que «la Generalitat participa en la elaboración y la reforma de la legislación penal y *procesal* que incida en las competencias de menores».

[1055] En el Estatuto de Cataluña recientemente aprobado, se establece en el art. 130, bajo el título "Derecho procesal", que "corresponde a la Generalitat dictar las normas procesales específicas que deriven de las particularidades del derecho sustantivo de Cataluña".

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CUDOLÀ, Vicenç, "La beneficencia: de la policía administrativa al servicio público. El caso de la mancomunidad de Cataluña" en la obra coordinada por J. TORNOS MAS, *Los servicios sociales de asistencia a la tercera edad. El caso de Cataluña,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

AGUADO CUDOLÀ, Vicenç, *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas,* Marcial Pons, Barcelona, 2001.

ALÁEZ CORRAL, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales,* Tecnos, Madrid, 2003.

ALLAIX, Michel, «Protection judiciaire protection administrative de l'enfant en danger», en *Enfance et violences,* sous la direction de Jacqueline Rubellin-Devichi et Michel Andrieux, Université Lyon, 1992, págs. 63-70.

ALONSO SÁNCHEZ, "La legislación autonómica en materia de instituciones de protección de menores: tutela "ex lege", guarda asistencial y acogimiento", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* nº 23, 1998, págs. 41-77.

ALONSO SECO, J.M. y GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios sociales en España,* Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1997.

ALVAREZ VELEZ, Mª. Isabel, *La protección de los Derechos del Niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho constitucional español,* Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.

AMORÓS, P., PALACIOS, J., FUENTES, N., LEÓN, E., MESAS, A., *Familias Canguro. Una experiencia de protección a la infancia,* Colección Estudios Sociales núm. 13, Fundación "La Caixa", 2003.

ARAMBURU, Lourdes y VAL, Mª Asunción, "La coordinació entre el serveis socials d'atención primària y els especialitzats en infancia", *Congrés Europeu d'Atenció a la Infancia 1992,* Generalitat de Catalunya.

ARENAL, Concepción, *La Beneficencia, la Filantropía y la Caridad. Memoria Premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el concurso de 1860,* Ed. Imprenta del Colegio de Sordomudos y de Ciegos, Madrid, 1861.

ARENAL, Concepción, *Artículos sobre Beneficencia y Prisiones,* T. XVIII, vol. I, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1900.

BADOSA COLL, Ferran, (coord..), *Compedi de Dret Civil Català*, Marcial Pons, Barcelona, 1999.

BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución),* Marcial Pons, Madrid, 1997.

BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997.

BENITO ALONSO, Francisco, "Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la Ley y guarda", *La Ley*, 1996, tomo 6, D-360, págs. 1727-1749.

BOYER, Frédéric, "La loi du 10 juillet 1989", en *Enfance et violences*, sous la direction de Jacqueline Rubellin-Devichi et Michel Andrieux, Université Lyon, 1992, págs. 55-62.

CANTARERO, Rocio, *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, Montecorvo, Madrid, 1988.

CAPARRÓS CIVERA, Neus y JIMÉNEZ-AYBAR, Iván, *El acogimiento familiar. Aspectos jurídicos y sociales*, Instituto de Ciencias para la Familia, Madrid, 2001.

CAPDEVILA, M. y FERRER, M., "El menors estrangers indocumentats no acompanyats (MEINA) (1998-2002)", *Boletín Justidata* nº 35, de abril de 2003, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Cataluña.

CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Carmen, "¿Existen potestades discrecionales en ámbito ajenos al Derecho administrativo?", en *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas, 1996, págs. 75-87.

CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Carmen, "La competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de menores", en *Protección jurídica del menor*, Ed. Comares, Granada, 1997, págs. 15-27.

COBREROS MENDAZONA, E., "El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento sancionador", en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 1437-1468.

COMAS, Marta y QUIROGA, Violeta, *Menors que emigren sols del Marroc a Catalunya*, Editorial Mediterrània, Barcelona, 2005.

COMAS, Marta, (coordinadora), *L'atenció als menors immigrants no acompanyats a Catalunya. Anàlisi de la realitat i propostes d'actuació*, finestra oberta, Fundació Jaume Bofill, enero de 2001, núm. 19.

COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho administrativo I*, Civitas, Madrid, 2002

COSTA-LASCOUX, Jacqueline, « La maltraitance, une notion relative », en *Enfance et violences*, sous la direction de Jacqueline Rubellin-Devichi et Michel Andrieux, Université Lyon, 1992, págs. 103-114.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentarios a las Reformas del Código Civil* ("Artículo 172"), Coordinador Rodrigo Bercovitz, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 35-88.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de octubre de 1993", *CCJC* nº 34, 1994, págs. 75-89.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Situaciones de desamparo y situaciones de riesgo de desprotección social de los menores en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor", en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley orgánica de protección del menor. Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Coruña, 1999, págs. 49-62.

DE PALMA, Ángeles, "La Llei catalana sobre menors immigrants no acompanyats", en *La immigració a Catalunya avui. Anuari 2002*, Editorial Mediterrània, Barcelona, 2003, págs. 81-94.

DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, "Tutela administrativa de menores en situación de desamparo en el Código civil español", en *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas. X Congreso internacional de Derecho de Familia*, Ponencias Comisión II, Argentina, 1998, págs. 410-418.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio, "Derechos humanos, menores y Ministerio Fiscal", *La Ley*, 1998, tomo VI (D-316), págs. 2216-2220.

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Revista General del Derecho, Valencia, 2000.

EGEA FERNÁNDEZ, Joan, "La tutela de menors a la Llei catalana 11/1985, de 13 de juny, de protecció de menors. L'acolliment", *RJC* nº 2, 1987, págs. 23-59.

EGEA FERÁNDEZ, Joan, *La protecció de menors a Catalunya, els diferents règims de protecció (propostas de nova regulació)*, Generalitat de Catalunya, 1989.

ESPING-ANDERSEN, Gosta, "Estados de bienestar y familias", en la obra *Las estructuras del Bienestar en Europa*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 731-744.

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *Protección jurídica del menor inmigrante*, Colex, Madrid, 2001.

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, "Retorno de inmigrantes y emancipación de hecho", *La Ley* nº 5940, de 26 de enero 2002.

FANLO LORAS, Antonio, "Disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos: iniciación, ordenación e instrucción", en obra dirigida por Jesús LEGUINA VILLA y Miguel SÁNCHEZ MORORON *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativos común*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 214-245..

FARIÑA, F. y ARCE, R. (coord.), *Psicología jurídica al servicio del menor*, Cedecs, Barcelona, 2000.

FARIÑA, F. SEIJO, D. y NOVO M., "Desprotección infantil: el maltrato", *Psicología jurídica al servicio del menor*, Cedecs, Barcelona, 2000, págs. 105-122.

FERNÁNDEZ CASADO, María Dolores, "Una aproximación al principio del interés superior del menor", en *Protección jurídica del menor*, Ed. Comares, 1997, págs. 247-252.

GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 2002.

GARRIDO FALLA, Fernando, "La Beneficencia general y particular. Situación y perspectivas", en *Problemas fundamentales de Beneficencia y Asistencia Social*, Ministerio de la Gobernación, Madrid, 1967.

GIRÓN LÓPEZ, Cesar, "Estudio comparado de la normativa autonómica en materia de protección de menores", en *Protección jurídica del menor*, Edit. Comares, Granada, 1997, págs. 29-45.

GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

GONZÁLEZ, Eugenio (Coord.), *Menores en desamparo y conflicto social*, Ed. CCS, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ, E. y MORALES, J. "Análisis del desamparo y del conflicto social", en *Menores en desamparo y conflicto social*, Ed. CCS, Madrid, 2001, págs. 25-83.

GONZÁLEZ PILLADO, Esther y GRANDE SEARA, Pablo, *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GONZÁLEZ SEARA, Luis, "Nuevas formas y políticas familiares en los sistemas del bienestar", en la obra *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 615-708.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, "Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor", en *La Ley* 1996-1, D-40, págs. 1690-1693.

HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, *El acogimiento convencional de menores*, Montecorvo, Madrid, 2002.

HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo, "La distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y el alcance de la intervención judicial en relación con la protección de menores" en *Protección jurídica del menor*, Ed. Comares, Granada, 1997, págs. 1-14.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, "Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa", *REDA* nº 92, 1996, págs. 535-554.

IGLESIAS DE USSEL, Julio, "Familia y estructuras de solidaridad en España", en la obra *Las estructuras del Bienestar en Europa*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 761-777.

IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda asistencial, tutela "ex lege" y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996.

IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, "La competencia legislativa en materia de protección de menores", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* nº 23, 1998, págs. 173-211.

JOYA SOTO, Maribel, "*Estudi de la regulación de la protecció jurídica del menor en desemparament a les comunitats autònomes de Valencia, Andalucia y Madrid en comparació al sistema normatiu de Catalunya*", Seminari Infancia i adolescencia en risc, organizado por la Diputació de Barcelona y la FEDAIA, noviembre 2003.

LAHALLE, Annina, "Assistance éducative et maltraitance", en *Enfance et violences*, sous la direction de Jacqueline Rubellin-Devichi et Michel Andrieux, Université Lyon, 1992, págs. 95-101.

LAROCHE-GISSEROT, Florence, *Les droits de l'enfant*, Dalloz, 2003.

LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel, (coord.), *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002.

LENTI, Leonardo, *Tutela civile del minore e Diritto sociale della famiglia*, en ZATTI, Paolo, *Trattato di Diritto di Famiglia*, Vol. sesto, Giuffrè, Milano, 2002.

LINACERO DE LA FUENTE, María, *Protección jurídica del menor*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Felix, LOPEZ, B., FUERTES, J., SANCHEZ, J.M., MERINO, J., *Actuaciones frente a los malos tratos y desamparo de menores*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995.

LLEVARÍA SAMPER, Sergio, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores (Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre)*, José Mª Bosch Editor, Barcelona, 1990.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Mª Teresa, *La tutela "ex lege". La guarda y el acogimiento de menores en la Comunidad Valenciana*, Generalitat valenciana, colección Serveis Socials nº 18, 1991.

MARTÍN OSTOS, José, *Jurisdicción de menores*, Bosch Editor, 1994, Barcelona.

MARTÍN REBOLLO, Luis, "Disposiciones administrativas y actos administrativo", en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, dirigida por Jesús Leguina Villa y Miguel Sanchéz Morón, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 152-191.

MAYOR DEL HOYO, Mª Victoria, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Editorial Comares, Granada, 1999.

MAYOR DEL HOYO, Mª Victoria, *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores*, Cedecs, Barcelona, 2000.

MAZA ZORRILLA, Elena, *Valladolid: sus pobres y la respuesta institucional (1750-1900)*, Valladolid, Juan de Castilla y León, 1985.

MENDIZÁBAL OSES, Luis, *Derecho de menores. Teoría general*, Ed. Pirámide, Madrid, 1977.

MIRANDA ESTRAMPES, Manual, "Intervención del Fiscal en el campo de la protección de menores. Actividad judicial y extrajudicial", 2001, (ponencia no publicada).

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *"Marc general de regulació de l'acció socioeducativa amb infancia"*, Seminari Infancia i adolescencia en risc, organizado por la Diputació de Barcelona y la FEDAIA, noviembre 2003.

MORENO DÍAZ, Ángel, "Psicología del desarrollo, del desamparo y de la inadptación", en *Menores en desamparo y conflicto social*, Ed. CCS, Madrid, 2001, págs. 85-134.

MORENO TORRES-SÁNCHEZ, Julieta, *El Desamparo de Menores*, Thomson-Aranzadi, 2005.

MORENO TRUJILLO, Eulalia, "Actuaciones de protección del menor", en *Protección jurídica del menor*, Ed. Comares, Granada, 1997, págs. 47-84.

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, "Comentarios a los arts. 779 y 780" en la obra *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Artículo 556 al 827*, págs. 3635-3644.

PANTOJA GARCÍA, Felix, "El Ministerio Fiscal y los menores en desamparo y en conflicto social", en *El derecho y los servicios sociales*, obra coordinada por Leticia GARCIA VILLALUENGA, Ed. Comares, Granada, 1997, págs. 233-247.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo*, Ariel Derecho, 2003.

PASTORE, M. y CONSOLE, M., "L'immigrazione e i rapporti familiari", a cura de LENTI, Leonardo, *Tutela civile del minore e Diritto sociale della famiglia*, en ZATTI, Paolo, *Trattato di Diritto di Famiglia*, Vol. sesto, Giuffrè, Milano, 2002, págs.

PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre, *Les pretensions davant la inactivitat administrativa en materia sancionadora ambiental*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2004.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *La nueva adopción*, Civitas, 1989.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, "Sobre el desamparo y la tutela administrativa", en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 1º, Barcelona, 1992, págs. 679-694.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, "La desprotección social del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores", en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley orgánica de Protección del Menor. Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Universidad de La Coruña, 1999, págs. 23-36.

PICONTÓ NOVALES, Teresa, *La Protección de la Infancia (Aspectos sociales y jurídicos)*, Egido editorial, 1996

REBOLLEDO VALERA, Ángel, "Procedimientos judiciales de acogimiento y adopción: la exigencia de consentimientos y su modo de prestación en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* nº 23 (*Protección del menor)*, marzo, 1998, págs. 11-40.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "Límites a la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos (Comentario de la STC 141/2000, de 29 de mayo", *Derecho Privado y Constitución* nº 14, 2000, págs. 245-299.

ROCA, Encarna, *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.

ROCA TOMÁS, R.C. *Historia de la Obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, Ed. Consejo Superior de Protección de Menores, Valencia, 1968.

RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline y ANDRIEUX, Michel, *Enfance et Violences*, Lyon, 1992.

SAÍNZ MORENO, Fernando, "Principios y ámbito de aplicación de la L.A.P. (en particular, artículos 1 a 3)", en B. PENDAS GARCÍA, *Administraciones Públicas y ciudadanos (Estudios sistemáticos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)"*, Praxis, Barcelona, 1993, págs. 103-169.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. II, 3ª ed., Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.

SEGURA SANCHO, Francisco, "La intervención judicial en la protección de menores, la situación de desamparo, el acogimiento y la adopción", en *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Eds. Santiago ESPIAU y Antoni VAQUER, Marcial Pons, Barcelona, 1999, págs. 211-232.

SENA MEDINA, Guillermo, "El Ministerio Fiscal y la Ley orgánica sobre responsabilidad penal de los menores", en *La protección de los Menores. Derechos y recursos para su atención*, coordinadora Mª. Teresa Martín López, Civitas, 2001, págs. 177-193.

SERRANO CASTRO, Francisco y OCAÑA RODRIGUEZ, Antonio, "En busca de una más adecuada regulación del régimen de protección de menores. Propuesta de reforma del Código Civil y de la LEC" (http:// www.prodeni.org/Informes en fecha 24/02/2005).

TENA PIAZUELO, Isaac, "Instrumentos de la protección de menores de la Ley aragonesa de 14 de diciembre de 1989", *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1993, págs. 685-721.

TORNOS MAS, Joaquín, "Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como un servicio público", *Cuadernos de Derecho Local* nº 6, 2004, págs. 7-18.

TOSCANO GIL, Francisco, "Acogimiento de menores y Administraciones públicas competentes en Andalucía", *Actualidad Administrativa* nº 1, 2006, págs. 22-28.

TOSCANO GIL, Francisco, "La conflictividad judicial del acogimiento de menores: el caso de los niños Iván y Sara", *La Ley* de 6 de febrero 2006, págs. 15 y ss.

UTRERA GUTIERREZ, José Luis "Menores en desamparo y adopción: los fallos del sistema legal de protección", *Seminario permanente de la APDHA de Córdoba* (www.apdha.org).

VALLS, Marina, "La intervenció dels serveis socials d'atenció primària en el tractament de la infancia-adolescencia en risc", *Congrés Europeu d'Atenció a la infancia 1992*, Generalitat de Catalunya.

VAQUER CABALLERÍA, Marcos, *La acción social (un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

VARGAS CABRERA, Bartolomé, "Régimen jurídico-sustantivo de la adopción y funciones del Ministerio Fiscal en la protección de menores. A la luz de la Ley orgánica 1/96", en *Protección jurídica del menor,* Ed. Comares, Granada, 1997, págs. 85-102.

VARGAS CABRERA, Bartolomé, "El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor" en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley orgánica de Protección del Menor. Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi,* Universidad de la Coruña, 1999, págs. 11-21.

VERCELLONE, Paolo, "La protezione dei minoren in difficoltà", a cura de LENTI, L., *Tutela civile del minore e Diritto sociale della famiglia,* en ZATTI, Paolo, *Trattato di Diritto di Famiglia,* Vol. sesto, Giuffrè, Milano, 2002, págs. 133-143.

VILLA RUBIO, Marino, "Protección de menores desamparados, Estado social de Derecho y Derecho administrativo: apuntes acerca de la evolución de las garantías", en S. ESPIAU ESPIAU y A. VAQUER ALOY (Eds.), *Protección de menores, acogimiento y adopción,* Marcial Pons, Barcelona, 1999, págs. 51-69.

VILLAGRASA ALCAIDE, C. y COLLADO FIGUERAS, Y., *Criterios de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre Protección de Menores,* Cedecs, Barcelona, 2003.

ZURITA CARIÑANA, Mª de los Ángeles "De la Ley de 11 de noviembre de 1987 a la de 15 de enero de 1996: 10 años de tutela "ex lege", acogimiento y adopción en las Sentencias de nuestras Audiencia Provinciales, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* nº 23, 1998, págs. 79-127.

AA.VV., *Curso sobre la protección jurídica del menor,* Colex, 2001.

AA.VV., *Menores, inmigrantes y refugiados: la situación en el Mediterráneo y Europa central,* editado por CEPS Proyectes Socials, 2004.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH de 23 de septiembre 2003, caso Hansen contra Turquía (TEDH 2003\54)
STEDH de 18 de febrero 2003, caso Schall contra Luxemburgo (JUR 2003\244793)
STEDH de 14 enero 2003, caso K. A. contra Finlandia (JUR 2003\50027)
STEDH de 17 de diciembre 2002, caso Venema y Venema-Huiting contra Países Bajos (TEDH 2002\75)
STEDH de 16 julio 2002 (JUR 2002\181257)
STEDH de 16 mayo 2002, caso D.G. contra Irlanda (TEDH 2002\26)
STEDH de 26 febrero 2002, caso Kutzner contra Alemania (JUR 2002\90046)
STEDH de 26 febrero 2002, caso Fretté contra Francia (TEDH 2002\10)
STEDH de 12 julio 2001, caso K. y T. contra Finlandia (TEDH 2001\467)
STEDH de 10 de mayo 2001, caso Z y otros contra Reino Unido (TEDH 2001\332)
STEDH de 10 mayo 2001, caso T.P. y K. M. contra Reino Unido (TEDH 2001\331)
STEDH de 19 septiembre 2000, caso Benjamín Gnahoré contra Francia (TEDH 2000\440)
STEDH de 13 julio 2000, caso Scozzari y Giunta contra Italia (TEDH 2000\391)
STEDH de 16 septiembre 1999, caso Buscemi contra Italia (TEDH 1999\35)
STEDH de 9 junio 1998, caso Bronda contra Italia (TEDH 1998\27)
STEDH de 7 de agosto 1996, caso Johansen contra Noruega (TEDH 1996\31)
STEDH de 24 febrero 1995, caso McMichael contra el Reino Unido (TEDH 1995\9)
STEDH de 26 mayo 1994, caso Keegan contra Irlanda (TEDH 1994\21)
STEDH de 27 de noviembre 1992, caso Olsson II contra Suecia (TEDH 1992\74)
STEDH de 23 junio 1993, caso Hoffmann contra Austria
STEDH de 22 abril 1992, caso Reime contra Suecia (TEDH 1992\49)
STEDH de 22 de junio 1989, caso Eriksson contra Suecia (TEDH 1989\12)
STEDH de 24 de marzo 1988, caso Olsson I contra Suecia (TEDH 1988\2)
STEDH de 8 julio 1987, caso O. contra Reino Unido (TEDH 1987\14)
STEDH de 8 julio 1987, caso R. Contra Reino Unido (TEDH 1987\12)
STEDH de 8 julio 1987, caso B contra Reino Unido (TEDH 1987\16)

ADOPCIÓN

STEDH de 26 febrero 2002, caso Fretté contra Francia (TEDH 2002\10)
STEDH de 26 de mayo de 1994, caso Keegan contra Irlanda (TEDH 1994\21)

DESPROTECCION O DESAMPARO

Abusos sexuales

STEDH de 14 enero 2003, caso K. A. contra Finlandia (JUR 2003\50027)
STEDH de 10 mayo 2001, caso T. P. y K. M. contra Reino Unido (TEDH 2001\331)

Malos tratos

STEDH de 19 de septiembre de 2000, caso Benjamín Gnahoré contra Francia (TEDH 2000\440)

Síndrome de Münchhausen

STEDH de 17 de diciembre 2002, caso Venema y Venema-Huiting contra Países Bajos (TEDH 2002\75)

MENORES EN SITUACIÓN DE DIFICULTAD SOCIAL

STEDH de 16 de mayo 2002, caso D.G. contra Irlanda (TEDH 2002\26)

DERECHOS DE LOS MENORES

Derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes. Violación por inactividad de la Administración

STEDH de 10 de mayo 2001, caso Z y otros contra Reino Unido; Aps. 69 a 75 (TEDH 2001\332)

Derecho a mantener relaciones personales con la familia. Derecho de visitas

STEDH de 23 de septiembre 2003, caso Hansen contra Turquía (TEDH 2003\54)
STEDH de 9 de mayo 2003, caso Covezzi y Morselli contra Italia (TEDH 2003\24)
STEDH de 18 de febrero 2003, caso Schall contra Luxemburgo (JUR 2003\244793)
STEDH de 26 de febrero 2002, caso Kutzner contra Alemania (JUR 2002\90046)
STEDH de 12 de julio 2001, caso K. y T. contra Finlandia (TEDH 2001\467)
STEDH de 19 de septiembre 2000, caso Benjamín Gnahoré contra Francia (TEDH 2000\440)
STEDH de 13 julio 2000, caso Scozzari y Giunta contra Italia (TEDH 2000\391)
STEDH de 7 de agosto 1996, caso Johansen contra Noruega (TEDH 1996\31)
STEDH de 24 de febrero 1995, caso McMichael contra el Reino Unido (TEDH 1995\9)
STEDH de 27 de noviembre 1992, caso Olsson II contra Suecia (TEDH 1992\74)
STEDH de 22 abril 1992, caso Reime contra Suecia (TEDH 1992\49)
STEDH de 24 de marzo 1988, caso Olsson contra suecia (TEDH 1998\2)
STEDH de 8 de julio 1987, caso O. contra Reino Unido (TEDH 1987\14)
STEDH de 8 de julio 1987, caso B contra Reino Unido (TEDH 1987\16)
STEDH de 26 de mayo 1994, caso Keegan contra Irlanda (TEDH 1994\21)

Derecho a la integridad física y moral. Podría quedar comprendido en la noción de vida privada del art. 8 del Convenio

STEDH de 16 de mayo 2002, caso D.G. contra Irlanda (TEDH 2002\26), Ap. 105.

Libertad religiosa

STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann contra Austria

FAMILIA: CONCEPTO

STEDH de 26 de mayo de 1994, caso Keegan contra Irlanda (TEDH 1994\21)

INTERÉS DEL MENOR

STEDH de 19 de septiembre de 2000, caso Benjamín Gnahoré contra Francia (TEDH 2000\440)
STEDH de 9 de junio de 1998, caso Bronda contra Italia (TEDH 1998\27)

PARTICIPACIÓN DE LOS PADRES EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES

STEDH de 9 de mayo 2003, caso Covezzi y Morselli contra Italia (TEDH 2003\24)
STEDH de 17 de diciembre 2002, caso Venema y Venema-Huiting contra Países Bajos (TEDH 2002\75)
STEDH de 10 mayo 2001, caso T.P. y K. M. contra Reino Unido (TEDH 2001\331)
STEDH de 16 septiembre 1999, caso Buscemi contra Italia (TEDH 1999\35)
STEDH de 24 de febrero 1995, caso McMichael contra el Reino Unido (TEDH 1995\9)
STEDH de 8 de julio 1987, caso B. contra Reino Unido (TEDH 1987\16)
STEDH de 8 de julio 1987, caso O. contra Reino Unido (TEDH 1987\14)
STEDH de 8 de julio 1987, caso B contra Reino Unido (TEDH 1987\67

REINTEGRACIÓN FAMILIAR

STEDH de 14 enero 2003, caso K. A. contra Finlandia (JUR 2003\50027)
STEDH de 26 de febrero 2002, caso Kutzner contra Alemania; Ap. 76 (JUR 2002\90046)
STEDH de 12 julio 2001, caso K. y T. contra Finlandia (TEDH 2001\467)
STEDH de 10 mayo 2001, caso T.P. y K. M. contra Reino Unido; Ap. 78 (TEDH 2001\331)
STEDH de 13 julio 2000, caso Scozzari y Giunta contra Italia (TEDH 2000\391)
STEDH de 27 de noviembre 1992, caso Olsson II contra Suecia (TEDH 1992\74)
STEDH de 22 abril 1992, caso Reime contra Suecia (TEDH 1992\49)
STEDH de 24 de marzo 1988, caso Olsson I contra Suecia (TEDH 1988\2)

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

STEDH de 17 de diciembre 2002, caso Venema y Venema-Huiting contra Países Bajos (TEDH 2002\75)
STEDH de 10 de mayo 2001, caso Z y otros contra Reino Unido (TEDH 2001\332)
STEDH de 10 mayo 2001, caso T.P. y K. M. contra Reino Unido (TEDH 2001\331)
STEDH de 24 de febrero 1995, caso McMichael contra el Reino Unido (TEDH 1995\9)
STEDH de 26 de mayo de 1994, caso Keegan contra Irlanda (TEDH 1994\21)
STEDH de 24 de marzo 1988, caso Olsson contra Suecia (TEDH 1988\2)

DERECHO COMPARADO

Finlandia

STEDH de 14 enero 2003, caso K. A. contra Finlandia (JUR 2003\50027)
STEDH de 12 julio de 2001, caso K. y T. contra Finlandia (TEDH 2001\467)

Francia

STEDH de 19 de septiembre de 2000, caso Benjamín Gnahoré contra Francia (TEDH 2000\440)

Irlanda

STEDH de 26 de mayo de 1994, caso Keegan contra Irlanda (TEDH 1994\21)

Italia

STEDH de 9 de junio de 1998, caso Bronda contra Italia (TEDH 1998\27)

Noruega

STEDH de 7 de agosto 1996, caso Johansen contra Noruega (TEDH 1996\31)

Países Bajos

STEDH de 17 de diciembre 2002, caso Venema y Venema-Huiting contra Países Bajos (TEDH 2002\75)

Reino Unido y Gales

STEDH de 10 de mayo 2001, caso Z y otros contra Reino Unido (TEDH 2001\332)
STEDH de 10 mayo 2001, caso T.P. y K. M. contra Reino Unido (TEDH 2001\331)
STEDH de 8 de julio 1987, caso O. contra Reino Unido (TEDH 1987\14)
STEDH de 8 de julio 1987, caso B contra Reino Unido (TEDH 1987\67

Escocia

STEDH de 24 de febrero 1995, caso McMichael contra el Reino Unido (TEDH 1995|9)

Suecia

STEDH de 22 abril 1992, caso Reime contra Suecia (TEDH 1992\49)
STEDH de 22 de junio 1989, caso Eriksson contra Suecia (TEDH 1989\12)
STEDH de 24 de marzo 1988, caso Olsson contra Suecia (TEDH 1988\2)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 75/2005, de 4 de abril
STC 221/2002, de 25 de noviembre
STC 124/2002, de 20 de mayo
STC 141/2000, de 29 de mayo
STC 134/1999, de 15 de julio
STC 114/1997, de 16 de junio
STC 187/1996, de 25 de noviembre
STC 215/1994, de 14 de julio
STC 260/1994, de 3 de octubre
STC 298/1993, de 18 de octubre
STC 143/1990, de 26 de septiembre

DERECHOS DE LOS MENORES

Estatuto jurídico indisponible del menor: STC 141/2000, de 29 de mayo
Derecho a la libertad ideológica y religiosa: STC 141/2000, de 29 de mayo
Derecho a la educación: STC 260/1994, de 3 de octubre
Derecho a la intimidad personal y familiar: STC 134/1999, de 15 de julio
Derecho a la integridad moral: STC 221/2002, de 25 de noviembre
Derecho a ser escuchado: STC 221/2002, de 25 de noviembre (F.J. 5)

INTERES DEL MENOR

STC 124/2002, de 20 de mayo (FF.JJ. 4 y 6)
STC 141/2000, de 29 de mayo

DESAMPARO Y TUTELA ADMINISTRATIVA

STC 187/1996, de 25 de noviembre
STC 114/1997, 16 de junio (FJ 6: sobre el modo de notificar la resolución de desamparo)

Situación de desamparo

STC 187/1996, de 25 de noviembre
STC 260/1994, de 3 octubre
STC 298/1993, de 18 de octubre

Contenido de la tutela

STC 260/1994, de 3 de octubre: representación legal del menor.

Medidas de protección

STC 124/2002, de 20 de mayo (F.J. 6): acogimiento familiar:

GUARDA DE HECHO

STC 298/1993, de 18 de octubre

CONTROL JUDICIAL DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

Tutela judicial efectiva y procedimiento de jurisdicción voluntaria

STC 75/2005, de 4 de abril de 2005
STC 187/1996, de 25 de noviembre
STC 298/1993, de 18 de octubre
STC 143/1990, de 26 de septiembre

Noción de interés legítimo a efectos de legitimación

STC124/2002, de 20 de mayo (legitimación guardador de hecho)
STC 221/2002, de 25 de noviembre (F.J. 2)

TRIBUNAL SUPREMO
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA
AUDIENCIAS PROVINCIALES

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 12 de enero 2004
STS de 12 de marzo de 2001 (RJ 2001\2296)
STS de 20 de abril de 1987 (Ar. 2717)
ATS (Sala de Conflictos de Competencia) de 9 de julio de 1998 (RJ 1998\1571)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ de Madrid de 22 de mayo 2001 (JUR 2001\226119)
STSJ de Andalucía de 7 de mayo 2001 (JUR 2001\224366)
ATSJ de Asturias de 30 de enero 2001 (RJCA 2001\337)
STSJ de Canarias de 30 de junio 1999 (RJCA 1999\3296)
STSJ de Galicia de 26 de mayo de 1998 (RJCA 1998\1994)
STSJ de Galicia de 13 de febrero 1997 (RJCA 1997\466)

STSJ de Galicia de 16 de diciembre de 1996 (RJCA 1996\2281)
STSJ de Galicia de 12 de julio de 1996 (RJCA 1996\2098)
STSJ de Galicia de 9 de julio de 1996 (RJCA 1996\2096)
STSJ de Galicia de 8 de julio de 1996 (RJCA 1996\891)
STSJ de Galicia de 5 de julio de 1996 (RJCA 1996\2093)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

ANDALUCIA

Audiencia Provincial de Cádiz

Sentencia de 20 de marzo 2003 (JUR 2003\77029)
Sentencia de 12 de febrero 2003 (JUR 2003\131695)
Auto de 17 de mayo 2002 (AC 2002\1225)
Auto de 19 de mayo 2001 (JUR 2001\303272)
Sentencia de 15 de febrero 2000 (AC 2000\1329)

Audiencia Provincial de Córdoba

Auto de 28 de mayo 2003 (JUR 2003\152680)
Auto de 14 de abril 2000 (AC 2000\3609)

Audiencia Provincial de Granada

Sentencia de 3 de marzo 2003 (JUR 2003\185114)
Sentencia de 22 de febrero 2003 (JUR 2003\116900)
Sentencia de 12 de mayo 2001 (AC 2001\1621)
Auto de 3 de marzo 1999 (AC 1999\4732)

Audiencia Provincial de Jaén

Sentencia de 7 de noviembre 2002 (AC 2002\2282)
Sentencia de 10 de enero 2002 (AC 2002\166)
Sentencia de 18 de marzo 1997 (AC 1997\472)

Audiencia Provincial Málaga

Sentencia de 20 de junio 2003 (JUR 2003\190845)
Sentencia de 29 de abril 2003 (JUR 2003\166715)
Sentencia de 13 de febrero de 2003 (JUR 2003\186562)
Sentencia de 2 de octubre 2002 (JUR 2003\28382)
Auto de 30 de septiembre 2002 (JUR 2003\70336)
Auto de 16 de abril 2001 (AC 2001\1843)
Auto de 14 de junio 2000 (JUR 2000\283336)
Auto de 30 de abril 1999 (AC 1999\6013)
Auto de 28 de abril 1999 (AC 1999\6009)
Auto de 2 de marzo 1999 (AC 1999\4142)

Audiencia Provincial de Sevilla

Auto de 4 de octubre 2003 (JUR 2003\80285)
Auto de 4 de junio 2001 (AC 2001\2109)
Auto de 8 de marzo 2001 (AC 2002\260)
Sentencia de 12 de junio 2000 (JUR 2000\283139)

Auto de 3 de febrero 2000 (AC 2000\56)
Sentencia de 23 de noviembre 1999 (AC 1999\2211)
Auto de 23 de noviembre 1999 (AC 1999\8672)
Auto de 1 de julio de 1997 (AC 1997\1532)
Auto de 25 de marco de 1996 (AC 1996\519)
Sentencia de 11 de enero de 1994 (AC 1994\45)

ARAGÓN

Audiencia Provincial de Huesca

Sentencia de 18 de septiembre de 2002 (JUR 2002\255310)

Audiencia Provincial de Zaragoza

Sentencia de 7 de julio 2003 (JUR 2003\195123)
Auto de 5 de noviembre 2001 (JUR 2002\18872)
Sentencia de 20 de mayo 1996 (AC 1996\944)
Auto de 10 de junio de 1992 (AC 1992\894)

ASTURIAS

Audiencia Provincial de Asturias

Sentencia de 19 de febrero 2003 (JUR 2003\135493)
Auto de 12 de noviembre 2002 (JUR 2003\91361)
Sentencia de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2002\286398)
Auto de 22 de enero de 1998 (AC 1998\2995)

BALEARES

Audiencia Provincial de Baleares

Auto de 7 de noviembre de 2002 (JUR 2003\71452)

CANARIAS

Audiencia Provincial de Las Palmas

Sentencia de 20 de enero 2003 (JUR 2003\196071)
Auto de 9 de octubre 2002 (JUR 2003\80362)

Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife

Auto de 28 de mayo de 2003 (JUR 2003\172571)
Sentencia de 28 de febrero 2003 (JUR 2003\141719)
Auto de 2 de octubre 1999 (AC 1999\6444)

CANTABRIA

Audiencia Provincial de Cantabria

Sentencia de 4 de febrero 2003 (AC 2003\1345)
Sentencia de 5 de diciembre 2002 (JUR 2003\66876)
Auto de 24 de septiembre 2002 (JUR 2003\8154)
Auto de 25 de abril 1997 (AC 1997\903)

CASTILLA-LA MANCHA

Audiencia Provincial de Toledo

Auto de 16 septiembre 2002 (JUR 2002\272603)
Auto de 2 de mayo 2002 (JUR 2002\174019)
Auto de 13 de diciembre 2001 (AC 2002\378)
Auto de 9 de febrero 2000 (AC 2000\512)
Auto de 2 de julio 1999 (AC 1999\1691)

Audiencia Provincial de Guadalajara

Auto de 21 de noviembre 2002 (JUR 2003\24034)

CASTILLA-LEÓN

Audiencia Provincial de Ávila

Auto de 29 de junio de 1996 (AC 1996\1470)
Audiencia Provincial de Burgos
Auto de 22 de julio de 2002 (JUR 2002\233517)

Audiencia Provincial de León

Sentencia de 16 de enero 2003 (JUR 2003\114565)

Audiencia Provincial de Soria

Auto de 14 de diciembre de 2000 (JUR 2001\79466)
Auto de 7 de octubre de 1998 (AC 1998\7899)

Audiencia Provincial de Valladolid

Auto de 12 de junio 2003 (JUR 2003\190254)

Audiencia Provincial de Palencia

Auto de 15 de octubre 2001 (AC 2001\2216)

Audiencia Provincial de Zamora

Auto de 26 de marzo 2003 (JUR 2003\123970)

CATALUÑA

Audiencia Provincial de Barcelona

Auto de 29 de diciembre 2004 (JUR 2005\33623)
Sentencia de 30 de diciembre 2002 (JUR 2003\65238)
Sentencia de 22 de noviembre 2002 (JUR 2003\61773)
Auto de 8 de julio 2002 (JUR 2002\275567)
Auto de 15 de septiembre de 1999 (AC 1999\6328)
Sentencia de 16 de marzo 1999 (AC 1999\4356)
Auto de 5 de febrero de 1999 (AC 1999\4049)
Auto de 30 de septiembre de 1992 (AC 1992\1326)

Audiencia Provincial de Girona

Sentencia de 12 de julio de 2002 (AC 2002\1156)
Auto de 28 de enero de 1998 (AC 1998\33)

Audiencia Provincial de Lleida

Auto de 2 de abril 2001 (AC 2001\1284)

Audiencia Provincial de Tarragona

Auto de 19 de julio 2002 (AC 2002\1972)
Auto de 23 de octubre de 1997 (AC 1997\2277)
Auto de 4 de marzo de 1997 (AC 1997\550)
Auto de 19 de mayo 2000 (JUR 2000\267805)

EUSKADI

Audiencia Provincial de Álava

Auto de 3 de febrero de 1999 (AC 1999\3911)
Sentencia de 25 de enero de 1999 (AC 1999\245)
Auto de 12 de diciembre de 1997 (AC 1997\2433)
Sentencia de 9 de marzo de 1993 (AC 1993\316)
Auto de 4 de diciembre de 1992 (AC 1992\1681)

Audiencia Provincial de Guipúzcoa

Auto de 3 de junio de 1999 (AC 1999\1057)

Audiencia Provincial de Vizcaya

Sentencia de 29 de julio2002

EXTREMADURA

Audiencia Provincial de Badajoz

Sentencia de 21 de abril 2003 (JUR 2003\131304)
Sentencia de 21 de enero 2003 (JUR 2003\131621)

GALICIA

Audiencia Provincial de La Coruña

Sentencia de 2 de diciembre 2002 (JUR 2003\126637)

Audiencia Provincial de Orense

Sentencia de 31 de mayo de 1995 (AC 1995\1059)

MADRID

Audiencia Provincial de Madrid

Auto de 27 de junio 2003 (JUR 2003\191313)
Auto de 27 de junio 2003 (JUR 2003\191310)
Auto de 20 de febrero 2003 (JUR 2003\186797)
Auto de 22 de enero 2003 (JUR 2003\83643)
Auto de 6 de diciembre 2002 (JUR 2003\92340)
Sentencia de 18 de noviembre 2002 (JUR 2003\31421)
Auto de 7 de noviembre 2002 (JUR 2003\91185)
Sentencia de 24 octubre 2002 (JUR 2003\27762)

Auto de 23 de mayo de 2002 (AC 2002\1351)
Auto de 26 de junio 2001 (AC 2001\1506 y AC 2001\1540)
Auto de 14 de enero de 1997 (AC 1997\216)
Sentencia de 21 de enero de 1992 (AC 1992\78)

MURCIA

Audiencia Provincial de Murcia

Sentencia de 27 de diciembre 2002 (JUR 2003\113809)
Sentencia de 19 de noviembre 2002 (JUR 2003\63526)
Sentencia de 4 de noviembre 2002 (JUR 2003\62942)

LA RIOJA

Audiencia Provincial de la Rioja

Auto de 3 de febrero 2003 (JUR 2003\93395)
Auto de 9 de marzo 1999 (AC 1999\4749)

VALENCIA

Audiencia Provincial de Alicante

Sentencia de 18 de noviembre 2002 (JUR 2003\53533)

Audiencia Provincial de Castellón

Sentencia de 31 de enero 2003 (JUR 2003\121853)
Auto de 12 de diciembre 2002 (JUR 2003\74050)
Auto de 25 de abril 2000 (JUR 2001\106725)

Audiencia Provincial de Valencia

Sentencia de 16 de abril 2003 (JUR 2003\171254)
Auto de 24 de marzo 2003 (JUR 2003\142319)
Sentencia de 16 de enero 2003 (JUR 2003\93023)
Auto de 15 de enero 2003 (JUR 2003\92963)
Sentencia de 10 de enero 2003 (JUR 2003\92844)
Sentencia de 19 de diciembre 2002 (JUR 2003\54114)
Sentencia de 17 de diciembre 2002 (JUR 2003\54100)
Sentencia de 16 de diciembre 2002 (JUR 2003\54088)
Sentencia de 29 de noviembre 2002 (JUR 2003\53839)
Sentencia de 21 de noviembre 2002 (JUR 2003\53626)
Sentencia de 31 de octubre 2002 (JUR 2003\53068)
Auto de 11 de octubre 2002 (JUR 2003\52673)
Auto de 19 de septiembre 2002 (JUR 2003\52291)
Auto de 12 de septiembre 2002 (JUR 2003\52228)
Auto de 18 de julio 2002 (JUR 2003\52132)
Sentencia de 30 de abril 2002 (JUR 2002\185690)
Auto de 2 de julio de 1998 (AC 1998\6721)
Sentencia de 12 de febrero 1996 (AC 1996\375)

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

Auto Juzgado Primera Instancia Cantabria, Santander (nº 1) de 11 de febrero de 2003 (JUR 2003\60023)

ADOPCIÓN

SAP de Granada de 3 de marzo 2003 (JUR 2003\185114)
SAP de Cádiz de 12 de febrero 2003 (JUR 2003\131695)
AAP de Sevilla de 8 marzo 2001 (AC 2002\260)
AAP de Valencia de 2 julio 1998 (AC 1998\6721)
STS de 20 de abril de 1987 (Ar. 2717)

DERECHOS DEL MENOR

Derecho a ser escuchado

SAP Valencia de 30 de abril 2002 (JUR 2002\185690)
AAP Palencia de 15 de octubre 2001 (AC 2001\2216)
AAP Toledo de 2 de julio 1999 (AC 1999\1691)
SAP Valencia de 12 de febrero 1996 (AC 1996\375)

Derecho a la vida familiar

SAP de León de 16 de enero 2003 (JUR 2003\114565)
AAP Castellón de 12 de diciembre 2002 (JUR 2003\74050)
SAP Burgos de 3 de diciembre 2002 (JUR 2003\43091)
SAP Asturias de 26 septiembre 2002 (JUR 2002\286398)
AAP Burgos de 22 de julio 2002 (JUR 2002\233517)
SAP Jaén de 10 de enero de 2002 (AC 2002\166)
AAP Lleida de 2 de abril 2002 (AC 2001\1284)
SAP Sevilla de 23 de noviembre 1999 (AC 1999\2211)
AAP Barcelona de 15 de septiembre 1999 (AC 1999\6328)
AAP Sevilla de 1 de julio 1997 (AC 1997\1532)

Derecho del menor a mantener relaciones personales con su familia (derecho de visitas)

SAP Valencia de 16 de enero 2003 (JUR 2003\93023)
SAP Valencia de 19 de diciembre 2002 (JUR 2003\54114)
SAP La Coruña de 2 de diciembre 2002 (JUR 2003\126637)
AAP Guadalajara de 21 noviembre 2002 (JUR 2003\24034)
SAP Valencia de 21 de noviembre 2002 (JUR 2003\53626)
AAP Madrid de 7 de noviembre 2002 (JUR 2003\91185)
AAP Cantabria de 24 septiembre 2002 (JUR 2003\8154)
SAP Vizcaya 29 julio 2002 (JUR 2003\89080)
SAP Girona de 12 de julio 2002 (AC 2002\1156)
AAP Madrid de 23 de mayo 2002 (AC 2002\1351)
AAP Sevilla de 8 de marzo 2001 (AC 2002\260)
AAP de Soria de 14 de diciembre 2000 (JUR 2001\79466)
AAP de Sevilla de 23 de noviembre 1999 (AC 1999\8672)
AAP Toledo de 2 de julio 1999 (AC 1999\1691)
AAP de Guipúzcoa de 3 de junio de 1999 (AC 1999\1057)
AAP de Málaga de 2 de marzo 1999 (AC 1999\4142)
SAP Jaén de 18 de marzo 1997 (AC 1997\472)

Derecho a la protección pública

SAP de Granada de 22 de febrero 2003 (JUR 2003\116900)
AAP Castellón de 12 de diciembre 2002 (JUR 2003\74050)
AAP de Sevilla de 23 de noviembre 1999 (AC 1999\8672)
AAP de Córdoba de 14 de abril 2000 (AC 2000\3609)
AAP de Granada de 3 de marzo 1999 (AC 1999\4732)

DESAMPARO

Concepto

AAP de Valencia de 24 de marzo 2003 (JUR 2003\142319)
SAP de Cádiz de 20 de marzo 2003 (JUR 2003\77029)
SAP de Málaga de 13 de febrero de 2003 (JUR 2003\186562)
SAP de Cantabria de 4 de febrero 2003 (AC 2003\1345)
SAP Badajoz de 21 de enero 2003 (JUR 2003\131621)
SAP de León de 16 de enero 2003 (JUR 2003\114565)
SAP Valencia de 19 de diciembre 2002 (JUR 2003\54114)
SAP Valencia de 17 de diciembre 2002 (JUR 2003\54100)
SAP Valencia de 16 de diciembre 2002 (JUR 2003\54088)
SAP Cantabria 5 diciembre 2002 (JUR 2003\66876)
SAP Burgos de 3 de diciembre 2002 (JUR 2003\43091)
AAP Baleares de 7 noviembre 2002 (JUR 2003\71452)
SAP Asturias 26 septiembre 2002 (JUR 2002\286398)
AAP Valencia de 19 de septiembre 2002 (JUR 2003\52291)
AAP Cantabria de 24 septiembre 2002 (JUR 2003\8154)
SAP Huesca 18 septiembre 2002 (JUR 2002\255310).
AAP Burgos de 22 de julio 2002 (JUR 2002\233517)
SAP Girona de 12 de julio 2002 (AC 2002\1156)
AAP Cádiz de 17 de mayo 2002 (AC 2002\1225)
AAP Toledo de 2 de mayo 2002 (JUR 2002\174019)
SAP Valencia de 30 de abril 2002 (JUR 2002\185690)
SAP Jaén de 10 de enero de 2002 (AC 2002\166)
AAP Toledo de 13 de diciembre 2001 (AC 2002\378)
AAP Zaragoza de 5 de noviembre 2001 (JUR 2002\18872)
AAP Cádiz de 19 de mayo 2001 (JUR 2001\303272)
SAP Granada de 12 de mayo 2001 (AC 2001\1621)
AAP Soria de 14 diciembre 2000 (JUR 2001\79466)
SAP Cádiz de 15 de febrero 2000 (AC 2000\1329)
AAP Toledo de 9 febrero 2000 (AC 2000\512)
SAP Sevilla de 23 de noviembre 1999 (AC 1999\2211)
AAP Sevilla de 23 de noviembre 1999 (AC 1999\8672)
AAP Barcelona de 15 septiembre 1999 (AC 1999\6328)
AAP Valencia de 2 julio 1998 (AC 1998\6721)
AAP Tarragona 23 octubre 1997 (AC 1997\2277)
AAP Cantabria de 25 de abril 1997 (AC 1997\903)
SAP Zaragoza de 20 de mayo 1996 (AC 1996\944)
AAP Sevilla de 25 de marzo 1996 (AC 1996\519)
SAP Sevilla de 11 de enero 1994 (AC 1994\45)
SAP Vitoria de 9 de marzo 1993 (AC 1993\316)
AAP Vitoria de 4 de diciembre de 1992 (AC 1992\1681)
SAP Madrid de 21 de enero de 1992 (AC 1992\78)

La falta de vivienda digna en el origen del desamparo

AAP Valencia de 15 de enero 2003 (JUR 2003\92963)

Ponderación económica: situación laboral

AAP Córdoba de 28 de mayo 2003 (JUR 2003\152680)

Denuncia de la situación

SAP Murcia de 27 de diciembre 2002 (JUR 2003\113809): policía local

Procedimiento de desamparo: trámite de audiencia

SAP Badajoz de 21 de enero 2003 (JUR 2003\131621)

DELIMITACIÓN RIESGO-DESAMPARO

SAP de Málaga de 20 de junio 2003 (JUR 2003\190845)
AAP de Santa Cruz de Tenerife de 28 mayo 2003 (JUR 2003\172571)
SAP de Cantabria de 5 de diciembre 2002 (JUR 2003\66876)
SAP de Asturias de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2002\286398)
AAP de Burgos de 22 de julio de 2002 (JUR 2002\233517)
SAP de Jaén de 10 de enero 2002 (AC 2002\166)
AAP de Soria de 14 de diciembre 2000 (JUR 2001\79466)
SAP de Sevilla de 12 de junio 2000 (JUR 2000\283139)
AAP Santa Cruz de Tenerife de 2 de octubre 1999 (AC 1999\6444)
SAP de Álava de 25 de enero de 1999 (AC 1999\245)

SITUACIÓN DE DIFICULTAD SOCIAL

AAP Sevilla de 23 de noviembre 1999 (AC 1999\8672)
AAP Soria de 7 de octubre de 1998 (AC 1998\7899)

EJECUCIÓN RESOLUCIÓN DE DESAMPARO: ENTRADA EN DOMICILIO

STSJ de Madrid de 22 de mayo 2001 (JUR 2001\226119)
ATSJ de Asturias de 30 de enero 2001 (RJCA\2001\337)

Jurisdicción competente contencioso-administrativa

SAP Badajoz de 21 de enero 2003 (JUR 2003\131621)

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

SAP de León de 16 de enero 2003 (JUR 2003\114565)
SAP Valencia de 17 de diciembre 2002 (JUR 2003\54100)
SAP Cantabria 5 diciembre 2002 (JUR 2003\66876)
AAP Guadalajara de 21 noviembre 2002 (JUR 2003\24034)
SAP Asturias 26 septiembre 2002 (JUR 2002\286398)
AAP Cantabria de 24 septiembre 2002 (JUR 2003\8154)
AAP Valencia de 19 septiembre 2002 (JUR 2003\52291)
AAP Valencia 12 septiembre 2002 (JUR 2003\52228)
AAP Burgos de 22 de julio de 2002 (JUR 2002\233517)

SAP Girona de 12 de julio 2002 (AC 2002\1156)
AAP Madrid de 23 de mayo 2002 (AC 2002\1351)
SAP Jaén de 10 de enero de 2002 (AC 2002\166)
AAP Palencia de 15 de octubre 2001 (AC 2001\2216)
AAP Cádiz de 19 de mayo 2001 (JUR 2001\303272)
SAP Cádiz de 15 de febrero 2000 (AC 2000\1329)
AAP Toledo de 9 de febrero 2000 (AC 2000\512)
AAP Sevilla de 23 de noviembre 1999 (AC 1999\8672)
AAP Granada de 3 de marzo 1999 (AC 1999\4732)
AAP Sevilla de 1 de julio 1997 (AC 1997\1532)
AAP Tarragona de 4 de marzo 1997 (AC 1997\550)
SAP Valencia de 12 de febrero 1996 (AC 1996\375)
AAP Barcelona de 30 de septiembre 1992 (AC 1992\1326)
AAP Zaragoza de 10 de junio de 1992 (AC 1992\894)
STS de 20 de abril de 1987 (Ar. 2717)
Auto Juzgado Primera Instancia Cantabria, Santander (nº 1) de 11 de febrero de 2003 (JUR 2003\60023)

GUARDA ADMINISTRATIVA

SAP de Asturias de 19 de febrero 2003 (JUR 2003\135493)
AAP de Sevilla de 8 de marzo 2001 (AC 2002\260)
AAP de Soria de 7 de octubre 1998 (AC 1998\7899)
SAP de Madrid de 21 de enero de 1992 (AC 1992\78)
Auto Juzgado Primera Instancia Cantabria, Santander (nº 1) de 11 de febrero de 2003 (JUR 2003\60023)

CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN DE MENORES

STS de 12 de enero 2004 (REC. 538/2001; S. 3ª)

Jurisdicción competente

Competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo

STSJ de Andalucía de 7 de mayo de 2001 (JUR 2001\224366)
STSJ de Canarias de 30 de junio de 1999 (RJCA 1999\3296)
STSJ de Galicia de 26 de mayo de 1998 (RJCA 1998\1994)
STSJ de Galicia de 13 de febrero 1997 (RJCA 1997\466)
STSJ de Galicia de 16 de diciembre de 1996 (RJCA 1996\2281)
STSJ de Galicia de 12 de julio de 1996 (RJCA 1996\2098)
STSJ de Galicia de 9 de julio de 1996 (RJCA 1996\2096)
STSJ de Galicia de 8 de julio de 1996 (RJCA 1996\891)
STSJ de Galicia de 5 de julio de 1996 (RJCA 1996\2093)
SAP de Orense de 31 de mayo de 1995 (AC 1995\1059)

Competencia del orden jurisdiccional civil y procedimiento a seguir

STS de 12 de enero 2004
AAP Santa Cruz de Tenerife 28 de mayo 2003 (JUR 2003\172571)
STS de 14 de marzo de 2001 (RJ 2001\2296)
STSJ de Canarias de 30 de junio de 1999 (RJCA 1999\3296)
ATS (Sala de Conflictos de Competencia) de 9 de julio de 1998 (RJ 1998\1571)

Control por los Tribunales civiles de la situación de desamparo declarada por la Administración

SAP Sevilla de 4 octubre 2002 (JUR 2003\80285)
SAP Asturias de 26 septiembre 2002 (JUR 2002\286398)
AAP Burgos de 22 de julio 2002 (JUR 2002\233517)
SAP Girona de 12 de julio 2002 (AC 2002\1156)
SAP Valencia de 30 abril 2002 (JUR 2002\185690)
AAP Soria 7 de octubre de 1998 (AC 1998\7899)
AAP Sevilla de 1 de julio 1997 (AC 1997\1532)
SAP Sevilla de 11 de enero 1994 (AC 1994\45)

Especialidades procesales: minoración principio dispositivo y obligación de reserva

AAP de la Rioja de 3 de febrero 2003 (JUR 2003\93395)

Realizan un control estático de la resolución de desamparo

SAP Valencia de 10 de enero 2003 (JUR 2003\92844)
SAP Alicante de 18 de noviembre 2002 (JUR 2003\53533)

Propugnan el control dinámico de la resolución de desamparo

SAP Barcelona de 22 de noviembre 2002 (JUR 2003\61773)

Alcance del control judicial

Control por los Tribunales civiles de la medida de protección acordada por la Administración

Auto de la Audiencia Provincial Sevilla de 8 de marzo 2001 (AC 2002\260): el Tribunal deja sin efecto la medida acordada por la Administración e impone una medida sustitutiva.
STSJ de Galicia de 26 de mayo de 1998 (RJCA 1998\1994): propugna control revisor y no sustitutivo
Auto Audiencia Provincial Álava de 12 diciembre 1997 (AC 1997\2433)

Derecho de audiencia y legitimación

STC 124/2002, de 20 de mayo
AAP Valencia de 11 de octubre 2002 (JUR 2003\52673)
SAP Madrid de 24 octubre 2002 (JUR 2003\27762)

Efectos de la tutela administrativa en los procesos judiciales de crisis matrimonial

SAP Barcelona de 30 de diciembre 2002 (JUR 2003\65238)
SAP de Barcelona de 16 de marzo 1999 (AC 1999\4356)

Autorización de entrada en domicilio: orden jurisdiccional competente

AAP de Barcelona de 29 de diciembre 2004 (JUR 2005\33623)

MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Acogimiento familiar simple

AAP Cantabria de 24 septiembre 2002 (JUR 2003\8154)
AAP Palencia de 15 de octubre 2001 (AC 2001\2216)

AAP Sevilla de 23 de noviembre 1999 (AC 1999\8672)
AAP de Guipúzcoa de 3 de junio de 1999 (AC 1999\1057)
AAP Sevilla de 1 de julio 1997 (AC 1997\1532)
AAP Cantabria de 25 de abril 1997 (AC 1997\903)
AAP de Madrid de 14 de enero 1997 (AC 1997\216)
AAP de Ávila de 29 de junio 1996 (AC 1996\1470)

Acogimiento simple en familia extensa

SAP de Valencia de 16 de abril 2003 (JUR 2003\171254)
AAP Valladolid de 12 de junio 2003 (JUR 2003\190254)
SAP La Coruña de 2 de diciembre 2002 (JUR 2003\126637)
SAP Madrid de 24 octubre 2002 (JUR 2003\27762)
SAP Girona de 12 de julio 2002 (AC 2002\1156)
AAP de Barcelona de 5 de febrero de 1999 (AC 1999\4049)
AAP Madrid de 14 de enero 1997 (AC 1997\216)

Acogimiento permanente

AAP Castellón de 12 de diciembre 2002 (JUR 2003\74050)
AAP Cantabria de 24 de septiembre 2002 (JUR 2003\8154)
AAP Madrid de 23 de mayo 2002 (AC 2002\1351)
SAP Granada de 12 de mayo 2001 (AC 2001\1621)

Acogimiento preadoptivo

SAP de Jaén de 7 de noviembre 2002 (AC 2002\2282)
AAP de Tarragona de 19 de julio 2002 (AC 2002\1972)
SAP Valencia de 29 de noviembre 2002 (JUR 2003\53839)
SAP Valencia de 21 de noviembre 2002 (JUR 2003\53626)
AAP Baleares de 7 noviembre 2002 (JUR 2003\71452)
AAP Cantabria de 24 septiembre 2002 (JUR 2003\8154)
SAP Girona de 12 de julio 2002 (AC 2002\1156)
AAP Toledo de 9 febrero 2000 (AC 2000\512)
AAP La Rioja de 9 de marzo 1999 (AC 1999\4749)
AAP Tarragona de 4 de marzo 1997 (AC 1997\550)

Procedimiento para constituir el acogimiento (Cc)

AAP de Madrid de 20 de febrero 2003 (JUR 2003\186797)
AAP de Madrid de 26 de junio 2001 (AC 2001\1506 y AC 2001\1540)
STSJ de Canarias de 30 de junio de 1999 (RJCA 1999\3296)
SAP de Madrid de 21 de enero de 1992 (AC 1992\78)

Nombramiento de tutor ordinario o civil

AAP de Zamora de 26 de marzo 2003 (JUR 2003\123970)
AAP Asturias de 12 de noviembre 2002 (JUR 2003\91361)
AAP Girona de 28 enero 1998 (AC 1998\33)

PATRIA POTESTAD

SAP de Málaga de 4 de febrero 2003 (AC 2003\1345)
SAP de Granada de 3 de marzo 2003 (JUR 2003\185114)
SAP Madrid de 18 de noviembre 2002 (JUR 2003\31421)
SAP de Jaén de 7 de noviembre 2002 (AC 2002\2282)

SAP Asturias de 26 de septiembre 2002 (JUR 2002\286398)
STS de 12 de febrero 1992 (RJ 1992\1271)
Auto Juzgado de Primera Instancia Cantabria de 11 febrero 2003 (JUR 2003\60023)

Privación

SAP de Zaragoza de 7 de julio 2003 (JUR 2003\195123)
AAP de Valencia de 24 de marzo 2003 (JUR 2003\142319)
SAP de Málaga de 20 de marzo 2003 (JUR 2003\142231)
AAP Tarragona de 19 de mayo 2000 (JUR 2000\267805)
SAP de Álava de 25 de enero de 1999 (AC 1999\245)
AAP de Valencia de 2 de julio 1998 (AC 1998\6721)

PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN PÚBLICA

Reintegración familiar

SAP Santa Cruz de Tenerife de 28 de febrero 2003 (JUR 2003\141719)
SAP de Las Palmas de 20 de enero 2003 (JUR 2003\196071)
SAP de León de 16 de enero 2003 (JUR 2003\114565)
SAP de Murcia de 19 de noviembre 2002 (JUR 2003\63526)
SAP Madrid de 18 de noviembre 2002 (JUR 2003\31421)
SAP de Jaén de 7 de noviembre 2002 (AC 2002\2282)
AAP Madrid de 7 de noviembre 2002 (JUR 2003\91185)
SAP Madrid de 24 octubre 2002 (JUR 2003\29762)
AAP Las Palmas de 9 de octubre 2002 (JUR 2003\80362)
AAP Sevilla de 4 de octubre 2002 (JUR 2003\80285)
SAP Jaén de 10 de enero de 2002 (AC 2002\166)
AAP Málaga de 16 abril 2001 (AC 2001\1843)
AAP Soria de 14 de diciembre 2000 (JUR 2001\79466)
SAP de Sevilla de 12 de junio 2000 (JUR 2000\283139)
AAP Sevilla de 25 de marzo 1996 (AC 1996\519)

Integración familiar

Auto Audiencia Provincial Cantabria de 24 septiembre 2002 (JUR 2003\8154)
Sentencia Audiencia Provincial Asturias de 26 septiembre 2002 (JUR 2002\286398)
Sentencia Audiencia Provincial Granada de 12 de mayo 2001 (AC 2001\1621)
Auto Audiencia Provincial Soria de 14 de diciembre 2000 (JUR 2001\79466)

RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

Control dinámico

SAP de Asturias de 19 de febrero 2003 (JUR 2003\135493): perpetuatio jurisdictiones
SAP de Castellón de 31 de enero 2003 (JUR 2003\121853)
SAP de Las Palmas de 20 de enero 2003 (JUR 2003\196071)
SAP de Barcelona de 22 de noviembre 2002 (JUR 2003\61773)

Motivación

SAP Alicante de 18 de noviembre 2002 (JUR 2003\53533)
STSJ de Canarias de 30 de junio de 1999 (RJCA 1999\3296)

TUTELA ADMINISTRATIVA

AAP Soria de 14 diciembre 2000 (JUR 2001\79466)
AAP Sevilla de 23 de noviembre 1999 (AC 1999\8672)

Carácter provisional

AAP Sevilla de 23 de noviembre 1999 (AC 1999\8672)
STSJ de Galicia de 12 de julio de 1996 (RJCA 1996\2098)

Contenido: administración bienes

SAP de Badajoz de 21 de abril 2003 (JUR 2003\131304)
AAP de Madrid de 22 de enero 2003 (JUR 2003\83643)

Extinción

SAP de Sevilla de 12 de junio 2000 (JUR 2000\283139)

ISBN 84-7351-258-8

P.V.P.
21,00 €
(IVA incluido)

MINISTERIO
DE ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS