

Consejo de Redacción

JAVIER MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ

Presidente

Fiscal

LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO

Vicepresidente

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Abogado

AMALIA IRABURU ALLEGUE

Secretaria

Editora Jefe

MANUEL RAMÓN ALARCÓN CARACUEL

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ

Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo

ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

Catedrático de Derecho Mercantil. Abogado

FERNANDO BIURRUN ABAD

Director de Publicaciones. Abogado

FRANCESC DE PAULA CAMINAL BADÍA

Abogado

FAUSTINO CORDÓN MORENO

Catedrático de Derecho Procesal. Abogado

EUGENIO GAY MONTALVO

Magistrado del Tribunal Constitucional

JUAN MARTÍN QUERALT

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Abogado

LUIS MARTÍN REBOLLO

Catedrático de Derecho Administrativo

JULIO MUERZA ESPARZA

Catedrático de Derecho Procesal

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho Penal

ENRIQUE RUBIO TORRANO

Catedrático de Derecho Civil

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

EUGENIO SIMÓN ACOSTA

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Abogado

LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN
DE MENORES ESPAÑOL

JULIETA MORENO-TORRES SÁNCHEZ

LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES ESPAÑOL

Prólogo

ISABEL E. LÁZARO GONZÁLEZ

Profesora de Derecho Internacional Privado



ARANZADI



THOMSON REUTERS

Primera edición, 2009

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Aranzadi, SA.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2009 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Julieta Moreno-Torres Sánchez]

Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)

Imprime: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona

Depósito Legal: NA 689/2009

ISBN 978-84-8355-900-0

Printed in Spain. Impreso en España

Agradecimientos

En primer lugar tengo que agradecer a mis hijas, Berta y Julieta, y a Enrique, su tremenda paciencia conmigo, en este camino de años y que por fin ha terminado. También a mis padres y hermanos, que siempre me han ayudado. A Isabel, que, a pesar de las dificultades, ha sabido «llevarme de la mano», de la forma más sencilla y más amable, en el difícil camino de la investigación. A Don Manuel Jiménez de Parga, que nos ha demostrado a todos su gran valía personal, además de la profesional, que ya conocíamos; y a Ángeles, Salomé, María y Clara, que me han alentado a seguir investigando y mejorando. Por último, a mis compañeros de trabajo, que todos los días me han nutrido de las cuestiones que aquí se plantean.

Sumario

	<i>Página</i>
PRÓLOGO	13
INTRODUCCIÓN	17

CAPÍTULO I

SEGURIDAD JURÍDICA Y SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES

1. Concepto de sistema de protección de menores	25
2. Configuración constitucional de la seguridad jurídica	28
2.1. El Estado social y democrático de derecho como origen de la seguridad jurídica en la Constitución Española	28
2.2. Aproximación a la configuración constitucional del concepto de seguridad jurídica y su aplicación respecto del sistema de protección de menores	33
3. Seguridad jurídica y poderes públicos	37
3.1. Interdicción de la arbitrariedad	37
3.2. Potestades discrecionales y regladas	41
3.3. Conceptos jurídicos indeterminados	43
3.4. El interés general como principio de actuación administrativa	45
3.5. Desviación de poder	46

CAPÍTULO II

CUESTIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD JURÍDICA DERIVADAS DEL SISTEMA NORMATIVO DE PROTECCIÓN DE MENORES, DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y APLICACIÓN TERRITORIAL Y PERSONAL DE LAS NORMAS

1. Sistema normativo	51
1.1. Normativa internacional de carácter público	51
1.2. Marco legislativo español	54
2. Distribución constitucional y estatutaria de competencias en el sistema de protección de menores	56
2.1. Competencia autonómica en el sistema de protección de menores ...	57

	<i>Página</i>
2.2. Competencia local en el sistema de protección de menores	66
3. Aplicación territorial y personal de las normas en el sistema de protección de menores	68
3.1. Problemas derivados de la existencia de un elemento extranjero en la aplicación de las normas en el sistema de protección de menores	73
3.2. Menores procedentes de la Unión Europea	75
3.3. Menores procedentes de otros Estados	77
CAPÍTULO III	
PRINCIPIOS Y DERECHOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES	
1. El interés del menor	84
1.1. Aproximación al concepto de interés del menor	84
1.2. Aplicación del principio del interés del menor	86
1.3. Interés del menor: quién decide cuál es el interés del menor, quién defiende este interés	90
1.3.1. La Administración pública ante el menor: interés general <i>versus</i> interés del menor	90
1.3.2. Interés del menor <i>versus</i> interés familiar	92
1.3.3. Cuando el menor decide su propio interés	94
1.3.4. La defensa del interés del menor en ausencia de padres o tutores	99
2. El derecho a la intimidad. El derecho a la vida privada y familiar	101
2.1. El derecho a la intimidad	104
2.1.1. Concepto de intimidad	104
2.1.2. Límites al derecho a la intimidad	107
2.2. El derecho a la intimidad y a la vida familiar	110
2.2.1. Concepto de intimidad familiar. El derecho a la vida privada ...	110
2.2.2. Límites de la injerencia en la intimidad familiar y en la vida privada y familiar	113
2.2.3. La protección contra las vulneraciones al derecho a la intimidad y vida familiar	118
3. El derecho al mantenimiento en su medio familiar de origen	119
3.1. La atención del menor por su familia de origen	122
3.1.1. Personas que atienden al menor	122
3.1.2. Obligaciones de los adultos que atienden a los menores	127
3.1.3. El principio de no separación de los hermanos	132
3.2. Actuaciones públicas con relación al derecho a mantener al menor en su familia de origen	134

3.3. El derecho al mantenimiento del menor en su medio de origen en el caso de los menores inmigrantes no acompañados	139
3.4. Estudio jurisprudencial sobre el principio del derecho al mantenimiento y reinserción al medio de origen	144
4. El derecho a mantener un régimen de relaciones personales como manifestación del derecho al mantenimiento en el medio familiar de origen ...	158
4.1. Concepto y regulación de régimen de relaciones personales y regulación legal	162
4.2. Determinación del régimen de relaciones personales de menores con medidas de protección	166
4.2.1. Régimen de relaciones personales de menores en atención inmediata	170
4.2.2. Régimen de relaciones personales de menores en guarda	170
4.2.3. Régimen de relaciones personales de menores en acogimiento familiar	177
4.2.4. Régimen de relaciones personales de menores en el acogimiento preadoptivo	180
4.2.5. Régimen de relaciones personales de menores en adopción	183

CAPÍTULO IV

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA EN SITUACIÓN DE RIESGO, ATENCIÓN INMEDIATA, GUARDA Y DESAMPARO

1. Introducción	187
2. La situación de riesgo	190
2.1. Concepto y contenido	190
2.2. La declaración de la situación de riesgo	195
2.3. Competencia y procedimiento para la declaración de la situación de riesgo	197
2.4. La protección del <i>nasciturus</i>	203
2.4.1. Necesidad de protección	203
2.4.2. Análisis legislativo y jurisprudencial	205
2.4.3. La inseguridad jurídica en la protección al <i>nasciturus</i>	206
2.5. La protección del menor adolescente	207
2.5.1. La protección del menor adolescente en la legislación	208
2.5.2. La aplicación de la medida de desamparo a los menores adolescentes	212
3. Atención inmediata	216
3.1. Concepto y regulación	216
3.2. Atención inmediata de menores no acompañados	218
4. Guarda	223

	<i>Página</i>
4.1. Guarda a instancia de padres o tutores	223
4.2. Guarda como consecuencia del desamparo	229
4.3. Guarda por orden judicial	233
5. El desamparo	239
5.1. Introducción	239
5.2. El artículo 172.1 apartado primero: el automatismo y el procedimiento para su declaración	241
5.2.1. El automatismo del desamparo	242
5.2.2. Notas sobre la seguridad jurídica en el procedimiento para la declaración del desamparo y su impugnación jurisdiccional	245
5.3. El artículo 172.1 párrafo segundo: ¿carácter objetivo o subjetivo del desamparo? La seguridad jurídica ante las situaciones de hecho	254
5.3.1. La causa del desamparo	254
5.3.2. Prejudicialidad penal en oposición al desamparo	258
5.3.3. Desamparo, guarda de hecho y acogimiento familiar	261
5.4. El artículo 172.1 párrafo tercero: efectos del desamparo	269
5.5. La inscripción registral del desamparo	274
 CAPÍTULO V 	
EL PASO DEL TIEMPO COMO CAUSA DE INSEGURIDAD JURÍDICA EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES	
1. Efectos emocionales del paso del tiempo en los menores con medida de protección	281
2. Aspectos relevantes del tratamiento del tiempo en la legislación	286
3. Tratamiento del tiempo por la jurisprudencia	301
4. Análisis estadístico de casos	305
CONCLUSIONES	311
BIBLIOGRAFÍA	319
ANEXO DE JURISPRUDENCIA	333
ANEXO DE LEGISLACIÓN	345

Prólogo

*Hay una manera de contribuir a
la protección de la humanidad,
y es no resignarse.*

ERNESTO SÁBATO

Quienes trabajan en el sistema de protección de menores saben que la infancia no es siempre un paraíso. A veces –como dice Mario Benedetti– es un infierno... A esas dificultades en las que se desarrollan algunas infancias debe ofrecer respuesta el sistema jurídico brindando protección a los niños y adolescentes que las sufren. La manera en que el Derecho responde a esas situaciones ha cambiado notablemente desde el último tercio del siglo XX. Una nueva concepción sobre los derechos de los menores colorea el ordenamiento jurídico español afirmándose en dos cuerpos legales: la Constitución de 1978 y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989. Estas dos normas constituyen el eje central del sistema sobre el que se asienta la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. El nuevo enfoque de la Ley parte de la titularidad plena de los derechos de los menores de edad y el reconocimiento de su capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que las limitaciones en el ejercicio de tales derechos deben interpretarse de forma restrictiva.

El sistema de protección de menores que acoge nuestro Derecho formalmente debe calificarse como un modelo mixto de Derecho público y de Derecho privado: en él la responsabilidad recae tanto en la familia como en los poderes públicos. Por una parte, y en primer término, pesa sobre los padres la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos, tanto los habidos dentro como fuera del matrimonio (artículo 39 de la Constitución). Por otro lado, los poderes públicos tienen la obligación de asegurar la protección social, jurídica y económica de la familia, así como la protección integral de los menores. A estos efectos, las Administraciones Públicas deben establecer mecanismos que garanticen a los menores los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce y deben arbitrar la asistencia y protección necesarias, 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.

Esta responsabilidad de los poderes públicos ha sido el motor de la evolución hacia una progresiva «publicación» del sistema. Tras una primera reforma en 1983, la Ley de 11 de noviembre de 1987 sustituye el anticuado concepto de aban-

dono por el de desamparo, introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico la situación de desamparo que da origen a la tutela automática de la entidad pública a la que territorialmente corresponda la protección de los menores. Se pretende de este modo «desjudicializar» del sistema de protección de menores y agilizar la respuesta del Derecho, pasando la competencia a los servicios sociales de la entidad pública competente en cada Comunidad Autónoma. El paso siguiente en la evolución del sistema lo da la mencionada Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, Ley Orgánica 1/1996. Establece las coordenadas jurídicas que vinculan a todos los poderes públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general. La Ley se limita a fijar el marco general del sistema de protección, así como a diseñar el contenido básico de las instituciones. A las Comunidades Autónomas, llamadas a desempeñar un papel protagonista por su especial proximidad al ciudadano, corresponde el desarrollo del sistema y ejecución de la normativa, en virtud de las competencias que tienen constitucionalmente atribuidas. Como resultado de esta tarea, durante estos treinta años, cada Comunidad Autónoma ha generado su propia normativa de protección y su propia ordenación institucional del sistema de protección de menores. Es decir, dentro de los indicados ejes se sitúan diecisiete sistemas autonómicos de protección de menores.

Aunque hablemos de un período largo, el cambio ha sido profundo y el complejo sistema necesita ser sometido a revisión y evaluación. Si como dice el tango «veinte años no es nada...», para el sistema de protección tampoco treinta años lo son. Se trata de un sistema todavía inmaduro, de resultados poco contrastados, que precisa del análisis y valoración de sus efectos. Ni desde la propia Administración Pública ni desde el mundo de la Universidad se ha afrontado esta tarea con decisión.

En este contexto debe situarse «La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español» de Julieta Moreno-Torres. Se trata de una obra seria y valiente que somete a examen el sistema, detecta en él muchos espacios de inseguridad jurídica e invita a que se aborde una reforma que garantice eficazmente el interés superior del niño.

Ya en el año 2006, tras publicar «El desamparo de los menores», Julieta Moreno-Torres declaraba en el diario *El Sur* que con su trabajo intentaba poner en tela de juicio el sistema de protección de menores español. Al mismo tiempo su obra ofrecía a los profesionales del Derecho herramientas alternativas a la declaración de desamparo, medida que supone la suspensión de la patria potestad a los padres, y que, a su juicio, debería adoptarse como último recurso. «La protección del menor es un tema tan complejo y cambiante que la Administración pública necesitaría más medios materiales y humanos para hacer frente a esta problemática y dar una respuesta eficaz adaptada a la realidad social» o «La protección del menor es cosa de todos» son dos de las afirmaciones contenidas en la entrevista con motivo de la presentación de aquel libro. Indudablemente la semilla de la obra que ahora presentamos, y que el lector tiene entre sus manos, ya se había sembrado.

Desde aquel momento Julieta Moreno-Torres se plantea tomar la temperatura a la protección que reciben los menores en España de los diferentes sistemas autonómicos desde el punto de vista de su respeto a la seguridad jurídica. A esta tarea dedica su tesis doctoral y recibe al resultado obtenido la máxima calificación. Su firme propósito era comprobar si la claridad, certeza y agilidad que implica el concepto de seguridad jurídica se reflejan en la normativa y en su aplicación práctica. Cumplidos más de diez años de la puesta en marcha del sistema de protección que define la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, parece llegado el momento de hacer balance y comprobar si efectivamente las pretensiones de la norma se han cumplido: se trataba –conforme señala la Exposición de Motivos– de consagrar un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales que afectan a los menores para evitar perjuicios innecesarios que pudieran derivar de la rigidez de aquéllos. A esta tarea se ha dedicado Julieta aportando el rigor propio del estudioso universitario y el conocimiento práctico de quien, desde la Oficina de Menores en Málaga, está en contacto día a día con los problemas a los que las normas deben responder.

En cuanto a su estructura, los cinco capítulos de la obra pueden ordenarse en dos partes. En la primera se sientan los cimientos del sistema: la seguridad jurídica, su configuración constitucional y la actuación de los poderes públicos, el marco constitucional y competencial de la protección de menores en la España de la pluralidad normativa, el interés del menor y los derechos fundamentales comprometidos en el sistema de protección de menores. La segunda parte viene a confrontar la seguridad jurídica con la regulación de las situaciones de riesgo, atención inmediata, guarda y desamparo. Especial interés reviste, sin duda, el capítulo dedicado al efecto del transcurso del tiempo en la situación de los menores pendientes de una decisión definitiva. No basta el entendimiento general de que las decisiones que afectan a la vida de los menores deben adoptarse con celeridad para evitar daños mayores: la Psicología avala la existencia de efectos emocionalmente adversos en los menores cuando transcurre el tiempo sin tomar decisiones definitivas y seguras en el ámbito judicial o administrativo.

Los instrumentos que permiten a Julieta conocer hasta qué punto se garantiza por el sistema la seguridad jurídica no son siempre los instrumentos al uso entre los estudiosos del Derecho. Ciertamente un riguroso análisis doctrinal y jurisprudencial permite sentar las bases sólidas de sus conclusiones. Pero junto a esta investigación tradicional la autora se ha servido de entrevistas personales a Letrados de la Administración, Jueces y Magistrados, Fiscales, etc., ha coordinado y dirigido cursos de formación para técnicos de la Administración y ha participado en el Encuentro sobre los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías, celebrado en 2006 en la Universidad Pontificia Comillas. También, desde este punto de vista, la obra resulta atrevida, atractiva y valiente.

Llegados a este punto, casi resulta innecesario destacar la satisfacción que tiene para mí prologar «La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español». Quienes me conocen saben que he acompañado su trabajo con la

alegría de quien sabe que el discípulo le supera en mucho y que sus resultados son valiosos para la sociedad a la que se dirigen. Puede decirse, además, que es éste el primer fruto de la recién creada Cátedra Santander de Derecho y Menores. Tan buen comienzo augura un futuro esperanzador.

No quiero terminar estas páginas sin mencionar un elemento presente en el conjunto del trabajo de Julieta, pues de otro modo el prólogo quedaría cojo. Es claro que la autora es una auténtica especialista, dotada de indiscutible sentido jurídico y conocimiento práctico y multidisciplinar; pero también resulta claro que nos encontramos ante un libro con corazón. Julieta Moreno-Torres, además de una «profesional» del sistema de protección –que lo es–, es una persona de corazón y su palpito está presente en cada una de las páginas que siguen.

Isabel E. LÁZARO GONZÁLEZ
Profesora de Derecho Internacional Privado
Facultad de Derecho
Universidad Pontificia Comillas de Madrid-ICADE

Introducción

1.–Enunciado del objetivo del trabajo y breve descripción del *status questionis*.

El objeto de nuestra investigación es el análisis de la seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español, comprobar si la claridad, certeza y agilidad que implica este concepto se reflejan en la legislación y su aplicación práctica.

Señala el Plan Estratégico Nacional de la Infancia y la Adolescencia 2006-2009, cuya vigencia abarca desde el año 2006, hasta finales del 2009, que *es preciso velar porque los procedimientos de protección de la infancia de las distintas Comunidades Autónomas se basen en unas normas mínimas comunes y sean compatibles con el interés superior del menor, garantizando la igualdad de acceso al mismo nivel de servicios, independientemente del lugar en que vivan*¹.

Hace ya más de diez años, 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, proponía en su Exposición de Motivos *consagrar un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales que afectan a menores para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de aquéllos*².

Aprovecha la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional aprovecha (tal como señala en su Exposición de Motivos), *el evidente vínculo que une la adopción con la protección de los menores para abordar la reforma de los artículos 154, 172, 180 y 268 del Código Civil*, y, señala, *mejora la redacción de estos preceptos*, introduciendo nuevos plazos en el régimen de recursos.

Nuestra motivación para realizar este estudio ha sido la necesidad que hemos observado de comprobar si la regulación contenida en la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, y la última reforma efectuada en esta materia, ofrecen seguridad jurídica al sistema de protección de menores. Hemos tenido ocasión de constatar el sentir de los menores en el sistema de protección (que no tienen voz), de los técnicos que trabajan todos los días en el sistema y de los padres, acogedores y adoptantes, que día a día se enfrentan a un sistema, a nuestro juicio, poco claro en cuanto a la normativa que lo regula. Son muchas las críticas tanto por la falta de claridad del concepto de las figuras jurídicas del sistema, como de la aplicación

1. <http://www.mtas.es/inicioas/observatoriodeinfancia/novedades/PLAN.pdf>.
2. En adelante LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

de las mismas. Igualmente se muestra crítica la sociedad en cuanto a los plazos en que se toman y ejecutan las decisiones sobre menores.

Seguridad jurídica implica necesariamente agilidad y claridad. Por tanto, el objeto de nuestro trabajo, la Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español, se concreta en analizar lo siguiente:

1) Seguridad jurídica en el sistema normativo, distribución de competencias y aplicación territorial y personal de las normas. Aplicación de los principios esenciales del sistema de protección.

2) Seguridad jurídica en la aplicación de las figuras de protección: claridad y certeza de los conceptos; claridad y agilidad de los procedimientos.

2.–Metodología.

En nuestra investigación hemos usado las siguientes fuentes de información:

a) Bibliografía.

Se han consultado las siguientes bibliotecas:

- Biblioteca de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid.
- Biblioteca del Colegio Notarial, Granada.
- Biblioteca de la Universidad Nacional a Distancia, sede de Málaga.
- Biblioteca General de la Universidad de Málaga.
- Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga.
- Biblioteca de Estudios Sociales y del Trabajo de la Universidad de Málaga.
- Biblioteca de Ciencias de la Educación y Psicología de la Universidad de Málaga.

b) Bases de datos documentales y jurisprudenciales:

- HUDOC.
- Base de datos de jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- Westlaw.
- El Derecho.

Además se han obtenido Sentencias y Autos procedentes de la práctica profesional propia y aportados por personas entrevistadas.

c) Intercambios con profesionales.

Hemos acudido a las fuentes habituales de conocimiento para la realización de una investigación en el campo del Derecho, esto es, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia; pero observamos que la jurisprudencia muestra sólo una parte de la realidad. Para obtener la información sobre la aplicación práctica de las figu-

ras jurídicas ha sido conveniente emprender un amplio trabajo de campo, mediante los contactos con profesionales que trabajan directamente en el sistema de protección de menores. La importancia de los contactos, entrevistas, encuentros e intercambios con profesionales del sistema de protección ha sido esencial, el motivo: la población objeto del protección de menores, en muchos casos, no tiene medios (o capacidad) para recurrir a la justicia en defensa de sus derechos. A ello hay que unir que para conocer la práctica administrativa hay que acercarse a la Administración. Por ello, a fin de obtener el máximo de información sobre la aplicación práctica de las normas y los puntos de inseguridad jurídica que plantean, hemos mantenido contacto, con profesionales que trabajan en la Administración y los Juzgados. Para ello hemos utilizado las siguientes técnicas:

- Entrevistas personales.
- Intercambios de grupo.
- Encuentros.
- Formularios (contestados de forma presencial y por correo electrónico).

– Entrevistas personales:

Letrados de la Administración pública.

Magistrados de Juzgados de Familia.

Fiscales de Menores (área de Protección).

Magistrada del Registro Civil Central y Magistrada del Juzgado del Registro Civil de Málaga.

A este grupo de profesionales se les ha efectuado entrevistas abiertas, basadas en las siguientes cuestiones:

- Motivos de la dilación de los procesos jurisdiccionales sobre protección de menores.
- Aplicación de las normas administrativas de procedimiento por parte de los Juzgados civiles.
- Coordinación entre la actuación de la Entidad pública de protección de menores y los Juzgados.
- La inscripción del desamparo en el Registro Civil.

En el Servicio de Protección de Menores de Málaga se han entrevistado personalmente a técnicos de las siguientes especialidades: 5 psicólogos, 6 trabajadores sociales, 2 pedagogos, 7 licenciados en derecho. Igualmente se ha mantenido entrevista con 2 psicólogos y 2 trabajadores sociales de Entidades Colaboradoras en Acogimiento Familiar; y 2 trabajadores sociales y 2 psicólogos de centros de protección. En este caso, la entrevista ha versado sobre las causas que a su juicio, y según su formación, inciden en que el menor no alcance una seguridad emocional y jurídica en plazos razonables, así como sobre aspectos prácticos de aplicación de

la normativa de protección (forma de las visitas en los centros, coordinación entre instituciones, forma de intervención con menores en situación de riesgo...). También se ha entrevistado al Jefe de Servicio de Pediatría del Hospital Costa del Sol, sobre cuestiones jurídicas relacionadas con la intervención de los profesionales médicos en la protección del *nasciturus*.

– Intercambios de grupo. Coordinación y dirección de cursos de formación

Hemos dirigido, coordinado y realizado docencia en los siguientes cursos durante el curso de nuestra investigación:

- Observatorio de la Infancia de Andalucía
Curso de Análisis legal a la situación de los menores extranjeros en el sistema de protección, 2006 (Cádiz y Málaga, nivel avanzado y nivel básico).
El acogimiento familiar en Andalucía. Análisis jurídico, 2007 (Málaga).
- Ayuntamiento de Mijas:
Legislación sobre Protección de Menores, 2007.
- Universidad Internacional de Andalucía:
El sistema de protección de menores español: perspectiva jurídica, educativa, social y psicológica, Málaga, 2007 y 2008.
- Universidad de Granada:
Curso sobre participación de los menores en los procedimientos judiciales y administrativos, 2007.

En dichos cursos de formación hemos tenido ocasión de realizar un intercambio con técnicos de todas las especialidades procedentes de todas las provincias andaluzas, planteando en estos foros las siguientes cuestiones:

- Coordinación entre Juzgados y Administración autonómica y local en casos de maltrato.
- Relación entre desamparo, guarda de hecho y acogimiento familiar.
- Problemas prácticos en la tramitación de los procedimientos administrativos y judiciales: notificaciones, plazos de resolución, audiencia de los menores, padres y acogedores...

– Encuentros

Encuentro sobre «Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías», celebrado en Madrid el 19 de octubre de 2006, en la Universidad Pontificia Comillas. Coordinamos el grupo de trabajo sobre desamparo, en que intervinieron 25 profesionales (representantes del Defensor del Pueblo nacional y de Andalucía, Magistrados de Familia, técnicos de todas las disciplinas de los Servicios de Protección de distintas Comunidades Autónomas, profesionales que trabajan en ONG relacionadas con menores...), al que realizamos un formulario sobre

cuestiones concretas relativas a la figura del desamparo. Entre otras, se formularon preguntas en torno a los siguientes aspectos:

- Protección del *nasciturus* y del adolescente.
- Derecho al mantenimiento en el medio de origen: planes de intervención familiar.
- Derecho del menor a ser oído y defensa del menor.
- Coordinación de actuaciones y carácter interdisciplinar del trabajo.
- Régimen de visitas de menores con medida de protección
- Relación entre desamparo y guarda de hecho.
- Procedimiento de desamparo.
- Protección de menores extranjeros no acompañados y de menores de la Unión Europea.
- Inscripción del desamparo en el Registro Civil.

– Formularios. Análisis de cuestiones concretas mediante correo electrónico:

Se han formulado por correo electrónico, las siguientes preguntas a juristas que trabajan en las distintas Comunidades autónomas (obteniendo respuesta de Cataluña, Castilla-La Mancha, Madrid, Murcia, La Rioja y País Vasco):

- Situación de riesgo: en concreto se ha cuestionado si la situación de riesgo se declara mediante resolución administrativa, si existe un procedimiento reglado para dicho acto administrativo, y de quién es, en su caso, la competencia para dictar dicha resolución.
- Relación entre desamparo, guarda de hecho, acogimiento y adopción: Se formularon las siguientes preguntas: 1.–Ante una guarda de hecho en que el menor está correctamente atendido ¿se dicta resolución de desamparo? 2.–¿Es requisito previo la declaración de desamparo para formular propuesta al juzgado de un acogimiento simple o permanente? 3.–¿Es requisito previo para formular una propuesta de adopción haber desamparado al menor?
- Competencia, procedimiento y aplicación de plazos y caducidad en el procedimiento de desamparo.

d) Análisis estadístico

Consulta directa de todas las resoluciones judiciales de adopción de menores que han adquirido firmeza entre los años 2000 y 2007 en la provincia de Málaga.

3.–Descripción de la articulación de la investigación en capítulos, contenido de cada uno de ellos y de la conclusión central alcanzada.

Nuestro estudio tiene por objeto el análisis de la seguridad jurídica en el sistema de protección de menores. Hemos dividido nuestro trabajo en cinco capítulos, centrandó nuestra investigación en los siguientes aspectos:

El capítulo primero es descriptivo de conceptos básicos de nuestra monografía: seguridad jurídica y sistema de protección de menores. Además de estos dos aspectos, se analizan los principios básicos de la intervención pública en el sistema de protección de menores: interdicción de la arbitrariedad, potestades discrecionales y regladas, desviación de poder, uso de conceptos jurídicos indeterminados, así como el interés general como principio de actuación administrativa.

La movilidad geográfica de los menores no puede ser óbice para su protección: la misma ha de quedar garantizada con independencia de su nacionalidad y de su lugar de residencia. Tampoco lo puede ser el hecho diferencial que implica la distribución de la competencia estatal, autonómica y local, por lo que reflexionamos si en el estado de las autonomías, la diferente aplicación de las normas, y, especialmente la interpretación y efectos que se atribuyen a las figuras de situación de riesgo, atención inmediata y desamparo, atentan contra el principio constitucional por el que se han de garantizar las condiciones básicas de igualdad de todos los menores en el ejercicio de los derechos en nuestro Estado. Observamos el hecho de que existen diferencias. Por ello analizamos, en el segundo capítulo, los problemas de seguridad jurídica derivados de la fragmentación jurídica debido a la coexistencia de normativa internacional, estatal, autonómica y local.

Pero además de la normativa, el sistema de protección se basa en unos principios generales, que han de ser observados por Juzgados y Administración, y que, a la postre, motivarán cualquier decisión que afecte a los menores. Suscita su aplicación igualmente dudas que afectan a la seguridad jurídica. Estudiamos en el capítulo tercero, el uso que se está realizando, por ambas instancias, del principio esencial del sistema: el interés del menor, sustancialmente la justificación de la toma de decisiones motivada en la invocación del mismo. Pero además de este principio, en el trabajo con menores se ha de respetar el ámbito más privado, la familia, por lo que nos acercamos a la forma en que se interviene en la misma, examinando la legislación de menores en los aspectos relativos al derecho a la intimidad, sus límites y la forma en que la Administración realiza esta injerencia en la vida familiar.

La familia es la primera célula social y el sistema de protección de menores tiene un fin social: ha de procurar que los menores permanezcan con la misma. Por ello, el sistema ha de actuar de forma progresiva. En consecuencia, estudiamos, en conexión con los dos principios anteriores, y como pilar esencial de la acción de la Administración al adoptar medidas de protección, cuestiones sobre seguridad jurídica en la aplicación del respeto del derecho del menor a su mantenimiento en su medio familiar de origen. Si no se ha trabajado la permanencia en la familia y si no se ha justificado documentalmente este esfuerzo por parte de la Administración, no se ha respetado este principio, y cualquier otra medida de intervención

más agresiva, como el acogimiento o la adopción pueden estar destinadas al fracaso.

Una vez que el menor ha sido separado de su familia de origen, nuestro sistema impone, siempre que ello sea posible, que se procure la reintegración. La misma no será posible si el menor pierde la vinculación afectiva con su familia. Por ello, analizamos igualmente aspectos de la seguridad jurídica relativos al derecho de los menores a mantener un régimen de relaciones personales con su familia. De nuevo, habrá la Administración de demostrar documentalente que se ha procurado mantener ese vínculo, ya que la propuesta de alternativas ajenas a su familia de origen, deben estar motivadas en la dejación de funciones por parte de la misma.

Desarrollado el sistema normativo y principios esenciales del sistema de protección, nos adentramos, en el capítulo cuarto, en el estudio de las figuras jurídicas que integran el sistema de protección. Nos centramos en los aspectos que motivan nuestra investigación: problemas conceptuales y de aplicación de procedimientos, en las figuras jurídicas de situación de riesgo, atención inmediata, guarda y desamparo.

En un Estado social como el que propugna nuestra Constitución, se ha de procurar la protección de la familia. La intervención pública en la situación de riesgo, con la consiguiente garantía de la correcta aplicación del derecho al mantenimiento en el medio de origen, como hemos anticipado más arriba, es el pilar básico del sistema de protección de menores. Hemos estudiado la normativa estatal y autonómica y su aplicación práctica por la Administración y por los Juzgados. La investigación se ha centrado en los problemas de inseguridad derivados de la indeterminación de la forma y plazos para la declaración y tratamiento de la situación de riesgo. Dos nuevas realidades han llamado nuestra atención en este ámbito: la protección del *nasciturus* y la protección del menor adolescente, por lo que hemos investigado cómo se actúa ante en este contexto, a fin de considerar si su protección ofrece seguridad jurídica.

No hemos podido obviar el estudio de la atención inmediata, ya que en la investigación efectuada, hemos comprobado las consecuencias que la configuración normativa de esta figura y la interpretación práctica de la misma conllevan, especialmente en lo referente a los menores inmigrantes no acompañados.

Respecto de la guarda, hemos analizado las distintas modalidades de la misma y las implicaciones respecto de la seguridad jurídica. En este caso, hemos investigado especialmente los problemas de coordinación entre Juzgados y Administración en dos situaciones: la guarda de los menores adolescentes y la guarda judicial en situaciones de maltrato.

Continuando el análisis de la actividad protectora, y como figura central del sistema de protección, hemos revisado el concepto de desamparo, y las implicaciones respecto de la seguridad jurídica, que tiene la forma en que se interpreta el mismo: ¿estamos ante un concepto objetivo o ante un concepto subjetivo?, ¿cuándo

concorre la causa del desamparo?, las diferencias en el modo y el cuándo, en la aplicación del procedimiento de desamparo en las distintas Comunidades autónomas, ¿pueden vulnerar el derecho de los menores a unas condiciones mínimas de igualdad? La implicación que tiene la diversa interpretación que se realice del mismo, supone que en situaciones de guarda de hecho, de posible tutela, ante la solicitud de acogimiento o, ante la posibilidad de formalizar una adopción, la Administración responda dictando resolución de desamparo o no. Por ello hemos puesto en relación todas estas figuras jurídicas y hemos realizado un trabajo de campo, en que hemos mantenido contacto con profesionales del sistema de protección de todas las provincias andaluzas y de diversas Comunidades Autónomas y otros organismos estatales y extra gubernamentales, y examinado la jurisprudencia. A la postre, nuestro estudio consiste, en este aspecto, en determinar si ante una misma situación, la respuesta jurídica, es uniforme.

En toda la investigación efectuada hemos observado un denominador común que afecta a la seguridad jurídica de los menores: el paso del tiempo sin tomar decisiones definitivas y seguras en el ámbito judicial o administrativo tiene siempre efectos emocionalmente adversos en los menores. Para el estudio del capítulo quinto, por tanto, hemos tenido que acercarnos a la Psicología e investigar cuáles son esos efectos. Hemos analizado la normativa sobre plazos y las decisiones jurisprudenciales en atención inmediata, situación de riesgo, guarda y desamparo. Y para avalar el hecho de que los plazos en el sistema de protección pueden no ser razonables, hemos acudido al estudio estadístico. Los datos estudiados han sido obtenidos del Servicio de Protección de Menores de Málaga y resultan fiables y sirven de muestra a efectos estadísticos: el tiempo que transcurre desde que la Administración formula una propuesta de acogimiento preadoptivo hasta que se dicta la firmeza de la adopción.

El Tribunal Constitucional aprecia que en las decisiones sobre protección de menores *se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia*³. Es nuestro objetivo conocer, a través de la investigación, si en la aplicación de estos derechos e intereses queda garantizado el principio constitucional de seguridad jurídica.

3. Señala, 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 del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, y son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar* (Sentencias del Tribunal Constitucional 114/1997, de 16 de junio, BOE núm. 171, de 18 de abril de 1997 y 298/1993, de 18 de octubre, BOE núm. 268, de 9 de diciembre de 1993).

Seguridad jurídica y sistema de protección de menores

1. CONCEPTO DE SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES

Es de todos sabido que el mejor ámbito para el adecuado desarrollo integral de un menor es su propia familia. Proteger a la familia es por tanto uno de los objetivos del Estado, ya que cuando se salvaguarda a aquélla se consigue el mismo objetivo con los menores. La protección de los menores habrá de partir por tanto de este punto, para, considerando la vulnerabilidad del menor y su falta de capacidad, obtener un sistema en que las necesidades del menor queden cubiertas, y asegurar que no se conculquen sus derechos. Sin embargo, cuando por esta vía no quede garantizada la integridad y el desarrollo adecuado del menor, será preciso intervenir de forma alternativa, actuando incluso en la familia hasta el punto de separar los menores de sus progenitores⁴.

Destaca de forma señalada cómo especialmente en los últimos años, con la aprobación de nuestro texto constitucional, las sucesivas modificaciones del Código Civil (significativamente desde la reforma operada por la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y con la adhesión de España al Convenio de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990 por España⁵, ha tenido lugar una proliferación de normas en el ámbito estatal y autonómico en torno a la protección de los menores en nuestro país. Dicha normativa abarca todos los aspectos relativos a la protección, articulando instrumentos que, si bien se enmarcan en textos legales, tienen más que ver con otras disciplinas que con el Derecho; como el Trabajo Social, la Psicología, la Pedagogía (se regulan planes de intervención o de reintegración familiar, prestaciones económicas para familias acogedoras, actuaciones

4. La Declaración sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General en la Resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959, en su preámbulo señala que *el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.*

5. BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990. En adelante CNUDN.

sobre régimen interno de los centros de protección...)⁶; o la Pediatría (mediante la articulación de protocolos de actuación sanitaria ante malos tratos)⁷.

La LO 1/1996 de Protección Jurídica del menor exige en su artículo 11 a las Administraciones públicas articular *políticas integrales encaminadas al desarrollo de la infancia por medio de los medios oportunos, de modo muy especial, cuanto se refiera a los derechos enumerados en esta Ley...* y en concreto a impulsar *políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales*.

Igualmente se han pronunciado las legislaciones autonómicas, definiendo algunas de forma expresa lo que se entiende por protección, aludiendo a un concepto de protección, en el que no se pierde de vista que el objeto de la misma es promover que el niño tenga una vida independiente en sociedad, y recibiendo la protección y asistencia necesarias para el armonioso desarrollo de su personalidad, tal como establece el Preámbulo de la CNUDN. A modo de ejemplo el artículo 17 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía, dentro del Título II denominado De la protección, dispone que *a los efectos de la presente Ley, se entiende como protección el conjunto de actuaciones para la atención de las necesidades del menor tendentes a garantizar su desarrollo integral y a promover una vida familiar normalizada*. El artículo 1.2 de la Ley de La Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores entiende por protección de menores *el conjunto de actuaciones que deben realizar las Administraciones Públicas con la finalidad de promover el desarrollo integral de los menores, garantizar sus derechos, proporcionarles la asistencia moral o material de la que carezcan, total o parcialmente, en su medio familiar y, en su caso, procurar su reeducación y reintegración social*.

Es innegable además la influencia que el grado de desarrollo económico, social y cultural, tiene en lo que un Estado determinado suscriba por protección. Si bien las normas internacionales, a las que se han adherido la mayoría de los Estados, establecen unos estándares de protección, sustancialmente en lo referente al respeto de derechos, la realidad es que en función del grado de desarrollo de cada

6. Señala IGLESIAS REDONDO, J. I., en «Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores», Cedecs, Barcelona, 1966, cit., pg. 79, cómo al dar entrada a las instituciones públicas en las competencias relativas a protección de menores en la reforma del Código Civil de 1987, el entonces Ministro de Justicia, afirmaba «que la protección de menores tiene mucho más que ver, es mucho más competencia de los servicios sociales de la Administración, es decir, de aquellos servicios sociales que se inspiran en las ciencias sociales como la psicología, la sociología y la pedagogía, etc., predominando esta consideración sobre otros criterios, también muy importantes como son los criterios técnicos».

En el mismo sentido, al relacionar el Derecho con los demás fenómenos sociales, MIQUEL, J., en «La autonomía del Derecho», Anuario de Derecho Civil, Madrid, octubre-diciembre 2004, cit., pg. 1427, señala que del mismo modo que la membrana de la célula la separa del medio que la circunda pero que justamente la pone en contacto con el medio exterior, a través de un intercambio continuo, justamente, la paralización de la membrana es expresión de la vida misma, del mismo modo no resulta adecuado hablar de aislamiento del Derecho. Es mejor hablar de autonomía y autarquía, pero planteando, desde luego, el tema de su interrelación con los demás fenómenos de la vida social.

7. Sobre esta cuestión, GARCÍA LORENTE, M. A., en «La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo: intervenciones desde el ámbito sanitario», Revista de Pediatría de Atención Primaria, Volumen III, núm. 10, Madrid, 2001.

país, el sistema de protección será más o menos amplio y estará más o menos regulado. La propia CNUDN alude en su preámbulo a que es preciso el respeto *de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armónico del niño*, esto es, existen distintas figuras de protección en función de valores culturales, religiosos⁸, sociales en función del país de origen del menor.

Desde la óptica del Derecho, desde un punto de vista estricto, se puede distinguir entre medidas de prevención, adoptadas a fin de garantizar su seguridad y bienestar, en tanto son sus propios progenitores quienes les atienden, en el ámbito de la propia familia (tratamiento de situación de riesgo); medidas de protección cuando los progenitores dejan de atender a los menores, de forma voluntaria o no (atención inmediata, desamparo y guarda administrativa o judicial) y las que tienen por objeto dar la mayor estabilidad jurídica y seguridad al menor cuando han salido del ámbito de acción de sus padres por no atender éstos sus necesidades (acogimiento, adopción, tutela, privación de patria potestad, emancipación...)⁹. Todo ello contemplado desde la perspectiva de la institución fundamental sobre la que gravita todo el sistema, la patria potestad¹⁰.

Desde un punto de vista amplio del Derecho, sin embargo, la protección de los menores va mucho más lejos que lo que hemos calificado como medidas. La protección del menor implica el estudio de la alternativa jurídica más adecuada para cada menor en cada etapa de su vida, dando respuesta a las distintas situaciones jurídicas que se puedan plantear en torno al mismo. Además, dado que los menores son sujetos de derechos, estar en el sistema de protección, sujetos a medidas, supone que la protección se debe extender al ámbito de ejercicio de todos sus derechos (como el derecho a la identificación e inscripción en el Registro Civil, la obtención de la residencia legal y nacionalidad en el caso de extranjeros, la tramitación de documentación para trabajar o la representación a través de su tutor legal, en su caso para el auxilio en aquellas actividades que el derecho requiera, la regula-

8. BOULANGER, F., en «*Les rapports juridiques entre parents et enfants*», Económica, París, 1998, cit., pg. 215 hace mención al uso de fórmulas de acogimiento de menores en derecho islámico como una alternativa a la adopción, reprobada por el Corán. Y la CNUDN, alude de forma singular a la kafala de derecho islámico, como figura de protección peculiar que habrá de ser respetada con menores inmigrantes en España.
9. El Informe Especial al Parlamento Andaluz sobre el Sistema de Protección de Menores, del Defensor del Pueblo, BOPA núm. 380, de 28 de octubre de 1999, alude en su presentación precisamente a que las normas políticas han iniciado un proceso de intervención en el complejo mundo de las familias y a instituir un régimen jurídico vinculante para las partes y, ello exige también por un lado, prevenir las situaciones conflictivas y, de otro, es necesario el establecimiento de un sistema de protección frente a las dejaciones de la satisfacción de las necesidades esenciales de los niños, evitando las privaciones y restricciones de derechos básicos.
10. Tal como manifiesta MORENO TRUJILLO, E., en «La protección jurídica del menor», Comares, Granada, 1997, cit., pg. 47, aunque la LO 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor no la mencione expresamente, no se podrían analizar las posibilidades de protección del menor, si no se aborda desde el análisis de la patria potestad, de la institución de guarda del menor-hijo. Es cuando se conculcan las obligaciones de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, darles una formación integral y representarlos, cuando se hace necesario defender sus intereses, otorgando la Constitución este deber a los poderes públicos, en un deber de protección integral. Sobre el concepto de patria potestad ver LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de derecho civil», Derecho de Familia, vol. IV, Bosch, Barcelona, 1989.

ción del régimen de visitas con sus parientes y allegados o la suspensión de dichas relaciones, la promoción judicial de su incapacitación, la gestión adecuada de su patrimonio...).

Cuando nos referimos al término sistema de protección, también se está haciendo alusión, en ocasiones, a los operadores jurídicos, técnicos de otras especialidades; en ámbitos administrativos, judiciales, educativos... que interactúan a fin de obtener ese grado deseado de protección. En este caso no se trata de medidas o derechos de los menores, sino del aparato administrativo, judicial y burocrático¹¹ que se encarga de hacer realidad la aplicación de las medidas aludidas más arriba.

Según lo expuesto, por sistema de protección de menores podemos entender todo el conjunto de medidas jurídicas, sociales, educativas, pedagógicas, etc., dirigidas a obtener el desarrollo integral del menor, con respeto a los principios integradores del Derecho de Menores, dentro de un Estado determinado y conforme a los parámetros culturales del mismo, así como el sistema de recursos materiales y técnicos que tiene por objeto procurar su protección.

2. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

2.1. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO COMO ORIGEN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El estudio del sistema de protección de menores desde la perspectiva del principio constitucional de la seguridad jurídica, implica, en primer lugar, el acercamiento a los valores y principios constitucionales que dan lugar al mismo¹². El artículo 1.1 de nuestra Constitución define al Estado español como *un Estado social y democrático de Derecho*¹³, texto indudablemente inspirado en el artículo 20.1 y espe-

11. La CNUDN en su artículo 3 alude en concreto a todo el sistema burocrático y de centros de protección e instituciones relacionadas, al disponer que: *Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.*

12. VANOSSI, J. R., en «El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social», Universitaria de Buenos Aires, 2000, cit., pg. 803, menciona a MAX WEBER, quien a finales del siglo pasado ya decía que la clave para interpretar la expansión de la revolución industrial era fundamentalmente la regla de la previsibilidad: la posibilidad de conocer anticipadamente las consecuencias de los actos que se realizan y cuál es el grado de protección que ese ejercicio de la libertad tiene como amparo o marco de referencia. Señala cómo los alemanes hablan de Estado de Derecho, los franceses de Estado Constitucional y los anglosajones del Rule of Law y también de seguridad jurídica con distintas denominaciones, pero estamos, dice, sin duda, ante un conjunto de términos que convergentemente apuntan hacia lo mismo.

13. GARCÍA PELAYO, M., «Las transformaciones del Estado contemporáneo», Alianza, Madrid, 1980, cit., pgs. 113-114, señala que el carácter complejo e indeterminado del Estado contemporáneo se revela en la diversidad de nombres que recibe: Welfare State (Estado del Bienestar), Estado social, Estado de las asociaciones... Acerca del contenido y la naturaleza de la expresión Estado social y democrático del Derecho, puede verse GARRORENA, MORALES, A., «El Estado español como estado social y democrático de Derecho, Universidad de Murcia», 1980; GARCÍA COTARELO, R., *Los principios fundamentales de la Constitución española de 1978* (BLAS A., Comp.), en «Introducción al sistema político español», Teide, Barcelona, 1983.

cialmente en el 28 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania¹⁴. En esta definición se están implantando desde el primer artículo de la norma fundamental, los principios básicos de los que deben arrancar el resto de los principios y normas constitucionales.

Respecto de la eficacia de los mismos, hay que destacar su valor en varios sentidos: son fuente de potestad de los poderes públicos, sirven como criterios interpretativos de todo el sistema normativo, incluidos los preceptos de la Constitución, son directrices de actuación de los poderes públicos y límite jurídico de dicha actuación. Interesa especialmente en este trabajo el concepto de Estado de Derecho y Estado Social. Según la teoría del Estado de Derecho, los poderes públicos sólo pueden actuar habilitados por una norma jurídica. Es decir se consagra la teoría de «gobierno de las leyes y no de los hombres»¹⁵. La Administración pública es el instrumento por el que actúa el poder político. La sujeción de aquélla a reglas jurídicas es un hecho reciente en la historia europea, que se empieza a conformar de forma sistemática a partir del siglo XVIII. Hasta ese momento, el sistema político del absolutismo se basaba en el principio de que el Rey, como titular de la soberanía, no está sometido a las leyes, sino que la Ley es la expresión de la voluntad del monarca¹⁶.

La formulación del Estado de Derecho implica dos ideas básicas: la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho, que debe ser garantizada por la existencia de un control judicial¹⁷, y a su vez la subordinación de la Ley a la Constitución, controlada a su vez por el juez constitucional cuando no sea cumplida. Y como premisa a esa doble sumisión por parte de la Administración, es preciso que al aplicar el Derecho, éste sea claro y fácilmente aplicable¹⁸. Lo contrario da lugar a

14. Artículo 20 1. *La República Federal Alemana (Die Bundesrepublik Deutschland) es un Estado Federal (Bundesstaat) democrático y social. Artículo 28 1. El orden constitucional de los Länder deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental.*

15. CARRERAS, F., en «El Estado de Derecho como sistema», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, cit., pg. 3, señala que estos términos son utilizados desde antiguo, por lo menos desde ARISTÓTELES para describir conceptos distintos. En el mundo medieval esta idea de sumisión a las leyes –divinas o naturales– y no a los hombres era idea común. Quizás el primero que lo utilizar en sentido moderno es James Harrington (Oceana 1656) en plena revolución inglesa.

16. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Fundamentos de Derecho Administrativo», Centro de Estudios Ramón Areces, SA, Madrid, 1988, cit., pgs. 48 y 191 y ss. Señala que el sometimiento de la Administración a la ley es consecuencia de la ideología postulada por la Revolución Francesa de 1789. A partir de ese momento la soberanía no reside en el Rey sino en la nación; en términos de ROUSSEAU, en la voluntad general, siendo su mayor exponente la Ley. Ésta es elaborada por el Parlamento y a ella quedan sometidos todos los ciudadanos y los órganos del Estado, especialmente el poder ejecutivo. La Administración, integrada en el poder ejecutivo debe por tanto actuar con estricta observancia de la ley, pudiendo ser exigida por los ciudadanos por la vía de los recursos que se establecen para ello.

17. Artículo 103.1 y 106.1 de la CE.

18. Que la claridad debe ser una de las características de las leyes y, en especial de los códigos, fue puesto de relieve por los juristas de finales del siglo XVIII y principios del XIX con ocasión del movimiento en pro de la codificación que se desarrolló en toda la Europa occidental. A título de ejemplo, podemos recordar aquí al gran jurista austriaco Franz Antón Feliz ZELLER en sus comentarios al código civil austriaco de 1804 (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) en cuya elaboración participó (todavía en vigor). Uno de los caracteres que según el citado

resoluciones administrativas y judiciales, opuestas ante situaciones idénticas, contraviniendo igualmente el principio de igualdad¹⁹.

La formulación de la cláusula del Estado social²⁰ se debe a HERMAN HELLER²¹, proponiendo este nuevo concepto al enfrentarse a la búsqueda de alternativas frente a la anarquía económica y a las dictaduras fascistas, superando, de este modo, el modelo de Estado de derecho y caracterizándolo por tanto como Estado social de derecho. Sólo la acción del Estado puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo social no controlado²². El Estado de derecho, después de la segunda guerra mundial, ha dado lugar al denominado Estado de bienestar social²³, cuyo objetivo es una economía organizada, concertada, dirigida o planificada, si fuere necesario. La cláusula de Estado social se concreta a través del contenido del artículo 9.2 de la Constitución Española, y supone un mandato expreso al Estado de promoción de una sociedad en que la libertad e igualdad de los individuos se haga realidad²⁴. Dicho mandato se resume, en el ámbito del presente trabajo, especialmente a través del Capítulo III del Título I al establecer mandatos y directivas directamente en cuanto a la intervención y promoción pública en el ámbito familiar. En concreto el artículo 39 pone en manos de los poderes públicos

autor mencionaba como propio de los códigos era la claridad. La ley se hace para todos. Una vez publicada nadie se exime por ignorancia de su cumplimiento (artículo 2 del Código). Para ZEILLER la ley debe estar redactada en forma que sea fácilmente comprensible, no sólo al técnico del derecho, sino al ciudadano culto. Lo anterior no es tampoco un mero carácter formal, sino que se basa en exigencias materiales, en valores fundamentales de la vida jurídica. Sólo con la claridad de la ley tiene el ciudadano certeza y seguridad en sus derechos, solamente mediante ella se consigue, por tanto, que la arquitectónica del Derecho civil se desarrolle según sus principios internos y consiga sus fines: la paz de la sociedad burguesa. Junto a la claridad pueden exigirse, como notas accesorias y subordinadas, solemnidad, pureza, elegancia de estilo... Véase GÓMEZ ARBOLEYA, E., «Estudios de teoría de la sociedad y del estado», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, cit., pgs. 511 y ss.

19. Señala SÁNCHEZ FERRIZ, R., la relación inmediata entre conocimiento y seguridad de un lado, e ignorancia e inseguridad de otro lado, en «El estado constitucional y su sistema de fuentes», Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, cit., pg. 339.
20. ÁLVAREZ CONDE, E., en «Curso de Derecho Constitucional», vol. I, Tecnos, Madrid, 1992, cit., pg. 111, apunta que se produce una alteración sustancial en el sistema de relaciones entre el Estado y el individuo, ya que aquél viene obligado a prestar unos servicios mínimos, que cada vez adquieren un mayor alcance y significado ejerciendo una función subsidiaria.
21. En «Rechtsstaat order Kdtatur?», 1929.
22. GARCÍA PELAYO, M., en «Las transformaciones del Estado Contemporáneo», Alianza Editorial, Madrid, 1980, cit., pgs. 16 y ss.
23. LORCA SIERO, A., en «Aspectos de la crisis del Estado de Derecho», MAN, León, 1995, cit., pg. 199, apunta que es decisivo el cambio operado con el Estado del bienestar, ya que se trata de dar una orientación nueva al papel estatal derivado del modelo liberal, porque de la legalidad acostumbrada –derechos individuales, libertades, democracia– se pasa a cierto enfoque de eficiencia paternalista; de tal forma que hoy el Estado se ha convertido en algo insustituible, y cuestionar su existencia estaría fuera de lugar, porque de él depende la pervivencia de la sociedad, con lo que la idea de su superioridad, como padre de algunos ciudadanos, se hace ya incuestionable.
24. Describe SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Fundamentos de Derecho...», ob. cit., pgs. 227 y ss., cómo en Alemania la definición de la cláusula de Estado social ha dado lugar a una viva polémica, definiéndose en una primera fase, en forma de interpretación descriptiva el Estado social como postulado programático, referido a la existencia de una situación social de bienestar, pasando posteriormente a interpretaciones normativas, en las que el Estado social implica el deber jurídico de todos los poderes públicos de actuar positivamente sobre la sociedad en una línea de igualación progresiva de las clases sociales.

la protección de la familia y la protección integral de los hijos. La Constitución ha querido precisar además el valor que debe darse a dicho artículo, en tanto que está ubicado sistemáticamente en el Capítulo III del Título I, al dar en el artículo 53.3 un valor informador en la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Respecto del valor de los principios constitucionales, es imperioso hacer referencia al principio de constitucionalidad y el conexo de la universalización de la justicia internacional. Resulta llamativa la importancia que en los ordenamientos constitucionales comparados se les ha otorgado, tras la segunda guerra mundial. El principio de constitucionalidad implica la superación del principio de legalidad, que considera que el sistema de libertades y derechos queda suficientemente garantizado por el simple reconocimiento de este principio. El principio de legalidad ha tenido un nuevo contenido: el acto administrativo está subordinado a la Ley, pero ésta, por su parte, tiene que respetar la Constitución y los valores democráticos en ella establecidos²⁵. Dicha concepción de la aplicación de los principios a la materia que nos ocupa implica que es obligado analizar el complejo normativo relativo a la protección de menores, no sólo desde la óptica de la más pura legalidad sino también a la luz de la aplicación de los principios constitucionales, centrándonos especialmente en la seguridad jurídica.

Son precisamente los principios constitucionales arriba aludidos los que habilitan en primer término a la Administración en su actuación en cuanto al sistema de protección de menores se refiere²⁶. La Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1981, de 20 de julio (RTC 1981, 27)²⁷, al pronunciarse con relación al derecho tributario, pone en contacto la seguridad jurídica con el resto de los principios constitucionales. Dice en su FJ 10º que *la seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad...es la suma de estos principio, equilibrada de tal suerte que permita promover el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad*, conectando así con los valores superiores del ordenamiento jurídico conforme a la redacción del artículo 1º de la CE. El objeto de esta publicación es revisar a la luz del principio de seguridad jurídica, el sistema de protección de menores, partiendo esencialmente de la figura del desamparo, y examinando el resto de instituciones jurídicas que rodean al mismo. Una crítica repetida respecto del actual Estado de bienestar, desde el punto

25. Así lo define LA PERGOLA, A., en «*Le garanzie giurisdizionali nella Costituzione*», en AAVV, «La Costituzione spagnola nel trentennale», Bolonia, 1978, citado por GAMBINO, S., en «La Jurisdicción constitucional de las leyes», Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

26. GARCÍA PELAYO, M., en «Obras completas, Estado legal y Estado Constitucional de Derecho», vol. III, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1991, cit., pg. 136, señala que aparte de la supremacía de la Constitución sobre la ley... es característica del Estado constitucional de Derecho que todos los poderes públicos y particularmente los poderes legislativo, ejecutivo y judicial estén sujetos a la Constitución, es decir, que actúen i) dentro de los límites de la competencia fundamental del Estado sin que puedan invadir la esfera de autodeterminación de las personas y la de autorregulación de la sociedad, y ii) dentro de los límites de las competencias específicas que a cada uno de ellos le señala la Constitución frente a las competencias atribuidas a los demás órganos constitucionales.

27. BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981.

de vista jurídico, es que atenta contra los principios de jerarquía normativa, de universalidad, racionalidad, imparcialidad y abstracción de la Ley y, en consecuencia, contra la seguridad jurídica. El principio de legalidad del Estado Liberal resulta atacado, tanto por una situación general de desregulación mediante la ampliación de la potestad reglamentaria de la Administración y de la potestad legislativa por parte del Ejecutivo, como por la regulación detallada de la Ley en aspectos cada vez más concretos. Pero, en el Estado Social, que es un Estado «gestor», una buena parte de la legislación en sentido material ha de ser llevada a cabo por el Ejecutivo²⁸.

Éste es el caso singular del instituto del desamparo en el caso español, regulado en su origen por el Código Civil, e incardinado metodológica y sistemáticamente en el ámbito del más puro derecho privado, y, sin embargo ejecutado por el poder público como una potestad más. Será objeto de estudio cómo afecta a la seguridad jurídica de los menores y de los que les atienden, el concepto mismo de desamparo ideado desde una base privatista y su aplicación por el derecho público, sometido por tanto a un procedimiento formal. En concreto, el desamparo se regula dentro del Código Civil, del Título VII, de las Relaciones Paterno Filiales, en el Capítulo V, de la Adopción y otras Formas de Protección de Menores, en la sección primera de la Guarda y Acogimiento de Menores. Nada puede haber más privado que la vida familiar, y sin embargo en este artículo 172 del Código Civil se regula la que posiblemente sea la potestad de la Administración que afecta a los particulares de forma más inmediata y directa²⁹. Deja por tanto el derecho privado, en el ámbito estatal, el resto de regulación jurídica del mismo a las Comunidades Autónomas, limitándose a definir el concepto.

Será ineludible analizar el respeto de la seguridad jurídica tanto de los propios procedimientos articulados por las Comunidades Autónomas, con relación a la legislación estatal, como por parte de los Tribunales al realizar el control jurisdiccional de las resoluciones administrativas relativas a la protección de menores, a fin de cuestionar si los procedimientos son seguros jurídicamente y si el control de los Tribunales garantiza igualmente dicha seguridad, analizando especialmente que si el sistema actual de protección conlleva a la arbitrariedad en las decisiones tanto administrativas como judiciales. La cuestión de la distribución de competencias en el ámbito del sistema de protección de menores, será objeto de estudio más adelante, apuntar únicamente las consecuencias de este sistema de distribución ha repercutido en el tratamiento que del sistema de protección se ha dado en cada autonomía del territorio español³⁰.

28. GALIANA SAURA, A., «La legislación en el Estado de Derecho», Dykinson, Madrid, 2004, cit., pg. 74.

29. La Administración puede en un solo acto, prescindiendo incluso del derecho de audiencia declarar la situación de desamparo provisional, así lo han regulado las legislaciones autonómicas.

30. En este sentido, ALONSO DE ANTONIO, A. L. y J. A., en «Derecho Constitucional Español», Universitas SA, Madrid, 1996, cit., pgs. 531 y ss.

El sometimiento de la Administración al Derecho puede efectuarse de diversas maneras. En primer lugar se puede hacer de forma paritaria, en que la Administración se rija por las mismas reglas y normas que disciplinan la actividad privada (esto es, por normas de derecho civil, mercantil...), siendo por tanto la Administración un sujeto jurídico más, sometido al mismo derecho de los particulares³¹. Si bien la mayor parte de las actuaciones del poder público se someten en el Estado español a la jurisdicción contencioso-administrativa, las resoluciones administrativas relativas a la protección de menores, están sujetas a la jurisdicción civil, por lo que debemos preguntarnos si esta jurisdicción es la que habrá de conocer tanto de las cuestiones de fondo como las de forma derivadas de los procedimientos administrativos.

2.2. APROXIMACIÓN A LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y SU APLICACIÓN RESPECTO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES

El concepto de seguridad jurídica tal como lo define la doctrina³² y el Tribunal Constitucional implica en primer lugar claridad de las normas. Claridad significa que existan unos parámetros claros, definidos por el legislador de cuándo se debe aplicar una norma a un caso concreto. La seguridad jurídica implica la adecuada formulación de las normas del ordenamiento jurídico, ya que cuando dicha formulación no es correcta se deja demasiada libertad al intérprete de las mismas³³. Es

31. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., en «Fundamentos de Derecho Administrativo», ob. cit., pg. 50, hace constar que éste es el régimen que ha caracterizado a los países anglosajones (Inglaterra y Estados Unidos), sistema que fue denominado como el régimen de «imperio de la ley» (*rule of law*, terminología acuñada por A. V. DICEY). En el continente europeo, el Estado surgido de la revolución burguesa, a los elementos liberales (división de poderes, principio de legalidad...) se incorpora un régimen normativo especial para los órganos estatales. Por un lado, la necesidad de gestionar los intereses generales, hace que la Administración disponga de prerrogativas o potestades y de otro, la desconfianza ante un poder desmesurado de la misma, provoca que se le impongan trabas, como que el proceso de toma de decisiones se sujete a un procedimiento formal. Por último, el conocimiento de los litigios planteados frente a la intervención de la Administración pública fueron sometidos a órganos o tribunales especiales, creándose asimismo un complejo sistemático de normas reguladoras de la actuación administrativa.
32. SÁNCHEZ FERRIZ, R., «El Estado constitucional», cit., pg. 352, expone que por seguridad jurídica se debe entender saber a qué atenerse en cada momento, derivando dicha premisa de la claridad normativa y de la previsibilidad de la ley, ya que una norma no puede considerarse ley a menos que se formule con la suficiente precisión que permita al ciudadano adecuar su conducta a sus postulados, al tiempo que evite la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de aplicarla. GEDDES, A. C., expone en «*Protection of Individual Rights Under the EC Law*», Butterworths Ltd., Norfolk, 1995, cit., pg. 109, con relación a la seguridad jurídica en el ámbito comunitario lo siguiente: el principio de seguridad jurídica (o certeza legal) requiere que la comunidad legal –y por tanto las medidas nacionales de implementación– deben ser claras y legitimadas y susceptibles de confianza para los sujetos destinatarios. Es un principio general de amplia aplicación. (*The principle of legal certainty requires that Community law (and therefore national implementing measures) should be clear and ascertainable and able to be relied upon by those who are subject to it. It is a general principle of wide application*).
33. Hace notar Díez-PICAZO, L., en «La interpretación de la Ley», en el Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1970, cit., pg. 726, que el intérprete de la ley no realiza como el artista una obra individual, sino que cumple una función social. Sus decisiones están llamadas a producir consecuencias en otras personas y estas personas es justo que sean tratadas de una manera uniforme. La seguridad jurídica impone que las decisiones sobre casos iguales sean también iguales

objeto de este trabajo estudiar si la formulación legal del sistema de protección de menores es apropiada, en las figuras jurídicas de atención inmediata, situación de riesgo o desamparo. Sin pretender, por ejemplo, que todas las situaciones de desamparo, puedan estar tasadas, ya que la realidad es tan variopinta que ello jamás sería posible, sí resulta preciso analizar en profundidad el concepto y comprobar si es acorde con la realidad. Ante situaciones muy similares, en la práctica la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales reacciona de forma demasiado variada, al igual que le ocurre a la propia Administración, interpretando de forma diversa un concepto que debía ser claro para todos los operadores (especialmente notorio cuando se aplica la figura del desamparo cuando existen terceros que atienden al menor). Por ello debemos cuestionar si las diferencias de aplicación a que aludimos tienen su causa en la falta de claridad de las normas sobre protección de menores.

Se define igualmente la seguridad jurídica, como cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de su aplicación³⁴, así como *la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del derecho*³⁵. Para que esos destinatarios lo cumplan deben tener claro su contenido, y tal como se expondrán en el contenido de este trabajo, son demasiadas las situaciones en que no es así en el ámbito del sistema legal de protección de menores. La Sentencia del Tribunal Constitucional 46/1990, de 15 de marzo de 1990 (RTC 1990, 46)³⁶, estipula que *la exigencia del artículo 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...). Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no (...) provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable.*

La seguridad jurídica responde al sentimiento individual que exige conocer de antemano cuáles son las consecuencias jurídicas de los propios actos, quien se compromete a algo o inicia una actuación de cualquier tipo ha de encontrar una respuesta jurídica cierta en el ordenamiento jurídico vigente en relación con las responsabilidades que contrae³⁷. De la declaración de desamparo de un menor

que los ciudadanos puedan en una cierta medida saber de antemano cuáles van a ser los criterios de decisión que han de regir sus asuntos.

34. GALIANA SAURA, A., «La actividad legislativa en el estado social de derecho», Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 2-1999 [consultado 08/06/2007], disponible en: <http://www.uv.es/CEFD/2/galiana.html>.

35. Así lo señalan las siguientes resoluciones: Sentencia del Tribunal Constitucional 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4 (BOE núm. 85 de 9 de abril de 1990); Sentencia del Tribunal Constitucional 104/2000, de 13 de abril, FJ 7 (BOE núm. 119 de 18 de mayo de 2000 [RTC 2000, 104]); Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1986 de 31 de enero, FJ 1 (BOE núm. 55 de 5 de marzo de 1986 [RTC 1986, 15]); Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5 (BOE núm. 66 de 18 de marzo de 1991 [RTC 1991, 36]).

36. BOE núm. 85 de 9 de abril de 1990.

37. GARRIDO FALLA, F., «Comentarios a la Constitución», 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, cit., pg. 179.

derivan consecuencias para los mismos que serán esenciales para su desarrollo como persona. Tutela, privación, suspensión de la patria potestad y desamparo son figuras que necesariamente hay que poner en conexión para la búsqueda de alternativas razonablemente seguras para los menores.

Es importante que los ciudadanos tengan confianza en el sistema de protección y además piensen que es un sistema justo. La Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1990 de 4 de octubre de 1990 (RTC 1990, 150)³⁸, expone que *no cabe subestimar la importancia para que la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas (...) puesto que una legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia*. Existe indudablemente un problema de inseguridad jurídica tanto para los menores, que pueden pasar años esperando ser adoptados de forma definitiva, como para los adoptantes que pasan dicho tiempo con el peso de la espera de una resolución judicial firme, con un derecho a la defensa además, mermado por el propio sistema, considerando que cuando han transcurrido unos años se han creado unos lazos entre adoptantes y adoptandos muy cercanos a los vínculos paterno filiales, con independencia de la consideración que el Derecho le dé a esa relación, en función del trámite en que se encuentre el procedimiento.

Además de esta confusión creada por el propio concepto del desamparo, existen igualmente problemas de aplicación del sistema de protección de menores derivados de la confusión entre los operadores jurídicos respecto de quién tiene la competencia para actuar en cada caso. Es necesario que ante una situación de desprotección se le otorgue al menor la figura jurídica que mayor seguridad y estabilidad jurídica, y emocional. Por ello, cada operador ha de tener claro cómo reaccionar ante situaciones de guarda de hecho, ante posibles incapacitaciones de los progenitores, considerar la alternativa de que el menor se emancipe o no perder de vista ante situaciones de crisis familiar que puede haber otros familiares que asuman el cuidado del menor, sin necesidad de suspender la patria potestad a través de la figura del desamparo.

La conclusión es que si el propio sistema de protección tiene en su formulación básica trabas que hacen que en un número significativo de casos los sujetos a los que se aplica no puedan tener una certeza del cumplimiento de las expectativas que persiguen, a causa de la propia formulación de las normas, resulta conveniente estudiar el sistema tomando como norte la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y buscar alternativas para mejorarlo. Además, al estudiar el sistema de protección desde el punto de vista de los menores, la situación se agrava, puesto que la falta de claridad del sistema provoca resoluciones judiciales y administrativas que chocan contra las expectativas de la aplicación del derecho de los particulares, que sometidas al paso del tiempo derivado de los lentos procesos jurisdiccionales

38. BOE núm. 266 de 6 de noviembre de 1990.

de nuestro país, así como la inactividad de la Administración en otros casos, pueden provocar auténticas situaciones en contra de la integridad moral de los menores³⁹. Éstos son una realidad en devenir⁴⁰: la resolución que se adopte pasados varios años no se toma ya con relación al menor X, sino al sujeto XX en que ese menor ha devenido con el paso del tiempo. Por ello, es preciso abordar la importancia las consecuencias de un sistema de protección que no actúa con la celeridad requerida.

Los menores, tienen desde el punto de vista del Derecho, capacidad jurídica, esto es aptitud para ser titulares de derechos, obligaciones y relaciones jurídicas, y el reconocimiento inmediato de una serie de derechos esenciales que corresponden a la persona por el mero hecho de serlo, los llamados derechos de la personalidad⁴¹. El hecho de la minoría de edad implica la limitación de capacidad de obrar⁴². Conforme el menor va creciendo, según su edad o grado de madurez, el Derecho va reconociendo al mismo capacidad de obrar para efectuar ciertos actos⁴³. La interpretación, además, de lo que puede o no puede hacer o decidir el menor debe ser dilucidada de forma restrictiva conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. En aquellos actos que los menores no tienen capacidad de obrar, la misma debe ser suplida bien por sus progenitores o por terceros. Por tanto, hemos de cuestionar en qué posición jurídica quedan los menores, sus padres y los que los atienden con relación a las medidas de protección, en función de que las mismas se hayan adoptado o no,

39. En este sentido CORRAL GARCÍA, E., «El derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia», *Aranzadi Civil*, Pamplona, 2003 (BIB 2003, 1118) y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en «¿Protección de menores versus protección de progenitores?», *Revista de Actualidad Aranzadi*, Pamplona, marzo 2000.

40. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La guarda y custodia de los hijos y derecho de visita tras la crisis matrimonial*, en «La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial» (Coord. CERVILLA GARZÓN, M. D.), Servicio de Publicaciones de la Universidad, Cádiz, 1996, cit., pg. 45, señala que si desde un punto de vista jurídico-formal puede bastar inicialmente el identificar el interés del menor con la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad, en cuanto garantiza una protección suficiente al menor, desde un punto de vista humano, parece que no puede prescindirse de alguna referencia a la felicidad y bienestar personal del menor, al equilibrio emocional y afectivo que tanto puedan contribuir (positiva o negativamente) a la formación y desarrollo de la personalidad.

41. GARCÍA GARCÍA, C., «El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Colección de Estudios de Derecho*, Universidad de Murcia, 2003, cit., pg. 35.

42. La plena capacidad se adquiere con la mayoría de edad conforme al artículo 315 del Código Civil. Señala Díez-PICAZO, L., «Sistema de Derecho Civil»: vol. I, Tecnos, Madrid, 1989, cit., pg. 260, señala cómo hay que distinguir entre la capacidad jurídica, aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y la capacidad de obrar o aptitud para realizar actos jurídicos.

43. En «Los Menores en el Derecho Español», LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. (Coord.), Tecnos, Madrid, 2002, cit., pgs. 51 y ss., se realiza la siguiente clasificación de los actos referidos a los menores con relación a su capacidad de obrar: a) Actos relativos al estado civil (consentimiento para el acogimiento o la adopción a los doce años, emancipación y beneficio de mayor edad a los dieciséis, opción a la nacionalidad española a los catorce...). b) Actos relativos a la propia persona del menor (testamento a los catorce años, mantenimiento de relaciones con parientes y allegados en función de su capacidad natural, contratación, ser testigo en juicio, el ejercicio de los derechos de la personalidad...) c) Actos patrimoniales (disposición de bienes y derechos del menor, administración de los mismos, capitulaciones matrimoniales, donaciones...). d) Actos del menor para su propia protección: el menor puede solicitar al Juez medidas para su propia protección.

procurando posicionar a todos ellos de forma que tengan claro cuáles son sus derechos y sus obligaciones, a fin de que en cada momento de la vida del menor se conozca con certeza quién tiene que tomar una decisión o representar al menor en caso de que ello sea preciso.

Derivan igualmente del principio de seguridad jurídica otros principios importantes con relación al tema que nos ocupa: el principio de legalidad, ya mencionado, dimanante del Estado de Derecho es el origen del resto de los principios y el principio de igualdad. La Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1987, de 10 de julio de 1987 (RTC 1987, 120), en su FJ 2º, expone que en el principio de seguridad jurídica está ínsita la confianza del ciudadano en que su caso o su pretensión será resuelta o merecerá la misma respuesta que se dio en casos anteriores e iguales. La claridad en las normas llevará a que se cumpla este principio.

El principio de seguridad jurídica no aparece mencionado en los Tratados constitutivos, sin embargo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas lo ha reconocido como un principio general de Derecho comunitario⁴⁴, extraído del espíritu de los derechos nacionales y que puede ser alegado por vía de recurso siempre que se constate su vulneración⁴⁵.

3. SEGURIDAD JURÍDICA Y PODERES PÚBLICOS

En el apartado anterior se ha hecho mención a los principios constitucionales señalados en el artículo 1 de la Constitución. En este momento del estudio es necesario detenerse, con relación a la seguridad jurídica en el sistema de protección, en el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, necesariamente relacionado con el Estado de Derecho y el principio de legalidad, recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, respecto de todos los poderes públicos, y conexo con el mismo trataremos sobre la discrecionalidad de la actividad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados, tan frecuentes en el ámbito de estudio que abordamos.

3.1. INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD

En términos generales, una decisión de cualquier poder público se considera arbitraria cuando no es el resultado de un proceso de aplicación de las reglas del

44. En algunos ámbitos, como el financiero, se han constituido Comisiones, cuyo objeto es evitar la no certeza del Derecho Comunitario, y sus efectos adversos (así en la Comisión Europea, en la Dirección General de Mercados y Servicios se ha creado *The EU Clearing and Settlement – Legal Certainty Group*, cuyo objetivo es la creación de un grupo legal de expertos jurídicos, cuya labor específica es solucionar problemas de seguridad jurídica identificados a fin de promover la clarificación en el ámbito de la UE (*setting up of group of legal experts, as a specific exercise intended to address problems of legal uncertainty identified in the context of considering the way forward for clearing and settlement in the European Union*), http://europa.eu.int/comm/internal_market/financial-markets/docs/certainty/report-31012005_en.pdf).

45. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado al respecto en resoluciones como la Sentencia de 17 de mayo de 1990, en el caso Barber v. Guardian Royal Exchange

ordenamiento jurídico, sino el fruto de una manifestación de la voluntad particular del órgano que la adopta, sin una cobertura razonable en la Constitución o en las demás reglas que constituye el Derecho vigente en un momento dado⁴⁶.

La interdicción de la arbitrariedad debe esgrimirse tanto de la Administración como de los Tribunales. Así lo señala la Sentencia Tribunal Constitucional 27/1981, de 20 de julio (RTC 1981, 27)⁴⁷. Por lo que respecta a la interdicción de la arbitrariedad de los Tribunales, el Tribunal Constitucional tiene declarado que la interdicción de la arbitrariedad de los órganos judiciales (artículo 9.3 CE) puede garantizarse a través del derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24.1 Constitución. Así se señala en la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2005, de 17 de enero (RTC 2005, 7)⁴⁸. En la misma afirma el Tribunal que cuando se hayan obtenido distintas respuestas respecto a una misma cuestión litigiosa sin que medie un razonamiento que justifique el cambio de criterio en el que ha incurrido la Sentencia recurrida en amparo, no se puede considerar conforme con el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, sean cuales fueran las razones que puedan justificar tal resultado⁴⁹. Estudiar el sistema de protección de menores desde la perspectiva de la seguridad jurídica implicará por tanto no perder de vista que un sistema que incurre en la arbitrariedad no es un sistema seguro⁵⁰.

La misma línea sigue el TEDH en Sentencia de 27 de septiembre de 1990 (TEDH 1990, 22), caso *Cossey contra Reino Unido*, interpretando de la siguiente forma la actuación del Tribunal, con relación a sus actuaciones anteriores: *la Corte no se encuentra obligada a no variar sus propios precedentes, éstos son mantenidos por razones de seguridad jurídica y de desarrollo coherente de la jurisprudencia relativa a la Convención. Pero ello no impide variar las sentencias cuando ello se justifique para lograr una interpretación de la convención acorde con la evolución de la sociedad.*

La interdicción de la arbitrariedad mencionada en el artículo 9.3 de la Norma Fundamental hay que ponerla aquí en conexión con el artículo 103.1, que en su último inciso insiste en la necesidad de que la Administración esté sometida a la

Assurance Group plc. (TJCE 1990, 158), con relación a la equiparación de salarios entre hombres y mujeres hace referencia al principio de *legal certainty*.

46. MUÑOZ MACHADO, S., en «Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General», Tomo I, Thomson Civitas, Madrid, 2004, cit., pgs. 580 y ss.

47. BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981.

48. BOE núm. 81, de 5 de abril de 2005.

49. Así lo expresa SERRANO ANTÓN, F., en «Interdicción de la arbitrariedad de los órganos judiciales a través del derecho a la tutela judicial efectiva. Eliminación de una respuesta judicial diferente y no justificada a una misma cuestión litigiosa, sin que medie una justificación del cambio de criterio», Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005 [consultado 03/11/2007], disponible en: http://www.ief.es/Publicaciones/JurisCons/Comentarios/2005_STC07.pdf.

50. PÉREZ LUÑO, A. E., en «El Estado social y democrático de derecho», Tecnos, Madrid, 2005, cit., pgs. 218 y ss., señala cómo uno de los problemas más importantes de la teoría jurídico política reside en la conciliación entre los derechos de los particulares y la soberanía del Estado. A fin de no concebir la ley como producto del arbitrio, sino de la voluntad general encaminada a garantizar los derechos fundamentales de los individuos, se dirigió la idea guía del Estado de Derecho, en el que los derechos fundamentales no aparecen como concesiones, sino como corolario de la soberanía popular.

Ley y al Derecho⁵¹. El poder público incurrirá en arbitrariedad cuando se separe de la idea de previsibilidad, esto es, cuando no se pueda cumplir su expectativa de saber a qué atenerse⁵², conectando así la interdicción de arbitrariedad con el concepto de seguridad jurídica que se ha expuesto más arriba. Con relación a los actos de la Administración se debe poner en conexión además la previsibilidad y la seguridad jurídica, con el principio de confianza legítima, recibido de la jurisprudencia comunitaria y con origen en el Derecho alemán⁵³. Enlaza esta cuestión con el mantenimiento de precedentes por parte de la Administración, considerando que es arbitrario y contrario al principio de confianza legítima que se dicten resoluciones contrarias en situaciones semejantes, dependiendo en ocasiones del ciudadano que sea objeto de la resolución⁵⁴. Pensemos por ejemplo en el supuesto de nacimiento de un menor que da positivo a cocaína en orina al nacer. Ésta es un tipo de sustancia estupefaciente usada habitualmente por personas de un status social elevado. Nos preguntamos: ¿se dictaría la misma medida de protección, en

51. Dispone que *la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*.
52. REQUERO IBÁÑEZ, J. L., en «Arbitrariedad y discrecionalidad», Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004, cit., pgs. 86 y ss., señala además que la arbitrariedad de los poderes públicos es predicable a todo poder público (...) constituyendo una modalidad de ilegalidad, pero centrado no sólo en el apartamiento de lo previsto en una norma de referencia anterior, objetiva y clara, sino más bien en el actuar imprevisto en cuanto tal (...) al porque sí, a lo injustificado o irrazonable como modo aprensible en el actuar o en la decisión del poder público.
53. Así lo señala MUÑOZ MACHADO, S., en «Tratado de Derecho Administrativo...», ob. cit., pg. 580. En Sentencia del Tribunal Supremo de 1 febrero 1990 (RJ 1990, 1258) se hace referencia a este concepto en cuanto a la situación del administrado que confía legítimamente en la estabilidad de la situación jurídica creada por la misma Administración.
54. Se ha pronunciado la doctrina en este sentido en el ámbito tributario, poniendo de manifiesto la importancia de este principio. Así, PULIDO QUECEDO, M., en «Nota crítica de la STS (Sección 3ª Sección 6ª), de 27-12-2000» (RJ 2000, 9577), Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 1/2001, Parte Tribuna, Aranzadi, Pamplona, 2001, cit., pgs. 7-25, comenta que no es mejor Juez, el que más ocurrencias tiene, sino el que busca en los intersticios de la Ley la solución correcta (...), que puede que no sea una como la experiencia demuestra, pero que requiere utilizar los métodos interpretativos objetivables, para que no padezcan valores como el de la seguridad o en expresión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el de confianza legítima, en el derecho puesto. (Repárese en la importancia que las sociedades desarrolladas conceden al valor seguridad, como expresión del reino de la ley y no de la voluntad caprichosa del imperante, sea gubernativo o judicial, de turno). Por su parte PLAZA VÁZQUEZ, A. L., en «La inconstitucionalidad de la "ficción de donación"» (BIB 2000, 1591), Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 15/2000, Estudio doctrinal, Aranzadi, Pamplona, 2000, cit., pg. 923, señala que sólo resta denunciar y rechazar cómo se ha desvirtuado el valor de la seguridad jurídica. La seguridad jurídica debe entenderse como un valor orientado, en primer lugar, a la protección de la confianza de los ciudadanos frente a actuaciones arbitrarias de los poderes públicos. Que las actuaciones ilegítimas del ya todopoderoso poder legislativo y de unas Administraciones (tributarias o no) adornadas con todo tipo de potestades exorbitantes, se vean además protegidas por una idea de seguridad jurídica que ahora opera sólo como coartada, y en contra de la confianza legítima de los ciudadanos, es algo inconcebible en términos de simple, llano y básico sentido común. Y tras las discordancias entre sentido común y razón jurídica no suele esconderse nada bueno. Y cita el trabajo monográfico GARCÍA NOVOA, C., «El principio de seguridad jurídica en materia tributaria», Marcial Pons, Madrid, 2000, cit., pgs. 37 y 40, quien destaca que la seguridad jurídica es, probablemente, el principio constitucional cuya positivización resulta menos imprescindible, pues el mismo se deduce de la propia esencia de un Estado de Derecho donde prevalezcan los valores frente al legalismo, pero su recepción constitucional añade un *plus*, la Constitución está positivizando un derecho a la seguridad jurídica.

su caso, con separación del núcleo familiar, en función del nivel económico de los progenitores del menor? No está claro, ni mucho menos, que la decisión sea igual para todos. La doctrina alemana identifica la prohibición de arbitrariedad con el principio de igualdad ante la Ley: lo que se prohíbe por el legislador, en definitiva, es tratar desigualmente situaciones iguales⁵⁵.

Como colofón para evitar la arbitrariedad, y en aras de garantizar igualmente el principio de igualdad, debemos referirnos a la motivación de las decisiones, tanto judiciales como administrativas, ya que los poderes públicos han de justificar porqué han tomado una decisión y no otra diversa. Respecto de los Tribunales se ha pronunciado de forma reiterada el Tribunal Constitucional sobre la obligatoriedad de motivar las resoluciones jurisdiccionales, así en la Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2002, de 22 de julio (RTC 2002, 155)⁵⁶, señala que del artículo 24.1 de la Constitución se deduce la exigencia de que las sentencias se encuentren motivadas (es decir, *que contengan los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión*). Y en la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1987, de 10 de julio de 1987 (RTC 1987, 120)⁵⁷, expone la necesidad de motivación, como requisito para la no vulneración del principio de igualdad (señala que *compete a este Tribunal Constitucional, sin embargo, establecer la garantía constitucional en los supuestos en los que la disparidad no aparece justificada, razonada o explicitada, expresa o implícitamente*).

Igualmente es preciso que las decisiones administrativas sobre protección estén motivadas. La motivación es la exigencia de hacer públicas las razones de hecho y de Derecho que fundamentan el acto. Por la motivación se podrán conocer las razones que condujeron a la decisión adoptada, que justificaron el acto. De esta forma el administrado comprenderá los motivos que indujeron a la Administración a actuar y asimismo le darán ocasión a defenderse de los mismos. Señalan J. GONZÁLEZ PÉREZ, y F. GONZÁLEZ NAVARRO, que la motivación cumple una triple finalidad: permite el control indirecto de la opinión pública, permite determinar con mayor certeza y exactitud el conocimiento de la voluntad manifestada y sirve como medio para realizar el control jurisdiccional de los actos administrativos⁵⁸. La importancia de la motivación adecuada de las resoluciones administrativas es esencial si consideramos que en muchos casos, las personas inmersas en el sistema de protección no cuentan con recursos o habilidades sociales suficientes para acceder al sistema de recursos jurisdiccionales, con lo cual es justo que al menos el acto administrativo en que se adoptan decisiones sobre los menores expresen en términos claros los motivos de la decisión.

55. GARRIDO FALLA, F., «Comentarios a la Constitución», ob. cit., pg. 181.

56. BOE núm. 188 de 7 de agosto de 2002.

57. BOE núm. 180 de 28 de julio de 1987.

58. En «Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», vol. I, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, cit., pg. 1579. En el mismo sentido GONZÁLEZ PÉREZ, J., «Manual de procedimiento administrativo», Civitas, 2002, cit., pgs. 222 y ss.

3.2. POTESTADES DISCRECIONALES Y REGLADAS

Al entrar en esta cuestión, con relación a la Administración pública, debemos referirnos al concepto de potestad. Es la consecuencia necesaria de la aplicación del principio de legalidad en el ámbito de la Administración. La Ley atribuye potestades o facultades de actuación a la Administración, definiendo sus límites y apoderándola para su acción⁵⁹. El artículo 172 del Código Civil ha conferido a la Administración pública una compleja potestad o poder de actuación: tomar la decisión de entrar en el ámbito privado de la familia para proteger a los menores, suspendiendo a sus padres de la patria potestad que les es inherente por el hecho de serlo.

Se ha distinguido históricamente en cuanto a la actividad de la Administración entre actos discrecionales y actos reglados. Lo que está reglado por la Ley es susceptible de contienda judicial y lo que es expresión del mero imperio no puede ser objeto de contienda. Lo discrecional es, por tanto, lo que no es contencioso⁶⁰. Este panorama ha variado sustancialmente con la aprobación de nuestro texto constitucional, que recoge expresamente en su artículo 106 el control judicial de la Administración, y cuando habla de control, lo hace de una forma completa, aludiendo a la potestad reglamentaria, a la legalidad de su actuación, en consonancia con el artículo 103 de la Constitución (que exige que la Administración actúe con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho) y al sometimiento a los fines que las justifican. Por tanto el ejercicio de la potestad jurisdiccional, en todo tipo de procesos, como señala el artículo 117 del texto constitucional, no es ahora la excepción, sino que los actos discrecionales de la Administración están sujetos al control por parte de los Tribunales⁶¹.

La discrecionalidad implica la libertad de elección entre alternativas igualmente justas. En la potestad reglada la norma define todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construye un supuesto legal completo y una potestad definida en todos sus términos y consecuencias. En el caso de la potestad discrecional, si bien la Ley define, en condiciones de explicitud y especificidad la potestad que atribuye a la Administración, algunas condiciones de ejercicio de dicha potestad, sin embargo, las remite a la estimación subjetiva de la Administración. En las potestades regladas no hay resquicio a juicio subjetivo, salvo la constatación con el tipo legal. En la potestad discrecional la Administración

59. Así lo expresan GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., en «Curso de Derecho Administrativo I», Civitas, Madrid, 1993, cit., pg. 429.

60. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., en «Arbitrariedad y discrecionalidad en la doctrina jurisprudencial constitucional y administrativa», Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004, cit., pgs. 62 y ss., señala cómo la percepción del poder discrecional como un poder libre y por esa razón exento de todo control es una constante histórica, que permanece invariable en lo esencial desde hace siete siglos.

61. Y la actual Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha dado un nuevo paso adelante, permitiendo el control de los actos políticos o de gobierno.

realiza una estimación subjetiva⁶². Es cierto que en muchas ocasiones las normas no pueden abarcar todos los supuestos que se presentan en la realidad y que deben dejar al poder público la capacidad de decisión y a los Tribunales la capacidad de revisión de la misma. Así cuando la Administración tiene que decidir entre ingresar a un menor en un centro de protección u otro, una vez acordada la guarda a solicitud de los progenitores sobre su hijo o el desamparo del mismo, está ejerciendo su arbitrio según la norma que le habilita para ello. Igualmente cuando decide que un menor se beneficie de un acogimiento simple con unos miembros de la familia extensa o con otros, por ejemplo, en tanto sus padres realizan un proceso de rehabilitación de toxicomanía. Ambas decisiones pueden ser igualmente justas, pero la que adopte la Administración no incurrirá en arbitrariedad si en el marco de lo dispuesto por la norma adopta una decisión de forma motivada.

Dicha motivación en el sistema de protección será en la mayoría de los casos de carácter técnico, esto es, basada en el dictamen de especialistas (si el menor precisa un centro de especializado en trastornos de conducta éste será el tipo de centro que haya que elegir, entre varios), y otras lo será por razón de oportunidad (si no hay plazas libres en un centro habrá que ingresar al menor en otro). Se ha criticado por la doctrina el papel excesivo que se da a los especialistas⁶³. Consideramos que esta labor (entendiendo por técnicos psicólogos, trabajadores sociales, pedagogos, educadores...) es esencial en esta materia, pero que ello no obsta para que la tarea de los juristas sea, desde la aplicación del Derecho, sostener las propuestas de estos especialistas, para que no sólo sean técnicamente lo mejor para el menor, sino que además sean viables jurídicamente. Un ejemplo de lo anterior sería el de un dictamen psicológico-social que estima que un menor debe beneficiarse de un acogimiento simple con familia ajena en tanto sus padres realizan un plan de intervención social. El menor podría permanecer igualmente un plazo de 6 meses en un centro de protección, ya que los padres se niegan a que salga con familia ajena. Los especialistas trabajan tanto en los servicios de protección de la Administración (que son los que formulan propuestas al Juzgado o toman medidas de protección), como a través de los equipos técnicos adscritos a los Juzgados y en ambos casos la motivación de la decisión será de un lado técnica, con base al dictamen de los especialistas, pero el operador jurídico (entiéndase técnico de la

62. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., «Curso de Derecho Administrativo I», ob. cit., pgs. 440 y ss.

63. GOLLENA COPELLO, H. R., «El derecho de familia... ¿sigue siendo derecho?», XXIII XIII Congreso Internacional de Derecho de Familiar (Dir. LASARTE ÁLVAREZ, C.), Sevilla y Huelva, 18 al 24 de octubre de 2004. Alude a la multiplicación de normas en este ámbito en Argentina y en concreto a la psicologización del derecho de familia. Expresa que las conductas, en el ámbito del derecho de familia, han sido dejadas de ser regladas por las normas, siendo la aplicación asintomática de las mismas dispuestas en casi todas las circunstancias en particular por el criterio «interdisciplinario» que habilita o desestima, las más de las veces, las decisiones judiciales. Sin perjuicio de tener que reconocer que existen jueces que tratan de mantener sus decisiones en el ámbito previsible del derecho sustantivo, la gran mayoría sustenta sus decisiones en lo «recomendado» por los psicólogos, cuando no por los asistentes sociales, que de esa manera adquieren un protagonismo en las decisiones que no son los queridos por las leyes adjetivas al disponer que opinen sobre temas estrictamente puntuales y sin que ello sea vinculante para el magistrado.

Administración, o titular del Juzgado correspondiente) que tome la decisión de que el acogimiento sea en familia o continúe en un centro de protección, deberá motivar jurídicamente la decisión, y no de forma genérica, sino de forma concreta en las circunstancias del caso.

Por lo que respecta a la revisión de la discrecionalidad de la Administración en el ámbito del sistema de protección de menores no será la jurisdicción contencioso administrativa la que controle la actividad de la Administración, sino que es la jurisdicción civil la encargada de hacerlo⁶⁴ y en ocasiones juzgados de nuevo cuño⁶⁵. Esto tiene el peligro de que al encontrarnos ante jurisdicciones no especializadas y es posible que no se realice de forma correcta dicho control ya que en el curso del proceso contra una declaración de desamparo habrá que dirimir por ejemplo si ha existido caducidad o se han producido correctamente las notificaciones en el procedimiento administrativo. Y en la materia que ahora nos ocupa, serán los juzgados civiles los que tendrán que cuestionarse si la actuación de la Administración ha respetado la interdicción de la arbitrariedad y el control de la discrecionalidad.

3.3. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Es preciso en este momento de la exposición hacer referencia, con relación a la discrecionalidad administrativa, a los conceptos jurídicos indeterminados, tan frecuentes en el ámbito en que trabajamos. En los conceptos jurídicos determinados la realidad ha sido precisada de forma inequívoca. Cuando se establece que la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años, no existen dudas sobre su interpretación. Por el contrario, en los conceptos jurídicos indeterminados, la Ley se refiere a una esfera de realidad cuyos límites no están precisados en su enunciado, pero ello no se traduce en una indeterminación de la aplicación del mismo, la cual sólo admitirá una solución justa en cada caso⁶⁶. Cuando decide que un menor se encuentra en situación de privación de asistencia moral o material, conforme al concepto de desamparo descrito en el Código Civil, está aplicando un

64. Existen excepciones como la solicitud de entrada a domicilio para la ejecución de las resoluciones de desamparo, en que sí es la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que expresa lo siguiente: *conocerán también 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 de actos de la Administración pública.*

65. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su artículo 44.2 tras estipular las cuestiones penales de que conocen, dispone que *los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos: Los que versen sobre relaciones paterno filiales, los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar, los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores. los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción, los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.*

66. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., «Curso de Derecho Administrativo I», ob. cit., pgs. 444 y ss.

concepto jurídico indeterminado y en su aplicación únicamente se admitirá una solución justa, y así debe ser revisado por los Tribunales.

Sin embargo, la norma habilitante para el ejercicio de la potestad no está aislada, sino que se enmarca en un sistema jurídico. Así la norma que regula la guarda o el desamparo está ubicada sistemáticamente el Código Civil, pero debe ser integrada por los principios y las normas internacionales sobre menores, la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, por la legislación y desarrollo legal y reglamentario de las Comunidades Autónomas, en el marco de los principios y normas desarrollados por la Constitución Española. Aunque la norma habilitante no contenga criterio alguno, éste puede encontrarse en otra norma del resto del ordenamiento. Así, no se establece por el Código Civil que la ausencia de escolarización habitual sea causa de desamparo, pero sí lo hacen los textos legales desarrollados por las Comunidades Autónomas⁶⁷.

Corresponde a la Administración, por tanto, interpretar los conceptos jurídicos indeterminados, tomando en consideración todo el sistema normativo, especialmente los principios jurídicos generales aplicables en el Derecho de la Minoridad (el interés superior del menor, el derecho del menor a ser oído, la preferencia de la familia biológica...), en el ámbito de las circunstancias concretas del caso, para adoptar la decisión específica de desamparar o asumir la guarda; y al juzgador verificar que al actuar aquélla lo hizo conforme a dicho sistema jurídico y conforme al *quantum* de discrecionalidad otorgada⁶⁸. Y ambos, la Administración pública y el Poder Judicial habrán actuado correctamente si, en aplicación de la norma y en consideración del caso concreto (conforme a la realidad de los hechos), han justificado mediante la motivación, su decisión. En el sistema de protección de menores la Administración Pública actúa en un amplio margen dentro de los actos discrecionales, si bien sujetos a criterios de los especialistas que informan sobre la decisión y aplicando frecuentemente conceptos jurídicos indeterminados. El tiempo que tarda la Administración en actuar ante una situación de desprotección, el que ha de permanecer un menor en un centro de protección antes de beneficiarse de un acogimiento, la decisión de proponer la suspensión de visitas o la forma de ejecutar un régimen de visitas son decisiones diarias en el sistema de protección... Será necesario para garantizar la seguridad jurídica del sistema, que no sólo decisiones concretas finalistas, como la adopción o el desamparo puedan ser revisadas y controladas por los Tribunales, sino que que esos actos o tiempos intermedios, e incluso la falta de actividad de la Administración, puedan ser revisados cuando ello sea conveniente. Igual de contraproducente para el menor puede ser una retirada

67. Entre otros el artículo 23.1 b) de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía; el artículo 29.2 j) de la Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y Adolescencia de Cantabria o el artículo 50 h) de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra.

68. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., en «Arbitrariedad y discrecionalidad en la doctrina jurisprudencial constitucional y administrativa», Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004, cit., pgs. 67 y ss. expone, que «el único poder que la Constitución acepta como legítimo es el que se presenta como resultado de una voluntad racional, esto es, racionalmente fundada».

realizada por una resolución de desamparo que no esté suficientemente motivada, que permanecer en el seno de su familia, durante años, cuando la Administración es conocedora de la situación de malos tratos que puede estar sufriendo. La Administración tiene obligación de no actuar cuando no sea conveniente, pero también la de actuar cuando las circunstancias lo indiquen⁶⁹.

3.4. EL INTERÉS GENERAL COMO PRINCIPIO DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Asimismo, el Estado y la Administración en su actuación no deben perder de vista el principio fundamental que les han de guiar, esto es, el interés general. No es fácil precisar la noción que nos ocupa, ya que incluso se encarna indistintamente en diferentes conceptos, como interés público, que pueden tener idéntico, pero también distinto significado⁷⁰. La Constitución utiliza el término interés general, y otros afines, en múltiples ocasiones, pero nos interesa la alusión al mismo en el artículo 103.1, que dispone que *la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales*. En el resto del articulado relativo a los órganos con funciones constitucionales no se menciona el interés general (artículo 97 de la Constitución referente al Gobierno-Administración, artículo 66 sobre las Cortes Generales, ni el 117 sobre el Poder Judicial); de lo cual se sigue que la prescripción «servicio al interés general», tiene entidad propia.

La constitución del Estado responde a la afirmación de que existen como comunes ciertos bienes y valores y la voluntad de su efectiva realización a través de los poderes públicos establecidos. Corresponde al legislador, en el marco de la Constitución, la constatación, en cada ámbito concreto, de la existencia de un interés general, esto es constatar las necesidades, valores y prioridades de la sociedad. Y la Constitución configura a la Administración como instrumento gestor del Estado para el aseguramiento de este interés general, para la ejecución de esas leyes que emanan del poder legislativo, que, a la postre, representa la voluntad popular. Ocurre sin embargo, que, en ocasiones, existe inactividad del legislador en una materia de interés general, o bien, no resulta suficientemente precisa su articulación, o deja un margen de apreciación demasiado amplio. Ello no implica que no exista ese interés general, sino que el legislador no lo ha contemplado, debiendo ser cumplido el mismo por la Administración gestora⁷¹.

69. En este sentido, Sentencia de 10 de mayo de 2001 del TEDH (TEDH 2001, 332), caso Z. y otros frente a Reino Unido, que estudiaremos en profundidad en el apartado dedicado al derecho del menor al mantenimiento en su medio de origen.

70. NIETO GARCÍA, A., *La Administración sirve con objetividad a los intereses generales*, «Estudios en homenaje a E. GARCÍA DE ENTERRÍA», vol. III, Civitas, Madrid, 1997, cit., pgs. 2185 y ss., concluye que ni la ciencia ni la práctica están en condiciones de lo que sean los intereses generales y cuál sea su papel en el Estado.

71. PAREJO ALFONSO, L., en «Interés público como criterio de control de la actividad administrativa», Cuadernos de Poder Judicial, Madrid, 2004, cit., pg. 146, señala que el interés público es un principio general de rango constitucional, que gobierna el proceso de establecimiento, aplicación e interpretación del Derecho referido a la identificación y satisfacción de las necesidades y los fines públicos, imputándolos a precisos sujetos públicos (Administraciones) y legitimando la actividad de éstos precisa para su satisfacción.

El artículo 9.2 de la Constitución establece impone a *los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*. Esto equivale, en la constitución del Estado social a un mandato expreso: hacer realidad la libertad e igualdad de los individuos, en nuestro caso de los menores; desarrollándose este mandato en el Capítulo 3º, del Título I, con directivas explícitas de intervención y promoción de la familia. Señala así la propia Constitución el interés general en la materia que nos ocupa⁷². Por tanto, en el ámbito de la protección de menores, el poder legislativo deberá precisar el interés general, y la Administración tiene la obligación de velar porque todos los menores estén protegidos, pero el objeto del sistema de protección se precisará en aquellos en que concurra la condición de estar desprotegidos, y en esa medida serán objeto de su actuación, ya que es de interés general de la comunidad que los menores sean objeto de protección. Es necesario identificar cuáles son las necesidades y fines públicos, abstrayéndolos, para focalizar la acción en los objetivos que la Ley previamente ha legitimado a la Administración a actuar. La definición y lo que se interprete por desamparo será esencial para que la Administración cumpla con el interés general de protección de menores. Si el concepto no está claro, el poder público no actuará correctamente conforme al interés general. Igual ocurre con el resto de alternativas legales que existen en el sistema de protección. Es obligado un sistema claro para que sea un sistema seguro y que a la vez cumpla con el objetivo del interés general.

La Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha en su exposición de motivos habla de *la primacía del interés general de los menores sobre cualquier otro interés legítimo*. Aquí se refleja de forma genérica como el poder legislativo focaliza el interés general como pauta de actuación de la Administración, pero la actuación concreta de la misma estará en parte desarrollada por la Ley (procedimiento para declarar el desamparo, criterios de idoneidad de los adoptantes, horarios de visitas en los centros de protección o forma de elaboración de los planes de intervención...), y en todas aquellas cuestiones que la Ley no haya regulado, bien por falta de actuación, bien porque deje un margen de actuación amplio (régimen concreto de visitas de un menor, tipo de medida que le convenga, centro adecuado para su internamiento...), la Administración habrá de guiarse por el principio de «servicio al interés general».

3.5. DESVIACIÓN DE PODER

Pero además, la Administración al actuar debe hacer uso de las medidas de protección y del sistema en general sin incurrir en desviación de poder. Se define como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados

72. En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Fundamentos de Derecho Administrativo», ob. cit., pg. 228.

por el Ordenamiento jurídico⁷³. No debe por tanto la Administración, por ejemplo, decretar situaciones de desamparo o asumir guardas de menores (especialmente de adolescentes con trastornos conductuales o cuando presuntamente existen malos tratos en el ámbito doméstico) por cuestiones de alarma social, cuando los medios de comunicación han dado ya una versión de los hechos determinantes de la situación, sin comprobar que efectivamente se den los supuestos de hecho para la medida o estudie alternativas a la situación del menor. Igualmente no se puede plantear que se decida o no la situación de desamparo de los menores inmigrantes en función de que el volumen de menores que llegue a nuestro país sea mayor o menor. La situación de desamparo existe o no existe conforme a lo determinado en la norma, en función de variables externas a los menores y a su situación concreta. Para ello, igualmente debe existir un sistema claro y preciso, para que no puedan existir interpretaciones en cuestiones clave, que den lugar a la alternancia en las decisiones, muy cercanas en muchos casos a la desviación de poder.

El mejor ejemplo de lo expuesto, es la variable actuación en la aplicación del concepto de desamparo con relación a los menores inmigrantes no acompañados. En tanto el volumen de los mismos era pequeño, no existían dudas de aplicación de los mismos criterios en cuanto al desamparo respecto de los menores de origen español. Sin embargo, cuando aumenta considerablemente la inmigración, comienzan incluso a arbitrarse técnicas legislativas⁷⁴ y a través de la Fiscalía⁷⁵ para evitar estos desamparos. La cuestión importante es si el concepto de desamparo es aplicable a estos menores, no si interesa o no aplicarlo, pero a fin de evitar una

73. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., «Curso de Derecho Administrativo I», ob. cit., pg. 453.

74. Los menores se mantienen en los centros de protección sin medida de protección alguna, aludiendo a una simple atención inmediata. De esto se tratará en profundidad en el apartado de esta investigación dedicado a la Atención Inmediata.

75. Así, la Instrucción de la Fiscalía 3/2003, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo, cuya retirada fue insistentemente solicitada desde las asociaciones de inmigrantes, los partidos de oposición y numerosos colectivos, ordenó a los fiscales que dictaminasen a favor del retorno a su país de origen de los menores extranjeros mayores de 16 años que acceden de forma irregular a España, sin que se pueda dictar sobre ellos una orden de desamparo que les haga permanecer en España bajo tutela de la administración correspondiente. El texto señalaba que los extranjeros mayores de 16 años que viven independientes de sus padres, y con el consentimiento de éstos, tienen capacidad para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad. A su vez, recalca que en tales casos no será procedente entender que concurre situación jurídica de desamparo, aplicándose el régimen jurídico de repatriación. Además, con el fin de despejar dudas sobre si estos menores están o no emancipados de sus padres, la instrucción señala que «respecto de aquellos que pretenden la entrada clandestina sin estar acompañados de sus padres, no cabe imaginar otra prueba más notoria de vida independiente que ésta». También argumenta que si los servicios de protección no pueden actuar sobre los españoles mayores de 16 años emancipados, no parece lógico que sí lo hagan sobre los extranjeros en las mismas circunstancias. Esto es, realiza interpretaciones con un objetivo finalista de exclusión de la medida de desamparo.

Tan clara fue la incorrecta interpretación de la norma realizada por la Fiscalía, que en el año siguiente a la misma, se dictó otra sustituyéndola, Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros no acompañados, en la que admitiendo las disfunciones provocadas por la anterior circular, señala que «en tanto no se pueda acreditar fehacientemente la emancipación del extranjero menor de dieciocho años conforme a su Ley Personal, habrá que reputarlo como menor a todos los efectos».

J. MORENO-TORRES: La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español —

asunción excesiva de tutelas públicas se realizan interpretaciones cuyo objeto no es otro que evitar el objetivo general marcado en la Ley, esto es, proteger a los menores.

Cuestiones relativas a la seguridad jurídica derivadas del sistema normativo de protección de menores, distribución de competencias y aplicación territorial y personal de las normas

A raíz de la Revolución Francesa el principio de legalidad alcanzó su máximo exponente y para que se cumpliera con el valor «libertad» todo ha de constar en la Ley, siendo erigida ésta por el positivismo jurídico a una posición privilegiada. Pero han surgido dos fenómenos que han puesto en entredicho este papel preeminente de la Ley: de un lado, el papel de la Constitución, como Ley suprema en el marco del principio de jerarquía normativa, que establece unos valores superiores básicos, más cercanos al Derecho Natural, que prevalece sobre el resto de leyes, y puede cuestionar su validez. Y, de otro, el valor de las leyes se ha visto afectado gravemente por lo que SCHMITT denomina «legislación motorizada», la desvalorización de la Ley que se produce por una inflación desmedida de las leyes como consecuencia de su multiplicación incontenible, que además, ha sido acompañada de un desarrollo desbocado de normas reglamentarias, que completan o ejecutan las leyes, lo que implica que, en ocasiones, los propios órganos de ejecución de la norma tengan dudas sobre su aplicación⁷⁶.

Existen boletines oficiales que publican diariamente leyes y reglamentos sobre todas las materias, y especialmente en el ámbito del Derecho Administrativo, debido al ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración Pública Estatal, Autonómica y Local. Pero además hay normas de rango supranacional, de la Unión Europea y de organismos internacional que igualmente nos afectan. Con lo cual,

76. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Justicia y Seguridad Jurídica en un Mundo de Leyes Desbocadas», Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, cit., pgs. 47 y ss., en lección pronunciada ante el claustro de la Universidad de Málaga el día 15 de abril de 1999, con ocasión de la investidura del autor como doctor *honoris causa* de su Facultad de Derecho, realiza un análisis de esta cuestión. En cit., pg. 104 señala que la creación masiva de leyes y reglamentos ha hecho que se vuelva a los métodos precodificadores, de la jurisprudencia, al método en que se prima a los valores sustanciales del Derecho por encima de la envoltura formal de las normas. Menciona igualmente a ORTEGA Y GASSET, J., en su conferencia «Individuo y organización» pronunciada en Darmstaad en 1953 en que denunció la existencia de una «la legislación incontinente», afirmando al respecto que la Legislación se ha hecho cada vez más fecunda, y en los últimos tiempos se ha convertido en una ametralladora que dispara leyes sin cesar.

si bien el artículo 6.1 del Código Civil señala que *la ignorancia de las Leyes no excusa de su cumplimiento*, lo expuesto ha degenerado en el hecho de que es muy difícil tanto para los ciudadanos de a pie como para los operadores jurídicos conocer, a veces, qué norma es de aplicación a un caso concreto.

En el presente sistema normativo y con la actual distribución de competencias, en lo relativo a protección de menores, nos encontramos ante una legislación mixta, de carácter civil y administrativa y con implicación, en muchos casos del Derecho Internacional. Por tanto, nos enfrentamos no sólo al estudio de normas civiles, administrativas o de derecho internacional privado, sino a un Derecho sobre menores, que ha de hallar soluciones conjuntas y novedosas, por lo que no podemos pretender realizar un análisis parcial del Derecho, sino estudiar el Derecho en su conjunto. En el campo de estudio que nos ocupa, esto se traduce en múltiples normas de todo ámbito de aplicación territorial y personal, desarrolladas en esferas competenciales locales, autonómicas, estatales e internacionales. Y no es fácil para el operador jurídico en muchas ocasiones saber a cuál de ellas ha de acudir o cómo aplicarlas.

Además de la cuestión de la dificultad de la aplicación de las normas debido a la proliferación de las mismas y de las diversas ramas del Derecho que irrumpen, el jurista se encuentra con el problema del desencuentro que se produce en ocasiones entre lo reflejado en la norma y la aplicación práctica de los principios de Derecho social que proclama nuestra Constitución. En nuestro texto constitucional se propugna pasar de una igualdad formal a una igualdad real, mediante la protección integral de la familia y los hijos, pero debemos cuestionar si se han arbitrado realmente los instrumentos jurídicos necesarios para que estos derechos constitucionales se hagan eficaces⁷⁷. Y es que cuando la prestación de servicios sociales determina, como puede ser en la institución del desamparo, que un menor sea reintegrado o separado de su familia, no se trata solamente de aplicar el Derecho, sino de contar con una Administración que preste unos servicios determinados⁷⁸.

77. Señala VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., en «Reflexiones de una jurista en Crisis», Academia Sevillana del Notariado, Tomo 14, 2006, cit., pgs. 251-268, cómo el ámbito de lo local o lo regional, se ha de identificar con la escala política adecuada para resolver los problemas que aquejan al ciudadano y atender a sus necesidades.

78. Así, en algunas Comunidades Autónomas, han entrado en funcionamiento equipos de trabajo especializados en menores (trabajan con familias en que existen menores en situación de riesgo social para evitar la separación de su medio, así como la reintegración del menor una vez que ha sido separado), a escala local y en otras Comunidades Autónomas aún no existen. Y, en todo el territorio de la misma Comunidad no existen los mismos recursos, ya que algunos Entes Locales cuentan con estos equipos especializados y otros no. Por ejemplo, en Andalucía hemos podido observar desde la experiencia profesional, que el tratamiento de la reintegración o no separación de menores de su familia tiene un trato diferenciado en aquellos Ayuntamientos en los que trabajan los Servicios Sociales Comunitarios a través de los Equipos de Tratamiento Familiar (regulados en la Orden de 20 de junio de 2005, por la que se determinan las bases para otorgar subvenciones a las Corporaciones Locales para la realización de programas de tratamiento a familias con menores, que trabajan con una ratio de unos 30/40 casos anuales por equipo, según el Programa de Tratamiento a Familias con Menores –al que hemos tenido acceso, pero que no ha sido publicado oficialmente–), que en aquellos en que no existen estos servicios especializados (que trabajan no sólo con menores sino con toda la problemática social de la zona y con un número de casos mucho mayor).

— II. Cuestiones relativas a la seguridad jurídica derivadas del sistema normativo...

Por ello hemos de valorar si el diferente desarrollo de recursos jurídicos y sociales desarrollados por las Comunidades Autónomas, han provocado desigualdades esenciales en los distintos territorios.

La cuestión de la distribución de competencias ha sido ampliamente estudiada por la doctrina⁷⁹. Por ello, nos interesa realizar una aproximación breve al sistema normativo, así como a la distribución de competencias entre las distintas Comunidades Autónomas, y a las dificultades que entraña la existencia de un elemento extranjero en su aplicación, que nos sirva de guía para analizar aquellos extremos en que el sistema normativo en sí, o la distribución de competencias o su aplicación pueden implicar inseguridad jurídica para las personas afectadas en el ámbito de la protección de menores.

1. SISTEMA NORMATIVO

1.1. NORMATIVA INTERNACIONAL DE CARÁCTER PÚBLICO

El artículo 39.4 de la Constitución dispone que *los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*. La moderna regulación del Derecho de Menores, en el ámbito internacional se puede situar en la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, (con su antecedente en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos) que proclama la *necesidad de protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*. Dentro de la normativa de carácter convencional destacan esencialmente las siguientes normas:

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950⁸⁰, en el marco del Consejo de Europa, tiene por objetivo la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales⁸¹. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de

79. Entre otros: MENDEZ PÉREZ, J., «La adopción: comentarios a la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas con jurisprudencia», Bosch, Barcelona, 2000; DE AYALA CAÑÓN, L., «La descentralización territorial de las prestaciones asistenciales: efectos sobre la igualdad», Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001; GUTIÉRREZ LLAMAS, A., «La distribución de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas: estudio jurisprudencial de la técnica bases más desarrollo», Bosh, Barcelona, 1994; ADELANTADO GIMENO J. [et al.], «Estado de bienestar y comunidades autónomas: la descentralización de las políticas sociales en España», Tecnos, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, D. L., 2003.

80. Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (BOE núm. 243, de 10 octubre 1979).

81. RUILOBA ALVARINO, J., en «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: organización y funcionamiento», Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica. Núm. 1, Madrid, 2006, señala que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo, establece un sistema internacional de protección, de forma que cualquier Estado o particular, sea cual sea su nacionalidad, puede recurrir a esta institución judicial, si considera haber sido víctima de infracción, por parte de los Estados contratantes, de los derechos que garantiza el Convenio. Los particulares pueden acudir directamente ante el Tribunal sin que sea necesaria la decisión previa de la Comisión o de los Estados Partes. El Tribunal, cuya competencia es obligatoria para todos los Estados contratantes tiene jurisdicción obligatoria en todos los asuntos que se refieran a la

Derechos Humanos⁸² ha establecido unos criterios y principios, sobre todo en la aplicación del artículo 8 del Convenio⁸³, que a pesar de las distintas normativas y denominaciones o contenidos de las figuras jurídicas nacionales, da uniformidad al derecho, en cuestiones sobre protección de menores, entre todos los Estados parte. El objeto del Tribunal (TEDH) no es sustituir a las autoridades públicas nacionales en el ejercicio de sus responsabilidades en la regulación de la protección pública de menores y de los derechos de los padres cuyos hijos han sido protegidos, sino revisar, a la luz de la Convención, las decisiones tomadas por las autoridades en el ejercicio de su poder de apreciación⁸⁴.

Por ello, siendo amplia y reconocida esta jurisprudencia, haremos mención asiduamente a la misma a lo largo de todo este estudio, ya que resulta no sólo programático el contenido del Convenio, sino de gran aplicación práctica, siendo significativo que por nuestra jurisprudencia nacional se menciona la misma como punto de referencia cada vez de forma más constante, como hemos podido comprobar en las resoluciones judiciales mencionadas a lo largo de este trabajo.

Sin embargo, en el ámbito internacional, el instrumento más positivo y más extendido en su aplicación (ha sido ratificada por todos los Estados miembros de UNICEF, con excepción de Estados Unidos –firmada el 16 de febrero de 1995, pero no ratificada– y Somalia⁸⁵), sobre protección de los derechos del niño ha sido la Convención de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990⁸⁶. En efecto, esta Convención recoge que los niños son portadores de un conjunto de derechos cuya satisfacción ha de ser garantizada por los Estados sin discriminación alguna y respecto al tema que nos ocupa, se indica en su Preámbulo *que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*. Y, en su artículo 20.1., señala que *los niños temporal o permanentemente privados de su medio*

interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos, incluyendo las demandas individuales e interestatales. Funciona de manera permanente, como órgano auténticamente judicial creado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos; y compuesto por 45 jueces, garantiza, en última instancia, el respeto por parte de los Estados firmantes de las obligaciones establecidas por el Convenio. La terminación del proceso se puede producir por acuerdo amistoso conforme al artículo 39 del CEDH. Y el artículo 41 del CEDH señala que si el Tribunal declara *que si ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa*.

82. En adelante TEDH.

83. Que dispone lo siguiente: 1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*. 2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*.

84. Así lo señalan diversas resoluciones, como la Sentencia del TEDH de 27 de abril de 2000 (TEDH 2000, 221), caso K. y T. contra Finlandia o en Sentencia de 23 de septiembre de 1994 (TEDH 1994, 35) el caso Hokkanen contra Finlandia.

85. A este respecto, http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html.

86. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

— II. Cuestiones relativas a la seguridad jurídica derivadas del sistema normativo...

familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

Examinada la jurisprudencia española, destaca el hecho de que esta Convención sea citada por la mayoría de las sentencias, en concreto aludiendo a la cuestión del interés preferente del menor regulado en su artículo 3⁸⁷. Respecto de la aplicación práctica de la Convención, al haber sido reconocida por la mayoría de los Estados, se ha implantado un lenguaje común a escala mundial que facilita la comprensión mutua. Así, a pesar de que en muchas ocasiones las figuras jurídicas de los distintos Estados no sean las mismas ni en su denominación ni en su contenido, los principios establecidos en la Convención (como la necesidad de procurar que los menores mantengan relación con sus progenitores aunque éstos se encuentren en distintos Estados), facilitan que se garantice el ejercicio real de los derechos de los menores⁸⁸.

No menciona expresamente la CNUDN expresamente el término seguridad jurídica, pero encontramos referencias en el articulado que aluden al contenido que hemos dado a este concepto en el inicio de este trabajo. Así en el artículo 3.2 menciona que los Estados han de asegurar la protección con medidas legislativas y administrativas adecuadas o a que se han de cumplir las normas por las autoridades competentes (artículo 3.2 y 3.2); la separación del menor de sus padres se ha de realizar de conformidad con la Ley y los procedimientos aplicables (artículo 9.1); adopción de todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de malos tratos, mediante procedimientos eficaces (artículo 19.1 y 19.2).

En el ámbito del Derecho comunitario destaca la Carta Europea de los Derechos del Niño, Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo⁸⁹. La Recomendación R(81)3, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la acogida y educación del niño desde su nacimiento hasta los ocho años, de 23 enero 1981, proclama unos principios en torno a la acogida de menores, cumpliendo con el artículo 15.b del Estatuto del Consejo de Europa (que estipula que el Comité de Ministros puede hacer recomendaciones a los Estados miembros acerca de cuestiones sobre las que el Comité haya acordado una política común, y

87. A modo de ejemplo, aluden a este artículo, en casos de abusos sexuales, Sentencia del Tribunal Supremo de 28 febrero de (RJ 2007, 1549) y Sentencia del Tribunal Supremo de 2 junio de (RJ 2006, 3778); Sentencia del Tribunal Supremo de 16 noviembre de 2005 (RJ 2005, 7633), sobre derecho de visitas; y en las con relación a desamparo, acogimiento y adopción las Audiencias Provinciales como en Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de abril de 2004 (JUR 2004, 171270) y de 25 septiembre de 2003 (AC 2003, 2020); Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 3 julio de 2001 (JUR 2001, 264400); Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 julio de 1999 (AC 1999, 7979).

88. ALONSO PÉREZ, M., en «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras», Actualidad Civil, núm. 2, Madrid, 1997, cit., pg. 20, menciona que la Convención se trata de un verdadero Código Universal sobre el menor, que rebasa con creces los propósitos de cualquier constitución sobre esta materia, y, por supuesto de los códigos civiles.

89. DOCE núm. C 241, de 21 de septiembre de 1992.

cumpliendo así con el objetivo de realizar una unión más estrecha entre sus miembros, en particular por una acción común en el área social y cultural⁹⁰. Respecto de las medidas de protección indica que *toda decisión familiar, administrativa o judicial en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de su interés* (letra D, apartado 8.14), texto citado de forma asidua por nuestra jurisprudencia⁹¹. En lo que respecta a los menores extranjeros no acompañados, destaca la Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros⁹², aplicable igualmente a menores nacionales de países terceros que, después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos. La acción concreta de la protección de menores de la Unión Europea la encontramos a través del desarrollo de programas comunitarios como Daphne⁹³ o Comunicación de la Comisión, de 4 de julio de 2006, «Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia»⁹⁴.

1.2. MARCO LEGISLATIVO ESPAÑOL

La Constitución española estableció un estatuto jurídico del menor acorde con el vigente en cualquier Estado democrático, señala ALONSO PÉREZ, M., impul-

90. Dispone que *es la familia, quien primero en casa reconocerá y valorará estos derechos. La familia vive en un entorno social del que debería obtener la ayuda necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones. Esta ayuda no debe ser para desposeerla de sus responsabilidades propias frente al niño.*

91. Entre otras: Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2002, 286398) y Auto de la Audiencia Provincial de León de 19 de noviembre de 2003 (JUR 2004, 108940).

92. DOCE C 221, de 19 de julio de 1997.

93. Por Decisión 803/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por la que se aprueba un programa de acción comunitario Daphne (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (DOCE L 34 de 30 de abril de 2004), con vigencia desde 2004 a 2008.

94. <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/r12555.htm> (no publicada en el DOCE). En esta comunicación se establecen las siguientes acciones: la Comisión instaurará en toda la Unión Europea un número de teléfono único de seis cifras (que comenzará por 116) para las líneas de asistencia a los niños y un número único para llamadas urgentes referidas a niños desaparecidos o víctimas de explotación sexual (finales de 2006); apoyará los esfuerzos de los bancos y sociedades emisoras de tarjetas de crédito en su lucha contra la utilización de las tarjetas de crédito para la compra en Internet de imágenes de pornografía infantil (2006); lanzará un plan de acción en el marco de la cooperación al desarrollo sobre las necesidades prioritarias de los niños en los países en desarrollo (2007); y promoverá un reagrupamiento de las acciones aplicadas en la UE en materia de lucha contra la pobreza infantil (2007). El texto de la nueva Constitución Europea se ha sumado a la línea legislativa en la que se pone la nota sobre la prioridad del interés del menor, así como su protección. Ya en la parte I, artículo I-1, al mencionar la creación de la Unión, en el artículo 3-I-4 se subraya el papel prioritario de las políticas de la Unión, de los derechos del niño (dispone que en sus relaciones con el resto del mundo, *la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas*). Posteriormente, dentro del título II, el artículo II-84, lo dedica específicamente a los derechos del niño y menciona expresamente la protección y los cuidados necesarios para su bienestar, así como el derecho a expresar su opinión, y ser oído, el interés del menor y el derecho a mantener relaciones personales con su madre y su padre (Apunta que *los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar.*

— II. Cuestiones relativas a la seguridad jurídica derivadas del sistema normativo...

sando las posteriores reformas de derecho de familia⁹⁵. El artículo 39 de la Constitución dispone que *los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia y asimismo aseguran la protección integral de los hijos*, haciendo al menor titular de una serie de derechos fundamentales, reforzando su valoración como persona y reconociéndole una esfera jurídica inviolable.

El preámbulo de 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 anuncia esta ley como un marco de protección que vincula a todos los poderes públicos⁹⁶.

Previamente ha habido varias importantes reformas del Código Civil que han ido abriendo puertas para llegar a la situación actual. Primero fue la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio⁹⁷, que suprimió la distinción entre filiación legítima e ilegítima, equiparó al padre y a la madre a efectos del ejercicio de la patria potestad e introdujo la investigación de la paternidad. Después se han promulgado, entre otras, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre la tutela⁹⁸; la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción⁹⁹.

De las Leyes citadas, la 21/1987, de 11 de noviembre, es la que, sin duda, ha introducido cambios más sustanciales en el ámbito de la protección del menor. A raíz de la misma, el anticuado concepto de abandono fue sustituido por la institución del desamparo, cambio que ha dado lugar a una considerable agilización de los procedimientos de protección del menor al permitir la asunción automática, por parte de la Entidad pública competente, de la tutela de aquél en los supuestos de desprotección grave del mismo.

Recientemente se ha aprobado la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, en que, a pesar de su denominación, establece un nuevo sistema de plazos en la intervención pública de protección de menores así como en los recursos jurisdiccionales contra las decisiones adoptadas.

Por último, la distribución de competencias que realiza nuestro texto constitucional en los artículos 148 y 149, ha dado lugar a una prolija regulación de la

Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez. 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial. 3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica a relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses).

95. «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996...», ob. cit., pg. 20.

96. Dice el mismo: *En este sentido —y aunque el núcleo central de la Ley lo constituye, como no podía ser de otra forma, la modificación de los correspondientes preceptos del citado Código—, su contenido trasciende los límites de éste para construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general.*

97. BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981.

98. BOE núm. 256, de 26 octubre de 1983.

99. BOE núm. 275, de 17 noviembre de 1987.

materia que nos ocupa por parte de las Comunidades Autónomas cuyo estudio abordamos a continuación¹⁰⁰.

2. DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIA DE COMPETENCIAS EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES

Hasta la Constitución de 1978, el sistema de protección de menores español se regía fundamentalmente por el Decreto de 2 de julio de 1948, Texto Refundido sobre Protección de menores¹⁰¹. La actividad de la Administración pública se gestionaba a través de la Obra de Protección de Menores, entidad estatal autónoma dependiente del Ministerio de Justicia, en la que quedaban integradas la Juntas de Protección, el Consejo Superior de Menores, e inicialmente los Tribunales Tutelares, que, posteriormente fueron incardinados en el Poder Judicial¹⁰². Hasta este momento, el término tutela se usaba como sinónimo de protección o acción protectora de la Administración¹⁰³.

La Constitución de 1978 y el posterior traspaso de competencias vino a cambiar sustancialmente este panorama, en el ámbito de la distribución de las mismas entre Estado y las Comunidades Autónomas, sobre la base del principio de solidaridad e igualdad en los términos de los artículos 138.1 y 139.2 de la Constitución¹⁰⁴. En el ámbito que nos ocupa, las competencias de las respectivas Administraciones son de muy diversa índole: civil, servicios sociales, asistencia social, instituciones públicas de protección y tutela de menores, nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo, administración de justicia, legislación procesal... Estudiaremos en primer lugar la distribución de competencias entre Estado y

100. Se plantea VALERA GARCÍA, C., «Comentarios a la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor», ob. cit., pg. 262, que con toda esta normativa podemos hablar de autonomía legislativa en el Derecho sobre la Minoridad, frente a lo que había sido una constante histórica de establecer reglas especiales al Derecho Común, a título, incluso, de excepción.

101. BOE núm. 206, de 24 julio de 1948.

102. GIRÓN LÓPEZ, C., *Estudio comparado de la normativa autonómica en materia de protección de menores*, en «Protección jurídica del menor», Comares, Granada, 1997, cit., pgs. 29 y ss.

103. DE PABLO CONTRERAS, P., en «Comentarios a las reformas del Código Civil» (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Tecnos, Madrid, 1993, cit., pgs. 47-48; CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTE ROS, C., en *La competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de menores*, en «Protección jurídica del menor», Comares, Granada, 1997, cit., pgs. 15-27.

104. El artículo 138.1. de la CE dispone que *el Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular. 2. Las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales.* Y el artículo 139.2 señala que *todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado. Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.* A su vez, el Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2006-2009, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2006 (<http://www.mtas.es/inicioas/observatoriodeinfancia/novedades/PLAN.pdf>), aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de junio de 2006, marca como uno de sus objetivos velar por que los procedimientos de protección de la infancia de las distintas Comunidades Autónomas se basen en unas normas mínimas comunes y sean compatibles con el interés superior del menor, garantizando la igualdad de acceso al mismo nivel de servicios, independientemente del lugar en que vivan.

— II. Cuestiones relativas a la seguridad jurídica derivadas del sistema normativo...

Comunidades Autónomas y, seguidamente, la competencia local ejercida de forma autónoma conforme al dictado del artículo 140 de la Constitución.

2.1. COMPETENCIA AUTONÓMICA EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES

El artículo 149.1 de la Constitución dispone lo siguiente: *El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:*

1ª. La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. (...)

8ª. Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.

Por su parte, el artículo 148.1.20, posibilita a las Comunidades Autónomas asumir competencia exclusiva en materia de asistencia social¹⁰⁵. Y por último, la cláusula residual artículo 149.1.3 ha permitido a las Comunidades Autónomas asumir competencias sobre instituciones públicas de protección y tutela de menores, al disponer que *las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos*. Establece igualmente la competencia subsidiaria del Estado de aquellas materias no asumidas por los Estatutos de Autonomía *cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas*. Por último declara supletorio el derecho estatal del derecho de las Comunidades Autónomas.

Debido a la actual división territorial del Estado y considerando que hay Comunidades Autónomas que tienen una regulación jurídica propia en la materia que nos ocupa (legislación foral), debemos plantearnos si la actual legislación civil ofrece claridad y seguridad jurídica en aspectos que han de aplicar todas las Comunidades Autónomas y, por ende, si en todas se hace una interpretación uniforme de lo dispuesto en el Código Civil, con respeto al artículo 149.1.1 de la Constitución. J. M. SUÁREZ SANTODOMINGO, señala que España no cuenta hoy en día con un único sistema de protección de menores y que cada Comunidad Autónoma ha ido desarrollando su propio sistema, que, en cualquier caso, cumple todos los requisitos

105. A su vez las Comunidades Autónomas han asumido la competencia a través de la legislación de desarrollo, y así menciona TOSCANO GIL, F., en «Acogimiento de menores y Administraciones públicas competentes en Andalucía», Actualidad Administrativa, Tomo I, Madrid, 2006, cit., pg. 26, el artículo 18.2 de la Ley 1/1998 de los Derechos y atención al menor en Andalucía (que señala que *la Administración de la Junta de Andalucía es competente para la planificación, coordinación y control de los servicios, actuaciones y recursos relativos a la protección de los menores en la Comunidad Autónoma, así como para el desarrollo reglamentario. Igualmente, es la entidad pública competente para el ejercicio de las funciones de protección de menores que implican separación del menor de su medio familiar reguladas en los capítulos III y IV del presente título*).

exigidos por las disposiciones estatales e internacionales en este campo¹⁰⁶. Diferimos de esta opinión, sin embargo, ya que en ocasiones no se produce ese cumplimiento¹⁰⁷. Tal como desarrollamos en este trabajo existen aspectos no detallados en la legislación civil que han sido objeto de interpretación diferente en cada Comunidad Autónoma, existiendo, de hecho, un sistema de protección en cada territorio, y sin embargo, en ocasiones, sobre cuestiones que afectan a competencia civil exclusiva del Estado: sirva de ejemplo el tratamiento diferenciado que se hace de la figura del guardador de hecho, tanto para la formalización de acogimientos o tutelas como para la declaración de desamparo, y que abordamos en este estudio.

Como hemos señalado, la primera gran modificación sustancial en la normativa sobre protección de menores en España, tras la Constitución, la introdujo la publicación de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, ya que por primera vez se civiliza el desamparo. El mencionado artículo 149.1 da competencia exclusiva al Estado en legislación civil, siendo la razón de la inclusión de la tutela administrativa en el Código Civil, argumenta la doctrina, dotar de unidad sobre esta materia a todas las Comunidades Autónomas¹⁰⁸. Con independencia de los motivos que dieron lugar a la regulación civil, la realidad es que se crea, en este momento, un sistema normativo mixto, en que no queda claro, en ocasiones, si estamos ante una regulación civil o administrativa. Pudiera parecer *a priori* que existe una separación clara entre los aspectos personales, diferidos a la regulación civil, y los organizativos o de gestión, referidos a la competencia administrativa¹⁰⁹. No nos parece que esta

106. Así lo señala en «*La incorporación de menores institucionalizados al mundo laboral*», en «*Psicología jurídica al Servicio del Menor*», SUÁREZ SANTODOMINGO, J. M. (FARIÑA, F., ARCE, R., Coord.), Cedecs, Barcelona, 2000, cit., pg. 190. Pese a ello, añade, existen algunas diferencias que, sin ser grandes, son significativas, en algunos aspectos concretos, debido, entre otros motivos, a: sus distintas posibilidades económicas, su mejor o peor dotación de infraestructuras y programas o su mayor o menor cualificación de los profesionales del sector y en algunas habría que añadir el apoyo que se les ha prestado a su labor desde las universidades, la iniciativa social sin ánimo de lucro, los ayuntamientos o las diputaciones...
107. Como ejemplo el Decreto 282/2002, de Desamparo, Tutela y Guarda del Menor de Andalucía que en su artículo 40.3, regula un tipo de acogimiento, denominado temporal, que se constituye por la Entidad Pública, aún sin la anuencia de los padres, con familia extensa del menor, sin necesidad de presentar propuesta al Juzgado en los términos del artículo 173.3 del Código Civil, en tanto se estudia la idoneidad de la familia acogedora. Bien es cierto que evita la institucionalización del menor, pero también lo es que dicho reglamento es claramente ilegal en este aspecto por cuanto no cumple con lo dispuesto en la legislación superior; ello sin entrar en los perjuicios que implica el hecho de que posteriormente los acogedores pueden no ser declarados idóneos.
108. En concreto el Preámbulo de esta Ley señala, respecto del acogimiento de menores, que *esta figura ha sido regulada hasta ahora por dispersas normas administrativas* y añade que *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*. A este respecto, DE PABLO CONTRERAS, P., en «Comentarios a las reformas...», ob. cit., pgs. 65 y ss.; CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C. en *La competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de menores*, en «Protección jurídica del menor», ob. cit., pgs. 15 y ss.
109. LLEDÓ YAGÜE, F. y HERRERA CAMPO, en «Sistema de Derecho de Familia», Dykinson, Madrid, 2002, cit., pg. 282, señala que al estudiar esta materia hay que tener presente que concurren dos sistemas normativos, civil y administrativo, uno para la situación personal del menor y las personas interesadas, y el otro, para la regulación orgánica de la Administración y para el funcionamiento de los servicios sociales de responsabilidad pública, y pone como ejemplo la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, en que convergen normas de Derecho civil y de Derecho administrativo. No nos adherimos a esta opinión ya que el sistema administrativo

— II. Cuestiones relativas a la seguridad jurídica derivadas del sistema normativo...

separación sea tan clara, ni siquiera en las Comunidades Autónomas sin competencia civil, ya que es la Administración la que dicta la resolución de desamparo o de acogimiento y, aun aplicando el Código Civil, establece disposiciones sobre aspectos personales de los menores, como el régimen de visitas de que disfrutarán o el lugar donde vivirán, aspectos regulados a través de la legislación autonómica y que se concretan a través de los reglamentos de orden interno de los centros de protección o del acta de condiciones del acogimiento familiar¹¹⁰. Consideramos que el papel están jugando en la práctica las Comunidades Autónomas en materia civil, es complementar y concretar la legislación civil o foral, y que existe verdaderamente una confusión a este respecto: no se puede afirmar que la legislación autonómica de desarrollo no regule aspectos personales, y, por ende, civiles, pero la especialidad de la materia ha querido que ello sea así, sin que existan pronunciamientos por parte de la doctrina o la jurisprudencia en contra de este desarrollo y concreción. De considerar que se realiza un desarrollo de legislación puramente civil, estaríamos ante una invasión de la competencia estatal, pero de no hacerlo, resulta imposible ejecutar la intervención pública¹¹¹.

Con posterioridad a la reforma de 1987, en la cuestión de distribución de competencias, la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, ha introducido modificaciones, que, tal como señala su Exposición de Motivos, trata de ser respetuosa con el orden competencial constitucional¹¹². Esta Ley que, en parte tiene carácter de orgánica y en parte de ordinaria¹¹³, siendo normativa básica en algunos

en el ámbito que nos ocupa, está entrando de lleno en la esfera personal de los menores, a modo de ejemplo los diversos reglamentos reguladores de la actividad de los centros de protección de menores, en que se articula la forma del ejercicio de los regímenes de relaciones personales o la forma de gestionar el patrimonio del menor.

110. Como ejemplo de ello, el Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, del Acogimiento Residencial de Menores de Andalucía, en que se regulan aspectos como la gestión del patrimonio del menor, el régimen de convivencia o la potestad de corrección.
111. UTRERA GUTIÉRREZ, J. L., «Tratado de Derecho de Familia» (COORD. GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE, P.), Sepin Jurídica, Madrid, 2005, cit., pg. 300, señala que existe una concurrencia de ordenamientos por la diversidad de competencias, así como que la legislación autonómica no podrá modificar los preceptos del Código Civil ni la Ley de Enjuiciamiento civil, ya que cumple un papel complementario de la legislación civil (común o foral).
112. En la Exposición de Motivos, apartado 3, señala que *la Ley pretende ser respetuosa con el reparto constitucional y estatutario de competencias entre Estado y 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 5.º, 6.º y 8.º del artículo 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 vigentes 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 aquellas en sus respectivos Estatutos.*
113. La disposición adicional vigésima tercera señala que *tienen carácter de Ley ordinaria los artículos 1; 2; 5, apartados 3 y 4; 7, apartado 1; 8, apartado 2 letra c; 10, apartados 1 y 2, letras a, b y d, 3 y 4, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 25; las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera; la disposición transitoria; la disposición derogatoria, y las disposiciones finales primera a vigésima segunda y vigésima cuarta.*
La disposición adicional vigésima primera lo concreta del siguiente modo: *1. El artículo 5, en sus apartados 3 y 4; el artículo 7 en su apartado 1; el artículo 8, en su apartado 2 letra c); el artículo 10, en sus apartados 1 y 2 letras a), b) y d); los artículos 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18 en su apartado 2, 21 en sus apartados 1, 2 y 3, y el artículo 22, son legislación supletoria de la que dicten las Comunida-*

aspectos y supletoria en otros, ha diseñado el actual sistema de protección de menores en la España de las autonomías.

En la legislación mencionada, con el beneplácito de la Constitución, y a través de la Legislación estatal (el propio Código Civil), como venimos apuntando, se ha creado un sistema normativo dual civil-administrativo, con zonas de fricción que a veces plantean problemas en la práctica, y, en ocasiones puede provocar inseguridad jurídica por los siguientes motivos:

1. Competencia jurisdiccional. Sobre este tema podemos hacer referencia a las siguientes cuestiones que pueden provocar inseguridad:

a) Es de competencia de la jurisdicción civil, el conocimiento de los recursos contra las resoluciones administrativas (según los trámites del proceso especial de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, de conformidad con los artículos 779 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Dado que los procedimientos que sigue la Entidad pública son administrativos y se rigen por normas de este tipo (en cuanto a notificaciones, audiencia, plazos, caducidad...), nos encontramos con una jurisdicción civil, no especializada en derecho administrativo, conociendo de estos asuntos¹¹⁴. Y, en muchos casos, prestando poca o nula atención a los aspectos procedimentales (lo que sí haría la jurisdicción contencioso-administrativa); o considerando únicamente las cuestiones de fondo (por ejemplo la existencia o no de situación de desamparo)¹¹⁵. Se ha pronunciado la jurisprudencia respecto de la competencia para resolver sobre estas cuestiones. Entre otras destacan las siguientes resoluciones jurisdiccionales:

- En Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2006 (RJ 2006, 4891), conoce de la resolución dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en que frente a la impugnación de los padres de un menor a la resolu-

des Autónomas con competencia en materia de asistencia social. 2. El artículo 10, en su apartado 3, el artículo 21, en su apartado 4, el artículo 23, las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera, la disposición transitoria única y las disposiciones finales decimonovena y vigésima, se dictan al amparo del artículo 149.1.2, 5 y 6 de la Constitución. 3. Los restantes preceptos no orgánicos de la Ley, así como las revisiones al Código Civil contenidas en la misma, se dictan al amparo del artículo 149.1.8 de la Constitución y se aplicarán sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil, Foral o Especial.

114. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de julio de 2003 (AC 2003, 1431), señala que *el hecho de que los tribunales civiles sean competentes para conocer de las acciones que se ejerciten contra esas resoluciones no altera su naturaleza administrativa*. Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de abril de 2002 (JUR 2002, 185690) apunta que *el control jurisdiccional de ese tipo de resoluciones de la Administración en materia de protección de menores es un pilar básico de todo el sistema legal de protección, que debe proyectarse tanto sobre los requisitos formales de la resolución administrativa –esto es y muy especialmente la motivación de la misma exigida por el artículo 54 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común–, cuanto sobre los requisitos de fondo de la misma en concreto sobre el control de la proporcionalidad de la medida protectora adoptada si responde a una situación de desamparo o de riesgo y si se han agotado las medidas establecidas en la Ley de protección de menores sobre ayudas a la familia biológica del menor a la que se da preferencia como lugar de normal desarrollo del menor*.
115. AGUILERA GARCÍA, J., en «El procedimiento administrativo de valoración de idoneidad de familias acogedores y adoptantes», *Revista de Derecho de Familia*, Lex Nova, Valladolid, 2006, cit., pg. 267, define como una dualidad un tanto esquizofrénica que resoluciones dictadas según las normas del procedimiento administrativo, sean revisadas en el ámbito civil.

— II. Cuestiones relativas a la seguridad jurídica derivadas del sistema normativo...

ción administrativa por la que se acuerda la idoneidad de los acogedores de los menores, por falta de audiencia a los mismos, y, en que solicitan igualmente que se revoque el desamparo. Este Tribunal declara la nulidad de la primera pretensión, por falta de audiencia, considerando ésta una cuestión de índole administrativa y, por tanto de su competencia, pero en cuanto a la revocación del desamparo, realiza una remisión a la jurisdicción civil. El Tribunal Supremo, sin embargo falla en el sentido de que ambas cuestiones son competencia de esta jurisdicción.

- El Auto del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1997 (Sala de Conflictos de Competencia [RJ 1998, 1571]), que señala *el problema planteado ha suscitado en cuanto a su solución dudas doctrinales, dada la insuficiencia legislativa sobre la impugnación por parte legítima de un acuerdo que, aunque basado en normas de Derecho Civil respecto al fondo (la impugnación del desamparo), se invoca y tramita por medio de un procedimiento típicamente administrativo*. El Tribunal apunta que *ninguna duda cabe sobre la atribución al orden jurisdiccional civil del conocimiento de estos asuntos, pues claramente la Ley Orgánica del Poder Judicial delimita el ámbito del recurso contencioso-administrativo con sujeción a una doble exigencia de las pretensiones que ante los mismos se demandan: 1.º Han de referirse a actos de la Administración Pública. 2.º Han de estar sujetos estos actos al Derecho administrativo. La circunstancia de regirse esta materia por el Código Civil, no obstante se sigan normas procedimentales administrativas para conseguir la resolución que se funda, por tanto, en Derecho Civil, excluye al expresado orden jurisdiccional del conocimiento de estos asuntos que, en cambio, encajan plenamente entre las atribuciones que expresa el artículo 9.2 en relación con los Tribunales y Juzgados del orden jurisdiccional civil*.
- Se ha pronunciado igualmente el Tribunal Constitucional sobre la competencia de la jurisdicción civil en la oposición a resoluciones sobre acogimiento y adopción, entre otras, en Sentencia núm. 143/1990 de 26 septiembre de 1990 (RTC 1990, 143)¹¹⁶ y Sentencia núm. 14/1997 de 28 enero de 1997 (RTC 1997, 14)¹¹⁷, concluyendo que en los procedimientos de acogimiento y adopción será siempre la jurisdicción civil la competente, con respeto de las garantías básicas procesales que contempla el artículo 24 de la Constitución.

Además, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se ha dado competencia a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para conocer en el orden civil, de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción y los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores; con lo que en estos casos nos encontramos con Juzgados de naturaleza penal, conociendo de cuestiones civi-

116. BOE núm. 254, de 23 de octubre de 1990.

117. BOE núm. 49, de 26 de febrero de 1997.

les pero sometidas al procedimiento administrativo. Todo lo expuesto nos lleva a la conclusión de la necesidad de la especialización y de la creación de un orden jurisdiccional específico y diferenciado de familia, por el cual abogan algunos sectores de nuestra sociedad¹¹⁸.

b) Respecto de los plazos de actuación, se ha puesto en manos de la Administración pública (a través de las Entidades públicas de protección de menores de las Comunidades Autónomas) la toma de decisiones y el impulso de las medidas (declaración del desamparo, la suspensión cautelar de los regímenes de relaciones personales, constitución del acogimiento provisional simple, permanente o pre-adoptivo...). Los actos de la Administración son ejecutivos, además de ser válidos y producir efectos desde la fecha en que se dictan (*ex* artículos 56-57 de la Ley 30/1992 de RJAP y del PAC¹¹⁹), pero están sujetos a una revisión jurisdiccional que se puede prolongar, a veces, durante años. De esta forma, la celeridad que teóricamente se ha dado al sistema al administrativizarlo, se vuelve en contra de la seguridad jurídica de sus destinatarios, que consolidan de hecho situaciones familiares, personales y emocionales que posteriormente pueden no ser ratificadas desde la perspectiva del Derecho (un menor puede ser desamparado por la Entidad pública y el recurso jurisdiccional de oposición a dicha declaración no obtiene una resolución definitiva tan ágil como sería deseable; los adoptantes reciben a un menor en su hogar y el menor es dotado de un núcleo familiar, *de facto*, de forma muy rápida conforme a la resolución administrativa, pero la seguridad de que esa relación no será quebrada por las decisiones judiciales puede tardar años en llegar).

c) En ciertas cuestiones, como la concesión de la orden judicial de entrada al domicilio, para la ejecución de las resoluciones administrativas de desamparo, ha existido divergencia sobre la jurisdicción competente para otorgarla. Finalmente, en esta cuestión, en todas las Comunidades Autónomas es el orden contencioso el que tiene la competencia, con la salvedad de Cataluña, donde lo realiza la jurisdicción civil¹²⁰. En el resto de Comunidades el fundamento de la competencia

118. Así se expresaban Jueces, Secretarios judiciales, abogados y Fiscales en el Seminario «Encuentro de Jueces y Abogados de Familia: incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos de familia», que tuvo lugar en Madrid, el 17, 18 y 19 de noviembre de 2003, coordinado por el magistrado UTRERA GUTIÉRREZ, J. L., instando igualmente la necesidad de especialización, no sólo de la jurisdicción en sí, sino de todos los profesionales involucrados en la misma [consultado 05/11/2007], disponible en: <http://www.derecho-familia.com/novedades/SeminarioCongresoPoder.doc> y en el «II Encuentro institucional de jueces y magistrados de familia, fiscales y secretarios judiciales, con abogados de la asociación española de abogados de familia», celebrado en Madrid el 23, 24 y 25 de noviembre de 2005 [consultado 05/11/2007], disponible en: <http://codigo-civil.net/blog/?p=3>.

119. En adelante, Ley 30/1992 de RJAP y del PAC.

120. Ver a este respecto, VILLAGRASA ÁLCAIDE, C. y COLLADO FIGUERAS Y., en «Criterios de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre protección de menores», Cedecs, Barcelona, 2003, cit., pg. 138, en que manifiestan el criterio de la doctrina en el sentido de que el tema de protección de menores es materia propia del Derecho Civil, por lo que a los Juzgados civiles corresponde entender de cuantas cuestiones de carácter subordinado o incidental se deriven o relacionen con el acto administrativo resolutorio o con el acto administrativo de ejecución, incluida la entrada en domicilio. Sin embargo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 139/2004, de 13 de septiembre (BOE núm. 248 de 14 de octubre de 2004 [RTC 2004, 139]), se

— II. Cuestiones relativas a la seguridad jurídica derivadas del sistema normativo...

contencioso-administrativa se halla en artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que señala: *Conocerán también 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*¹²¹.

2. Procedimiento administrativo.

En cuanto al procedimiento aplicable a la actuación de la Entidad pública, el artículo 149.1.18 de la Constitución ha atribuido como competencia exclusiva del Estado el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas¹²². Tal como señala AYALA MUÑOZ, J. M., la Ley fija unas garantías mínimas, reconociendo la competencia de las Comunidades Autónomas para establecer las especialidades derivadas de su organización¹²³. La existencia de un procedimiento administrativo encuentra su justificación en dar seguridad jurídica a los administrados, esto es, que la Administración actuará conforme a unas normas preestablecidas, iguales para todos, asegurando de forma pronta y eficaz la satisfacción del interés general. Y, en todo aquello no regulado por las normas sobre procedimiento por las Comunidades Autónomas, la Ley 30/1992 de RJAP y del PAC actuará de forma supletoria. Sin embargo, tal como analizaremos en el capítulo dedicado al desamparo, existen divergencias notables entre las legislaciones autonómicas, que sí pueden afectar al principio de seguridad jurídica, como es el caso de la regulación o no de la caducidad de los procedimientos administrativos de desamparo.

3. Regulación de conceptos.

El mayor problema, en cuanto a la legislación de desarrollo, no es únicamente respecto del procedimiento en sí, sino en que además de regular los procedimien-

analizan los requisitos para la entrada al domicilio en ejecución de resolución de desamparo y se considera que se ha de cumplir con los siguientes: motivación de la Sentencia (lo que no implica *enjuiciar la legalidad del acto administrativo que pretende ejecutarse*), competencia de los Jueces de lo contencioso-administrativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; así como precisar, señala, *los aspectos temporales de la entrada, pues no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración el tiempo de su duración*.

121. Sobre esta cuestión DE PALMA DEL TESO, A., «Administraciones Públicas y protección de la infancia», Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2006, cit., pgs. 311 y ss.
122. PARADA VÁZQUEZ, R., en «Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», Marcial Pons, Madrid, 1993, cit., pgs. 23 y ss., analiza cómo el Constituyente pretendía establecer un derecho administrativo general común en todo el Estado de una manera similar a lo que sucede con el derecho civil, sin desarrollo legislativo autonómico posible, pero la interpretación por parte del legislador y la jurisprudencial del Tribunal constitucional no ha sido ésa, al haberse limitado la competencia estatal al ámbito de lo estrictamente básico, en el sentido del artículo 149.1 de la CE.
123. En «Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», Aranzadi, Navarra, 2002, cit., pg. 20. Cada Comunidad ha establecido por ejemplo la forma de actuación de los órganos colegiados. Así, en el artículo 52 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de la Comunidad Autónoma de Andalucía se regula las normas sobre actuación de la Comisión Provincial de Medidas de Protección; y el artículo 15 y ss. 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 las de la Comisión de Atención al Menor.

tos, han entrado también las Comunidades Autónomas a articular o completar los propios conceptos, nacidos del Código Civil, surgiendo divergencias en la interpretación que ponen de manifiesto la existencia de inseguridad jurídica en la aplicación de estas normas. Citaremos los siguientes ejemplos:

a) Desamparo: el Código Civil menciona de la situación de desamparo como una situación de hecho, pero tal como estudiaremos más adelante no es pacífica la interpretación de este concepto por la doctrina, la jurisprudencia, ni, en este caso, por la legislación autonómica¹²⁴.

b) El concepto de familia tiene una importancia determinante con relación a los procedimientos de desamparo y en su regularización a través de acogimientos familiares. Una vez que se acuerda que un menor se ha de beneficiar de un acogimiento, en primer lugar hay que proceder a la selección de la familia más adecuada. El Código Civil no da un concepto unitario de familia a este respecto y cada Comunidad Autónoma toma en consideración a esta familia, propia o extensa, con relación legal o de hecho con el menor, de una manera diferenciada para determinados efectos. En cuestiones como el tratamiento de familia extensa o biológica *versus* familia ajena, por ejemplo, existe gran disparidad de criterios sobre los grados de parentesco que se han de tomar en consideración (por ejemplo, si tal como veremos más adelante una Comunidad autónoma puede considerar que pueden acoger a un menor los familiares hasta el tercer grado de parentesco, y en otra Comunidad se considera con que es hasta el cuarto, o en la primera se pondera la relación de hecho para poder formalizar el acogimiento preadoptivo y en otras no se hace mención a la misma, de cara a la regularización de las situaciones de guarda de hecho).

c) Criterios de valoración de idoneidad de las familias acogedoras y adoptantes: No establece el Código Civil ningún criterio al respecto. Sin embargo las legislaciones autonómicas han desarrollado criterios de idoneidad. No debemos olvidar que en ocasiones los menores de una Comunidad Autónoma pueden beneficiarse de un acogimiento con una familia que resida en el ámbito territorial de otra, por lo que la resolución de idoneidad la dicta la segunda, pero la selección de la familia la realiza la primera. Sirvan de referencia los siguientes ejemplos:

124. Sirva de ejemplo la reciente Ley Balear 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia, que en su artículo 63.1 señala que *constituye una 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 las personas menores de edad, o cuando éstas queden privadas de la necesaria asistencia moral o material de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente*. Pero en su apartado 2, añade, *sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, se consideran situaciones de desamparo, que apreciará en todo caso la autoridad administrativa competente, las siguientes: b. Inexistencia de las personas a las que legalmente corresponden las funciones de guarda*. Tal como veremos de forma amplia más adelante, si el desamparo es un concepto objetivo, tal como lo diseña el Código Civil, y son múltiples las sentencias de las Audiencias Provinciales en todas las Comunidades Autónomas que señalan que si alguien atiende al menor, no existe desamparo, este artículo de la Ley da lugar a que se declare el desamparo, aun cuando alguien atiende al menor, siempre que no tenga atribuida la guarda legalmente. Esto es, una norma administrativa de la Comunidad Autónoma, está modificando el criterio civil, teóricamente unificador, del Código.

— II. Cuestiones relativas a la seguridad jurídica derivadas del sistema normativo...

- Guardadores de hecho. Algunas normativas autonómicas dan una clara prioridad para la selección como acogedores a los que hayan mantenido una relación de guarda de hecho del menor¹²⁵. Sin embargo, otras Comunidades Autónomas no contemplan esta posibilidad¹²⁶. En el caso de un menor que habiendo estado en guarda de hecho o vinculado emocionalmente a una familia de otra Comunidad diferente a la que reside, habrá que considerar el tratamiento que se le ofrece a este vínculo por la Entidad pública que haya que decidir sobre un posible acogimiento del menor.
- Edad máxima de los acogedores. Analizada la legislación autonómica, se observan criterios dispares sobre la diferencia de edad que debe existir como criterio de idoneidad, entre acogedores y menores¹²⁷. En el caso de recién nacidos esto puede dar lugar a que las familias formalicen su solicitud en una u otra Comunidad Autónoma para beneficiarse de esas diferencias de edad.

A lo largo de nuestra investigación detectamos la existencia de numerosas cuestiones relativas a la protección de menores en las que existe una gran disparidad entre las distintas legislaciones autonómicas y en la interpretación y aplicación de la legislación estatal. La combinación del artículo 149.1 y 149.3 de nuestro texto constitucional implican la necesidad de un derecho estatal, supletorio, que habrá de ser claro y cierto, en aras de la obtención de la igualdad en el ejercicio de derechos¹²⁸.

125. El Decreto 46/2000, de 1 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de Menores del Principado de Asturias en su artículo 3, dispone que para la determinación de la persona o pareja adecuadas para recibir en acogimiento familiar simple o permanente a un menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales: c) La preferencia por familiares o acogedores de hecho, siempre que demuestren suficiente capacidad para la atención y desarrollo integral del menor. Igualmente, el artículo 23.3 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 señala que la valoración de las solicitudes se realizará en función del interés primordial del menor, teniendo preferencia para ser acogedores los miembros de la familia extensa del mismo, o sus guardadores de hecho cuando estén unidos al menor o a su familia por una especial y cualificada relación.
126. Como la andaluza, en el Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de Acogimiento Familiar y Adopción (artículos 13 y ss.) que no sólo no da ninguna prioridad a las relaciones de hecho, sino que además no contempla la solicitud del acogimiento de un menor por los guardadores de hecho.
127. El artículo 15 del Decreto 188/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento administrativo previo a la adopción nacional e internacional de menores establece como criterio de valoración negativo la diferencia de más de cuarenta y dos años de edad entre solicitantes y menor adoptando. El mismo límite establece el artículo 18 del Decreto 282/2002 de 12 de noviembre de Acogimiento Familiar y Adopción de Andalucía. Sin embargo el artículo 3 del Decreto 46/2000, de 1 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de Menores del Principado de Asturias dispone que salvo supuestos debidamente justificados, la edad de los acogedores no podrá ser superior en más de cuarenta años a la del menor, tomándose como referencia al miembro más joven de la pareja, en su caso. En igual sentido el artículo 28 del Decreto 37/2005, de 12 de mayo, por el que se regulan los procedimientos administrativos y otras actuaciones complementarias en relación con la adopción de menores. Por su parte el Decreto 40/2006, de 21 abril se muestra mucho más abierto a este respecto, ya que no señala límite de edad concreto, al reseñar que la edad solicitada del menor se adecue a la de los solicitantes.
128. Sobre la interpretación del artículo 149.3, ver JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, M., en «Vivir es

2.2. COMPETENCIA LOCAL EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES

La competencia local en materia de protección de menores se halla definida de forma muy escueta en Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en el artículo 25, en los siguientes términos:

2. *El Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: k. Prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social.*

La gestión municipal y el ejercicio de sus competencias resultan esenciales en el sistema de protección ya que la Administración más cercana al ciudadano, y, por tanto a los menores, es precisamente la local¹²⁹. Tanto en el ámbito de la detección de situaciones de riesgo y desamparo, como en la prevención y la reintegración de menores ya separados de su medio, la intervención social realizada por los municipios es básica.

Respecto de la organización de los servicios sociales locales, se distingue entre servicios sociales comunitarios, de base o de atención primaria, que tienen por objeto la promoción del desarrollo y el bienestar de todos los menores, en su ámbito de actuación, en conexión con el contenido del artículo 9.2 de la Constitución¹³⁰; y servicios sociales especializados, que tratan sectores de la población, que por sus condiciones o circunstancias necesitan de una atención específica¹³¹. La labor de los Entes Locales se concreta esencialmente en los siguientes aspectos¹³²:

a) Detección de situaciones de riesgo y promoción de las condiciones para que no se haya de producir la separación del menor de su medio.

b) Declaración de la situación de riesgo.

c) Comunicación a la Entidad pública correspondiente de las situaciones que puedan dar lugar a la declaración de desamparo e intercambio de información con la misma sobre los menores que se puedan hallar en esta situación.

arriesgarse», Planeta, Barcelona, 2008, cit., pgs. 356 y siguientes; y Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo (RTC 1997, 61) (BOE núm. 99 de 25 de abril de 1997).

129. Tal como señala el artículo 2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, la competencia local ha de ser tal que asegure el cumplimiento de *los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos.*

130. *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*

131. Así se define en las legislaciones autonómicas, como en la Ley 2/1988, de 4 de abril, de servicios sociales de Andalucía (artículos 7 y ss.); Ley 5/1987, de 23 de abril, de servicios sociales de Extremadura (artículos 4 y ss.); o en la Ley 4/1993, de 14 de abril, de servicios sociales de Galicia (artículos 4 y ss.).

132. Sobre este aspecto, entre otros: artículo 6 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de la Junta de Andalucía; artículo 10 de la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores de Aragón; artículo 18 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares.

— II. Cuestiones relativas a la seguridad jurídica derivadas del sistema normativo...

d) Participación en el proceso de reintegración del menor con su familia de origen una vez que la separación se ha producido.

El mayor problema de inseguridad jurídica que se ha detectado en cuanto a la competencia local, está relacionado con la declaración formal de la situación de riesgo¹³³. Tal como estudiaremos en el capítulo dedicado a dicha medida, en algunas Comunidades Autónomas no se ha regulado obligación de declarar la misma mediante resolución administrativa, mientras que en otras sí se declara formalmente el riesgo, y en algunas de ellas, la competencia de declaración es local¹³⁴. La declaración formal del riesgo conlleva estipular un plan de actuación para erradicarlo y evitar la separación del menor de su medio. Sin embargo, el artículo 17 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, se ha limitado a expresar que dicha situación ha de ser apreciada, así como las consecuencias de dicha apreciación¹³⁵.

La inseguridad jurídica se concreta en el hecho de que cuando los Juzgados revisan las declaraciones de desamparo efectuadas por las Entidades públicas, estudian si efectivamente se ha dado al núcleo familiar la oportunidad real de superar la situación de riesgo, y si dicha declaración no ha sido dictada, resulta en ocasiones difícil probar si efectivamente se ha dado a los padres la oportunidad de superar el riesgo, poniendo a su alcance los medios idóneos para ello¹³⁶. Por tanto, una forma de garantizar la estabilidad jurídica y emocional del menor en el entorno

133. Sobre esta cuestión, DE PALMA DEL TESO, A., «Administraciones Públicas y protección...», ob. cit., pgs. 141 y ss.; MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., «La Protección Jurídica del Menor. Situación de Riesgo, atención inmediata y desamparo», Revista de Derecho de Familia núm. 25, Lex Nova, Valladolid, octubre, 2004, cit., pgs. 23 y ss.; ARCE JIMÉNEZ, E., «Los menores extranjeros en situación de desamparo», Revista de Derecho de Familia, Lex Nova, Valladolid, 1999, cit., pg. 27.

134. TOSCANO GIL, F., «Acogimiento de menores y Administraciones públicas competentes en Andalucía», Actualidad Administrativa, Tomo I, Madrid, 2006, cit., pg. 28 señala la competencia local en colaboración con la Administración de la Comunidad Autónoma respectiva.

135. El apartado segundo del artículo 17 dispone que *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.*

136. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de mayo de 2004 (JUR 2004, 173760) estudia el caso de cuatro menores en una situación de absoluta desatención material y moral, absentismo escolar, deficiencias de higiene personal y del hogar, relaciones tensas de los progenitores, episodios de violencia doméstica, falta de implicación del padre, problemas con el alcohol de la madre y la hermana mayor de edad, y al justificar la necesidad de la declaración de desamparo expresa lo siguiente: *situaciones éstas que se vienen arrastrando, con altibajos, desde el lejano 1988 en que esta familia hubo ya de ser objeto de atención de los servicios sociales del Ajuntament de Calvià y después de los correspondientes del Consell Insular de Mallorca, que les ha destinado en los últimos ocho años a trabajadores familiares, de forma continuada, habiendo prácticamente fracasado los planes de trabajo tendentes a mejorar la situación, por lo que se tuvo de declarar a los 4 menores en situación de riesgo.* En el supuesto examinado por la Audiencia Provincial de Teruel, en Sentencia de 7 de julio de 2004 (AC 2004, 1036), en un caso en que no se ha declarado ni trabajado la situación de riesgo, la Audiencia Provincial acuerda no ratificar la adopción de una menor, ya que como expone: *la Sala sólo conoce que en su día la Administración se hizo cargo del menor —ahora casi de cuatro años de edad— porque la recurrente no podía atenderle adecuadamente, pero en autos no consta que la misma sea delincuente habitual —curiosamente si hubiera estado en la cárcel no se la habría separado de su hijo—, una toxicómana irrecuperable o una madre desnaturalizada que maltratase a su hijo; sólo consta que no podía atenderle debidamente, dada su condición de extranjera, sin trabajo y en situación irregular en nuestro país.*

familiar al que accede a través de la adopción o el acogimiento (especialmente si es permanente), será atestiguar que se han dado todas las oportunidades a los padres de superar la situación de riesgo, y ello se ha de hacer no sólo materialmente mediante el trabajo psico-social que se realiza a través de los Entes Locales, sino que habrá de expresarse formalmente en resoluciones que declaren el riesgo y mediante planes de trabajo de intervención familiar temporalizados, que una vez revisados, lleguen a la conclusión de que el menor va a poder ser atendido o no por su familia de origen.

3. APLICACIÓN TERRITORIAL Y PERSONAL DE LAS NORMAS EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES

En el apartado relativo al concepto de seguridad jurídica hacíamos mención a la necesidad de que el sistema normativo sea cierto y claro en su aplicación, tanto para los operadores jurídicos que lo aplican (Administración y Tribunales), como para sus destinatarios. Uno de los mayores problemas de inseguridad jurídica en el sistema de protección de menores se plantea en aquellos casos en que nos encontramos con algún elemento extranjero. La inseguridad nace, en muchos casos, del desconocimiento de los agentes implicados en la protección del menor, sobre las normas de derecho internacional privado, así como la falta de conciencia de la importancia que tiene la ley personal en la determinación del Derecho aplicable al menor; en otros, de la imposibilidad de conocer de forma cierta ese Derecho, o de la dificultad para aplicarlo¹³⁷.

Al aproximarnos al Derecho Internacional Privado, son cuestiones clave la competencia judicial internacional (*forum*), el derecho aplicable o conflicto de leyes (*ius*) y el reconocimiento y ejecución de actos y decisiones (*exequatur*). Las normas de derecho internacional privado, tal como su nombre indica, se aplican a las relaciones privadas en que existe un elemento extranjero. En el sistema de protección de menores encontramos que quien toma las decisiones, en aplicación de procedimientos administrativos, mediante resoluciones administrativas (declarando el riesgo o el desamparo, suspendiendo cautelarmente el régimen de relaciones personales, acordando el acogimiento simple, permanente o preadoptivo con carácter provisional o administrativo) es la Entidad pública responsable de la protección de menores, sometida igualmente a las normas de derecho público. Apuntamos seguidamente algunos aspectos que pueden dificultar la protección del menor por razón de su extranjería:

1) En el momento de nacer, ya han de cuestionarse los profesionales cuál es la nacionalidad del menor, y por tanto, la Ley aplicable al mismo. Si bien la Entidad

137. A pesar de la existencia de convenios sobre información del Derecho extranjero, páginas *web* oficiales de *Internet*, como la de UNICEF, y, en general, la facilidad de acceso a la información que ha supuesto esta vía del conocimiento del Derecho comparado, llegan a España menores en situación de protección, procedentes de países como Nigeria, Ghana, o Indonesia, con la dificultad que implica, además de la comprensión y conocimiento del sistema normativo, la barrera idiomática.

— II. Cuestiones relativas a la seguridad jurídica derivadas del sistema normativo...

pública promoverá, en su caso, la inscripción en el Registro Civil, o bien procederá a investigar la filiación o a comprobar su nacionalidad en el Consulado correspondiente, la actuación de la Administración estará determinada por la Ley aplicable al menor¹³⁸. Y en tanto no sea determinada la nacionalidad, se aplicará el artículo 9.10 del Código Civil, que señala que *se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieran indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual*. En España, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.1 del Código Civil la Ley personal es la Ley nacional, sin embargo se ha ido abriendo paso la aplicación de la Ley del lugar de la residencia habitual¹³⁹. Y, en la práctica, muchas veces existen dudas sobre dicha cuestión, ya que a veces ni siquiera se sabe si el menor ha nacido en España, o bien cuál es la filiación materna o paterna (este supuesto es muy frecuente en el caso de menores hijos de inmigrantes). Se plantean situaciones en que la dificultad de la inscripción en el Registro Civil es de tal magnitud que los procedimientos pueden alargarse años, o bien resultar prácticamente irresolubles¹⁴⁰.

2) Si bien en nuestro país es la Administración quien toma la decisión sobre la medida de protección, en el país de origen del menor puede ser ésta, o un órgano jurisdiccional quien lo hace, lo cual en ocasiones puede suscitar suspicacia respecto de la validez o eficacia de las mismas¹⁴¹.

3) La articulación de las normas de derecho internacional privado en el Código Civil no responde a las necesidades que se plantean en el sistema de protección de menores en cuanto a la aplicación de la norma de conflicto. En las relaciones paterno filiales, el contenido de la patria potestad, los derechos y deberes inherentes a la misma, la prórroga y recuperación de la patria potestad, la representación legal del hijo y la administración de sus bienes, se rigen por la Ley nacional

138. El artículo 7 del CNUDN dispone que *el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*.

139. Como ejemplo tenemos en el ámbito de la Unión Europea el Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

140. Conocemos por la práctica profesional de un caso, en que la madre de un menor, procedente de Senegal, dio a luz en Marruecos, en un hospital, presentando el pasaporte de una amiga, ya que ella carece de cualquier tipo de documentación. El menor consta como hijo de esta amiga, por lo que al llegar a España no figura como hijo suyo. Pero, dado que la partida de nacimiento del menor es marroquí, resulta muy complicado para esta mujer, inmigrante y residente irregular en España probar que realmente ella es la madre. Por ello, de cara a que la convivencia del menor con su madre se regularice (conviven juntos y no pueden demostrar en España que son madre e hijo, con los problemas prácticos que ello conlleva para garantizar su derecho a la escolarización o sanitario y de cara a su representación legal), la Administración se ha de plantear constituir un acogimiento o bien proponer una tutela. Pero además, al considerar estas alternativas habrá de tomar en consideración la ley aplicable.

141. En la práctica profesional y en los contactos mantenidos con profesionales de los Servicios de protección observamos problemas de calificación y equivalencia de instituciones, por ejemplo en las relaciones con otros Estados, en muchas ocasiones, por desconocimiento se insiste en solicitar la resolución judicial de tutela, al desconocer el término desamparo así como la potestad pública para declararlo.

del hijo¹⁴². La excepción de orden público se antepone frente a leyes que decidan sobre la patria potestad sin contar con el interés del menor, de forma discriminatoria para la mujer, etc. Y esta norma igualmente se quiebra, por el propio artículo 9, en su apartado 6, al priorizar el criterio de la residencia habitual en el caso de medidas urgentes y de protección¹⁴³. Es admitido por la doctrina que el desamparo es una medida de carácter urgente, en el marco del artículo 9.6 del Código Civil y que, por tanto, se aplica a todos los menores que se encuentren en el territorio español¹⁴⁴. Dicho artículo dispone que *la tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la Ley nacional de éste. Sin embargo, las medidas provisionales o urgentes de protección se regirán por la Ley de su residencia habitual. Las formalidades de constitución de la tutela y demás instituciones de protección en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas se sustanciarán, en todo caso, con arreglo a la Ley española. 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.*

En el acogimiento y la adopción, en aplicación del mencionado artículo, en principio, será de aplicación la Ley española, salvo en lo relativo a las formalidades de constitución en las circunstancias expresadas por el artículo 9.5 del Código Civil cuando proceda¹⁴⁵. El problema en el sistema de protección se plantea por tanto

142. El artículo 9.4 del Código Civil dispone que *el carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo.* Sobre esta cuestión, entre otros, ABARCA JUNCO, A. P. (directora), «Derecho internacional privado», Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2006; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., «Curso de derecho Internacional privado», Civitas, Madrid, 1996.
143. Igualmente el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores (ratificado por España el 28 de mayo de 1987 (BOE núm. 202, de 24 agosto 1987; rect. BOE núm. 155, de 30 junio 1989)), en su artículo primero señala que *las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado de residencia habitual de un menor, serán competentes para adoptar medidas encaminadas a proteger su persona o bienes.*
144. OCÓN DOMINGO, J., en «Servicios sociales y protección de la infancia en Andalucía», Portularia, Revista de Trabajo Social, Escuela Universitaria de Trabajo Social, Huelva, 2004, cit., pg. 27, señala que si la familia tiene apoyos institucionales, sólo en caso de urgencia habrá que separar al menor, y una vez que dicha medida, debe de tener un carácter provisional, en tanto se le proporcione un recurso más adecuado de protección.
145. Hasta la publicación de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional, la redacción de este artículo era la siguiente: *la adopción constituida por juez español se regirá, en cuanto a los requisitos, por lo dispuesto en la Ley española. No obstante, deberá observarse la Ley nacional del adoptando en lo que se refiere a su capacidad y consentimientos necesarios: Si tuviera su residencia habitual fuera de España. Aunque resida en España, si no adquiere, en virtud de la adopción la nacionalidad española.* En la nueva normativa se ha redactado el artículo 9.5 en los siguientes términos: *la adopción internacional se regirá por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional. Igualmente las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción Internacional.* El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 21 de junio de 1991 (RJ 1991, 4570), señala que *conforme a los principios de Derecho Internacional Privado, el Código Civil y a la Jurisprudencia, en pleitos en que se ventilen cuestiones familiares o que afecten al estado y condición de las personas, debe aplicarse la legislación del país de la persona interesada, salvo que atente al orden público o a los intereses nacionales de España.* CALZADILLA MEINA, M. A., en «La adopción internacional en el derecho español», Dykinson, Madrid, 2004, cit., pg. 58, al definir el concepto de adopción internacional en Derecho español menciona que la realidad práctica revela que la gran mayoría de las veces en las que se emplea el término adopción internacional es para hacer referencia a una adopción realizada por adoptante español, residente en nuestro país que procede a adoptar aun menor extranjero en su país

— II. Cuestiones relativas a la seguridad jurídica derivadas del sistema normativo...

respecto de aquellos menores que conforme a su Ley personal no puedan ser adoptados, encontrándose en nuestro país sin familiar alguno que los pueda atender y sin posibilidad de reagrupación familiar al país de origen. El Proyecto de Ley de Adopción Internacional¹⁴⁶, propuso dar salida a dicha situación al estipular en su artículo 19.4 lo siguiente: *En el caso de menores cuya Ley nacional prohíba o desconozca la adopción, se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en desamparo y tutelado por la Entidad Pública española de protección de menores y no sea posible su repatriación, después de haberse puesto la situación del menor en conocimiento de las autoridades competentes de su país. Ello se entiende sin perjuicio, en su caso, de la constitución de otras medidas de protección del menor.* Sin embargo, el texto de este artículo fue suprimido en el texto definitivamente aprobado de la Ley de Adopción Internacional.

Existe un problema de inseguridad igualmente respecto de la determinación del Estado que ha de seleccionar la familia de adopción o acogimiento para el menor, en caso de que estando desamparado no sea posible su reintegración. Hemos tenido ocasión de comprobar a través de los contactos mantenidos con profesionales del sistema de protección, que es variable la actitud de los Estados ante situaciones en que el menor se encuentra desamparado en España y es necesario buscar una familia de adopción, por haber sido descartado el posible retorno a su familia de origen¹⁴⁷.

En aplicación del principio general del interés superior del menor hay que tener en cuenta que si el menor en cuestión va a vivir en una familia en nuestro país, con una cultura y religión diferente a la suya (con independencia de su derecho al conocimiento y respeto de sus orígenes), ya que está en situación de desamparo en España, su estabilidad emocional y su seguridad jurídica implicarán que obtenga, respecto de la familia que lo atienda, la figura jurídica que le proporcione la mayor estabilidad y seguridad (con el acogimiento continúa bajo la tutela pública, no tiene derecho a alimentos ni herencia), que además sea consecuente con

de origen (...), pero que éste sea el prototipo de adopción internacional que con más frecuencia se lleva a cabo en la práctica no impide que junto al mismo deban situarse otros supuestos en los que también concurren elementos de extranjería relevantes y que obligan a calificar la adopción constituida como de internacional: la adopción de un menor extranjero por adoptante español constituida por la competente autoridad extranjera, la adopción de un menor extranjero por adoptante español constituida por el Cónsul español en el país de origen, así como la adopción realizada ante el Juez español de un menor extranjero.

146. BO de las Cortes Generales núm. 143, de 29 de junio de 2007.

147. Algunos Estados, como Ucrania o Rumania, consideran que aunque no exista familiar alguno que pueda atender al menor, el mismo ha de regresar al país de origen y desde el mismo buscar al núcleo adoptante. El problema es que tras contestar en este sentido, el Estado no atiende la demanda española de que el menor sea repatriado en el plazo más breve posible. Así, nos encontramos, por ejemplo, con el caso de un niño ucraniano que ha estado en centro de protección y posteriormente en acogimiento simple en una familia en Málaga durante dos años, a la espera de que su repatriación. O el caso de los niños rumanos, en que igualmente su Estado, a través del Consulado señala que no pueden salir en adopción en España, y que los van a llevar a su Estado, pero que pasan los meses y los años y no se materializa el retorno. Hemos hallado un caso en Italia, en que igualmente el Estado considera que la adopción se ha de formalizar en su país. Otros, como Alemania no ponen inconveniente a que el menor sea adoptado en España por una familia española.

la cultura en la que ha vivido toda su infancia, obteniendo así una figura de protección adecuada a su situación por el abandono que sufre¹⁴⁸.

4) El desconocimiento de la normativa concreta de cada Estado hace que en determinadas ocasiones se adopten medidas, que no son viables jurídicamente aplicando la Ley personal, normalmente porque ni siquiera existe la figura jurídica que se está aplicando en su sistema normativo¹⁴⁹. El ejemplo más común es el de los menores de origen marroquí (en este caso de corta edad, a veces recién nacidos, que han llegado a España acompañados de sus padres), a los que habiendo sido desamparados y no existiendo posibilidad de reintegración con su familia biológica (a veces se encuentran bajo la tutela pública debido a la renuncia voluntaria de la madre, que los da en adopción en el momento de su nacimiento), se les busca un núcleo familiar y se propone la adopción al Juzgado. Sin embargo, los sistemas jurídicos inspirados en el Corán, como ocurre con el Código del Estatuto Personal marroquí (*Mudawana*), no aceptan la institución de la adopción. La legislación islámica prevé otras instituciones, como la *Kafala*, para la atención de los niños, que por distintas circunstancias, tienen necesidad de ser atendidos por una familia sustituta¹⁵⁰. Pero, aun conociendo dicha normativa, hay que cuestionar si realmente resulta de interés del menor aplicar en estos supuestos su ley personal, o debíamos pensar que estamos ante medidas protectoras¹⁵¹.

148. LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., *Inmigración y derecho internacional privado español*, en «Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes», Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2000, cit., pgs. 117 y ss., señala cómo las culturas tienen lo que los antropólogos llaman una «función identitaria» ya que intervienen en la adquisición de la identidad propia que tiene cada individuo adulto; gracias a su cultura el individuo llega a ser quien es, a entenderse como se entiende y a ponerse ante el mundo como se pone (cita a TORNOS, A., en «Cultura, antropología y cuestión de la verdad», *Miscelánea*, Comillas 55, 1997, cit., pg. 53) y algunas de las tradiciones que configuran esa identidad cultural forman parte de las reglas jurídicas. Por ello se consolida la corriente del respeto a la ley nacional. Sin embargo la multiculturalidad implica igualmente aproximación y convivencia, así como un trato igualitario a la población inmigrante. Sin embargo, aspectos como la integración en la sociedad de acogida, la prolongación indefinida de su establecimiento en el país de inmigración, y la voluntad de beneficiarse de las leyes de éste y de ser asimilados a sus nacionales, abogan por extender la ley de la residencia habitual.

149. En otros casos se aplica la figura correspondiente referida a la Ley personal, con independencia de la problemática de la aplicación de los aspectos procesales. Así, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de junio de 1991 (RJ 1991, 4570), señala la institución de la tutela «temporal» no se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico, aunque pudiera tener alguna semejanza con la «guarda de hecho» que regula el Código Civil en sus artículos 303 y siguientes y con el «acogimiento» de que hablan los artículos 172 y 173 del dicho texto legal, lo que origina, como consecuencia, que los aspectos sustantivos de la meritada institución habrían de regirse por la ley holandesa, habida cuenta de la nacionalidad de la menor en cuestión y del contenido de las normas de derecho internacional privado contenidas en nuestro Código, capítulo IV del título preliminar, en especial, las incardinadas en los números 1 y 6 del artículo 9; sin embargo, sus aspectos procesales, entendiéndose por ellos cuantos pudieran referirse a los requisitos y formalidades a observar para configurar y dar vida a esa tutela, quedarían supeditados a la ley española, conforme se dispone en los artículos 8.2 y 9.6, párrafo segundo, del Código.

150. <http://www.afada.org/docus/africa000fichatec.htm>.

151. Nuestra jurisprudencia se muestra variable respecto de la cuestión de la consideración que se ha de dar a la figura de la *kafala*: en ocasiones se asimila a la tutela del derecho español. Así en los casos de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 21 de octubre de 2005 (JUR 2006, 71643) y de 14 septiembre 2004 (JUR 2006, 94014) al interpretar el concepto de tutela del artículo 49 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que

— II. Cuestiones relativas a la seguridad jurídica derivadas del sistema normativo...

Las últimas tendencias en Derecho de Familia, en lo que respecta a normas de Derecho Internacional Privado se inclinan por aplicar la norma de la residencia habitual, y pudiera ser que esta solución fuera la más acertada a fin de evitar los problemas que hemos mencionado en cuanto a los menores en el sistema de protección, en aquellos casos en que por su edad o circunstancias hayan roto el vínculo con su país de origen, o simplemente, nunca lo hayan tenido¹⁵².

3.1. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA EXISTENCIA DE UN ELEMENTO EXTRANJERO EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES

Todos los niños y niñas deben ser protegidos en la misma medida, con independencia de su nacionalidad, pero no es posible negar la realidad: el hecho de la extranjería marca una diferencia entre los menores nacionales y los extranjeros¹⁵³. La situación de desprotección en que se encuentre un menor hay que contemplarla antes, durante y tras la intervención pública, por lo que los medios materiales y de comunicación con que cuenten los países de origen será un dato decisivo para la resolución de los expedientes administrativos y para la protección del menor. Tal como trataremos más adelante, el principio de prioridad de la familia biológica resulta esencial en el sistema con todos los menores sea cual sea su país de origen. Y para cumplir con dicho principio es preciso servirse de los medios con los que

se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, al aplicar el artículo 49 sobre exención de visado en caso de tutela de menores, equipara la tutela a la *kafala* (como tutela constituida conforme a las normas del estado de origen). Sin embargo, sobre la misma cuestión la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 21 de junio de 2005 (JUR 2006, 137207) señala que *el actor no se encuentra en la situación de tutela legal que permita la exención de visado solicitada, porque, como señala el Abogado del Estado, el documento presentado no deja de ser un simple acogimiento (kafala) del menor, figura jurídica no equiparable con la tutela tal y como se recoge en nuestro ordenamiento jurídico.*

152. Así lo menciona, entre otros, BOULANGER, F., en «*Droit Civil de la famille*», tomo I, Economica, Paris, 1997, cit., pg. 102 y EZQUERRA UBERO, J. (MARTÍNEZ GARCÍA, C., Coord.), *El desamparo de menores*, «Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías», Dykinson, Madrid, 2006, cit., pg. 143, se plantea la conveniencia de sustituir, en la materia que nos afecta, el tradicional criterio de la nacionalidad por el más novedoso de la residencia habitual. Esta obra la citaremos a lo largo de nuestro trabajo, considerando el valor de conocimiento de la realidad que nos aporta. Su origen está en el Foro de encuentro de profesionales implicados en el sistema de protección, celebrado en Madrid el día 19 de noviembre de 2006 (en el encuentro participaron profesionales de todas las disciplinas relacionadas con el sistema de protección, entre otros psicólogos, trabajadores sociales, fiscales, jueces, representantes del defensor del pueblo nacional y autonómicos, juristas de las entidades públicas, educadores de centros de protección...). Hemos tenido ocasión de participar en la elaboración de la misma, en la coordinación del grupo sobre desamparo y ha sido un instrumento de sumo valor para la constatación de la forma de intervención práctica sobre múltiples aspectos tratados en este trabajo.
153. ADROHER BIOSCA, S., en *Menores extranjeros en España. Marco jurídico general y nuevos desafíos*, «Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al derecho», IV Jornadas sobre Derechos de los Menores (LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., CULEBRAS LLANA, I., Coord.), Universidad Pontificia Comillas, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2006, cit., pg. 28 analiza los datos de población inmigrante y describe los retos que plantea la población menor de edad inmigrante para el sistema educativo, sanitario, sistemas de protección y servicios sociales.

cuenta el mismo. No podemos examinar de igual forma la situación de un menor procedente de un país donde funcionan correctamente los organismos oficiales, los servicios sociales, donde es posible localizar a los familiares, etc., que de aquel en que ni siquiera existe embajada en España o que no responde a las solicitudes de información sobre la familia o de documentación que se le formulan.

Debemos conocer los datos estadísticos oficiales, a fin de comprender el volumen de casos que atiende el sistema de protección. Según avance del Padrón Municipal a 1 de enero de 2007¹⁵⁴, los datos de población que nos interesan son los siguientes:

Durante el año 2006 el número de españoles empadronados experimenta un aumento neto de 70.000 (0,17%) y los extranjeros de 338.000 (8,17%). De estos últimos, los pertenecientes a la UE-27 aumentan en 275.000 (19,26%). Los extranjeros más numerosos son los pertenecientes a la UE-27 que suman 1,7 millones. Dentro de éstos, destacan los ciudadanos rumanos (cerca de 525.000), seguidos por los del Reino Unido (más de 314.000), alemanes (cerca de 164.000) e italianos (unos 135.000). Entre el colectivo de extranjeros no comunitarios, los ciudadanos marroquíes son los más numerosos (más de 576.000), seguidos de los ecuatorianos (más de 421.000), y los colombianos (casi 259.000). También cabe destacar los aproximadamente 200.000 bolivianos y 140.000 argentinos.

Por edades, el 15,3% de los empadronados españoles tiene menos de 16 años (6.212.587). En cuanto a la población extranjera, el 14,9% es menor de 16 años (669.709). Esto implica que más del 10% de los menores de 16 años susceptibles de ser atendidos por el sistema de protección son de origen extranjero.

Por grupos de países, la situación ha cambiado con la incorporación a la Unión Europea de Rumania y Bulgaria. En resumen, a 1 de enero de 2006 las nacionalidades más numerosas en España eran las de América del Sur, pero con los datos provisionales a 1 de enero de 2007 son mayoría las de la UE-27, con 1,7 millones de residentes.

A continuación haremos referencia a las peculiaridades y situaciones de inseguridad jurídica que se plantean en el sistema de protección distinguiendo entre los menores procedentes de la Unión Europea y los menores procedentes del resto de estados mencionados, de los que España es receptora de inmigración (especialmente África y Sudamérica). La información que exponemos a continuación la hemos extraído de las entrevistas realizadas con profesionales que diariamente trabajan los casos de menores extranjeros, en los Servicios de Protección de Menores en la Comunidad Autónoma andaluza, en Centros de Protección de Málaga, así como con los representantes consulares de Alemania y Gran Bretaña en Málaga, durante el período de realización de este trabajo¹⁵⁵. No haremos referencia a la relación con otros Estados debido a escasez del número de casos que se presenta.

154. <http://www.ine.es/prensa/np457.pdf>.

155. En las entrevistas efectuadas se ha solicitado que el profesional relate su experiencia personal con referencia a las peculiaridades que la protección del menor extranjero ha planteado:

3.2. MENORES PROCEDENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

En primer lugar hemos de hacer la aclaración de que los datos a que nos referimos seguidamente no incluyen a países de nuevo ingreso en la Unión Europea, como Rumania, en que el desarrollo del sistema de protección presenta unas peculiaridades muy diferenciadas al resto¹⁵⁶.

Tal como demuestran los datos oficiales, son actualmente muy numerosos los menores de origen europeo en España. Iniciada cualquier intervención en riesgo o protección, desde la experiencia de la práctica diaria en los servicios de protección se observa que se realizan intervenciones como las que siguen, en las que la mediación de los Consulados y los Servicios Sociales Internacionales resulta esencial:

1. Durante la instrucción del procedimiento de desamparo o en el desarrollo de las informaciones previas, se cuenta con fuentes de información (antecedentes sociales, penales, familiares...) a través de Consulados y servicios sociales de los Estados y Servicios Sociales Internacionales.

2. Las notificaciones y el derecho de audiencia y defensa de los padres, se garantiza a través del Consulado que se encarga de comunicar a los padres la situación de los hijos (el Consulado correspondiente realiza la búsqueda del progenitor o los familiares, así como la traducción de los documentos correspondientes).

3. A través de los Consulados o Servicios Sociales Internacionales se procede a estudiar la familia extensa por si procediera su acogimiento, o el simple desplazamiento del menor sin adopción de medida de protección¹⁵⁷.

cooperación entre Estados, fuentes de información, dificultades en obtener una respuesta ágil y protectora para el menor... Del relato de estas experiencias y de la profesional propia, se ha transcrito el texto que figura a continuación.

156. Como ejemplo, haremos mención al caso de una menor rumana de 16 años que llega a Málaga a través de una red de prostitución. En ejecución del Acuerdo entre España y Rumania relativo a Cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, repatriación y lucha contra la explotación de los mismos, de 15 de diciembre de 2005 (en vigor desde el 21 de agosto de 2006), Rumania pide que la menor vuelva a su país y ordena que lo haga en autobús, acompañada por el conductor del mismo. Sin embargo en otros casos como Polonia o Bulgaria, existe un buen nivel de comunicación y colaboración.

157. Conocemos a través de los profesionales entrevistados y de la práctica profesional, cómo el nivel de cooperación llega a tal punto con algunos Consulados, como el alemán, en que se plantea incluso la posibilidad de que estando una menor adolescente ingresada en un centro de protección en España, se traslade durante el verano a un centro de protección de Alemania, a fin de que la chica decida si quiere vivir en su país de origen, conociendo desde el centro a su familia de alemana, o desea continuar en España, donde tiene a su guardadora de hecho. En un caso planteado con Finlandia, dos menores de corta edad se trasladan directamente desde un centro de protección de Málaga a una familia de acogida en ese país, constando únicamente la situación de desamparo provisional, sin haberse dictado la resolución de desamparo definitiva. En un caso con Gran Bretaña, estando unos menores en situación de desamparo por alcoholemia de la madre, e ingresados en centro de protección en Málaga, se realiza un plan de trabajo con la madre en Inglaterra, y una vez se reciben informes de que la madre tiene las condiciones necesarias para el correcto ejercicio de la patria potestad, se revoca el desamparo, reintegrando los menores a su país de origen, al que se comunica la resolución para el seguimiento del caso.

4. Asimismo los Consulados auxilian, de forma muy rápida, en la obtención de documentación de los menores. Y son los propios Consulados en ocasiones los que se encargan de facilitar los billetes de avión y organizar el traslado del menor.

5. En todos los casos la comunicación se hace de forma fluida directamente por vía telefónica, por e-mail o por correo ordinario. Hay comunicación, y además, si funciona correctamente, puede ser muy rápida.

Pero existen igualmente problemas con relación a la protección de estos menores, que deben ser objeto de análisis y atención, ya que afectan directamente a la propia defensa tanto del menor como de sus padres y a su seguridad jurídica:

1. Son muy pocos los técnicos de la Administración que trabajan los casos, que hablan lenguas extranjeras, ya que tampoco se exige como requisito de acceso al puesto, y además no se ha previsto un servicio de intérprete. Por ello es habitual acudir a algún amigo de los padres que hable español, o personas que voluntariamente presten este servicio. Igualmente ocurre con los abogados de oficio, ya que si los padres no hablan español, no les queda más solución que contratar un abogado que hable su idioma, para lo cual en ocasiones no tienen medios, resultando finalmente más deficitaria la atención de los expedientes de estos menores y la garantía de los derechos. Por lo que respecta a los Juzgados, e, incluso el Registro Civil, el problema es de la misma naturaleza, resultando muy complicada la comunicación.

2. Otro problema que se ha detectado, a través de entrevistas a los profesionales que actúan desde los servicios de protección, es la deficiente aplicación entre los Estados de la Unión Europea, de la legislación comunitaria. En concreto resultaría de una gran utilidad práctica poner en funcionamiento el Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, en vigor desde marzo de 2005. Dicho Reglamento regula la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, la validez extraterritorial de decisiones en dicha materia y se define de forma amplia la responsabilidad parental, que cubre los deberes y derechos ligados al cuidado del niño y de sus propiedades. Tal como explica la guía de aplicación del mismo, se aplica a las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, independientemente de cómo se denomine dicha resolución (resolución, auto, decisión etc.)¹⁵⁸. Pero no se limita a las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, sino que se aplica a toda resolución pronunciada por una autoridad con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento (por ejemplo las autoridades administrativas con competencia en temas sociales). El término «responsabilidad parental» se define ampliamente y cubre todos los derechos y obligaciones de su titular en relación con la persona o los bienes de un menor. Incluye no sólo los derechos de custodia y visita, sino también aspectos tales como la tutela y acogi-

158. http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_es.htm.

miento del menor en una familia o en un establecimiento, pudiendo ser el titular de la responsabilidad parental una persona física o jurídica. Para la aplicación de este reglamento se ha articulado el auxilio de la Autoridad Central, que debe nombrarse en cada Estado. Pero a pesar de todo lo descrito, la realidad, tal como hemos podido observar en la práctica, es que no se está haciendo uso del Reglamento¹⁵⁹.

3.3. MENORES PROCEDENTES DE OTROS ESTADOS

Se pueden diferenciar fundamentalmente entre los distintos grupos de menores por el lugar de procedencia: países del Este, Sudamérica y países africanos.

Además hay que distinguir en función de que el menor esté o no acompañado. Desde finales de los 90 se inicia un fenómeno que no ha hecho más que aumentar, que es la llegada de menores no acompañados, primero procedentes de Marruecos y posteriormente de otros países africanos. Ya desde el momento de la localización del menor, hay una peculiaridad que distingue a estos dos grupos, en función de la documentación: los segundos suelen llegar documentados y los primeros no, lo cual de cara a las medidas legales de protección marca una diferencia fundamental, unos están identificados y otros no. Respecto de los menores procedentes de Sudamérica, presentan la singularidad de hablar español, lo cual marca una diferencia significativa a la hora de garantizar los derechos de padres e hijos (notificaciones, audiencia, información, planes de intervención se desarrollan con garantía de que los sujetos con los que se interviene entienden lo que se les dice). Estos menores y los procedentes de los países del Este suelen llegar a España acompañados de adultos, a diferencia de los menores de los países africanos.

En cuanto a este grupo de menores extranjeros, sobresalen las siguientes particularidades:

1. La diferencia cultural del país de origen del menor lleva a que aun viviendo en España, en muchos casos los padres no comprendan los motivos que dan lugar al desamparo de un menor, lo cual dificulta aún más el cambio positivo a fin de que el menor retorne con sus padres¹⁶⁰.

159. Hemos podido comprobar que no es conocido el contenido del mismo por muchos de sus destinatarios, ni en España ni en otros países europeos. Desde la experiencia profesional en el Servicio de Protección de Menores de la Delegación Provincial de Málaga de la Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social de la Junta de Andalucía, se ha observado que no se está usando este Reglamento de forma tan ágil como prevé la teoría. Ni en esta provincia ni en el resto de la Comunidad Autónoma andaluza se hace uso del Reglamento. En el único caso en que se ha intentado usar esta vía (en el curso de los años 2006 y 2007), para constituir el acogimiento residencial de unos menores británicos en un centro de protección de este Estado, estando bajo la tutela de la Junta de Andalucía, la tramitación se ha extendido meses (durante los cuales los menores han permanecido ingresados en centro de protección en España, en tanto sus padres están en Gran Bretaña). Además, en el curso de este procedimiento, hemos comprobado cómo la Autoridad Central española ha confirmado que nunca ha usado previamente el Reglamento en cuestiones relativas a desamparo y acogimiento de menores, y la propia Autoridad Central británica se ha pronunciado en el mismo sentido.

160. Sirva de ejemplo el caso de una mujer rumana que va mendigando con su hijo y es detenida por la policía e ingresado el menor en centro de protección. Ella desconoce la ilegalidad de su acto, ya que en su país jamás la detendrían por algo así (y además no habla español por

2. La intervención social que resulta precisa para evitar situaciones de desprotección o para la reintegración del menor con su familia de origen, es diametralmente opuesta en los países desarrollados y los menos favorecidos, ya que en estos últimos o no existen o son deficitarios los servicios sociales, mientras que los Estados más desarrollados tienen todo un elenco de medios sociales a su alcance. Es habitual que estos menores tengan familiares en el país de origen pero no en España, con lo cual en caso de que el menor no pueda ser reintegrado con sus padres, las posibilidades reales de permanecer en su familia biológica, debido a las deficiencias de los servicios sociales su Estado, son casi nulas, comparado con lo que ocurre con los menores de origen europeo, que en un margen muy amplio son atendidos por familiares.

3. Régimen de extranjería. Resulta realmente complicado acceder a la documentación de estos menores, tanto si están acompañados como si no. En ocasiones porque sus padres no cooperan, a veces porque ni ellos mismos están documentados, en otras porque los Consulados muestran poca colaboración. A veces se observa, igualmente, una falta de eficacia en este sentido por parte de la Entidad pública tutora, que es la que ha de ocuparse de iniciar los trámites para documentar al menor, con demoras en la documentación del mismo, que, a veces, se hace mayor de edad sin obtenerla. Igualmente se observa cómo la solicitud la nacionalidad española o el inicio de los trámites para inscribir al menor en el Registro Civil, en caso de que haya nacido en España, dentro o fuera del plazo, no siempre se realiza con la premura necesaria. Todo ello plantea al menor problemas de inseguridad jurídica ya que puede permanecer largos períodos de tiempo sin identificación y sin acceso por ejemplo a alternativas laborales (para los mayores de 16 años), o sin la posibilidad de que se inicien los trámites de un acogimiento por falta de identificación (en el caso de niños pequeños).

4. Si analizamos lo dispuesto en la legislación de extranjería observamos igualmente una discriminación en el trato hacia los menores acompañados, en concreto examinando de forma comparativa el artículo 92.5 (sobre menores extranjeros no acompañados) y el artículo 94 (sobre la residencia del hijo del residente legal) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: el plazo para que un menor no acompañado pueda obtener residencia legal es de nueve meses¹⁶¹, mientras que en el caso del menor acompañado y en situación de tutela por la Entidad pública es de dos años¹⁶². No nos parece correcta esta distinción en aque-

lo que es difícil hacérselo comprender), con lo cual puede resultar muy difícil combinar la normativa imperante en nuestro país, con la ética por parte de los profesionales que la aplican, con el interés del menor conforme a unos parámetros de países desarrollados.

161. Entendemos que este plazo es máximo, tal como interpreta el Defensor del Pueblo Andaluz, en «Informe especial sobre Menores Inmigrantes en Andalucía», BOPA núm. 18, de 8 de junio de 2004.

162. El artículo 92.5 dispone que *transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, de acuerdo con el apartado 2, y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen, si ésta no hubiera sido posible, se procederá*

— II. Cuestiones relativas a la seguridad jurídica derivadas del sistema normativo...

llos casos de menores que inicialmente se encuentran en España acompañados pero posteriormente sufren situación de desamparo (porque renuncian a los mismos dándolos en adopción, por maltrato, abandono...), ya que una vez bajo la figura del desamparo debieran acceder rápidamente a la situación de residencia regular.

Tal como expresa el artículo 94 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la residencia del menor es consecuencia automática de la de sus padres o tutores con lo cual, en caso de desamparo no existe inconveniente para tramitarla, pero en los casos de guarda se puede plantear la situación de menores en centros de protección a los que no sea posible regularizar su estancia en España. Son muchos los problemas que esta falta de documentación plantea a los menores ingresados en centros de protección, ya que el sistema de salud y el educativo necesitan que el menor esté identificado para poder acceder a él. A este respecto, el artículo 92.5 del citado Reglamento, ha introducido un régimen especial para los menores extranjeros no acompañados, pero dejando fuera del mismo a los menores acompañados, con lo que examinada la legislación de extranjería, la situación del menor que ha sido desamparado, estando ambos padres en España, siendo todos ellos extranjeros, es menos privilegiada que si estuviera en España sin su familia.

5. Respecto de los consulados, en algunos casos existe una única oficina con-

a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. En todo caso, el hecho de no contar con autorización de residencia no supondrá obstáculo para el acceso del menor a aquellas actividades o programas de educación o formación que, a criterio de la entidad de protección de menores competente, redunden en su beneficio. El hecho de que se haya autorizado la residencia no será impedimento para la repatriación del menor, cuando posteriormente pueda realizarse conforme a lo previsto en este artículo. En el caso de menores tutelados por la entidad de protección de menores competente que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la citada autorización de residencia y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales, a la que se hará extensivo lo dispuesto en el artículo 40.j de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Y el artículo 94 señala en su apartado 1: *Los hijos nacidos en España de extranjero que se encuentre residiendo legalmente en España adquirirán automáticamente la misma autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores. A estos efectos, el padre o la madre deberán solicitar personalmente la autorización de residencia para el hijo desde que tuviera lugar el nacimiento o desde que alguno de sus progenitores acceda a la situación de residencia legal, acompañando original y copia de la partida de nacimiento, así como copia de la autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores. Si el hijo nacido en España es de padre o madre reconocidos como refugiados, éstos podrán optar entre solicitar para él la extensión familiar del derecho de asilo o una autorización de residencia, en función del interés superior del menor. 2. Los extranjeros menores de edad o incapacitados no nacidos en España que o bien sean hijos de españoles o de extranjeros residentes legales en España, o bien estén sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España podrán obtener autorización de residencia cuando se acredite su permanencia continuada en España durante un mínimo de dos años y sus padres o tutores cumplan los requisitos de medios de vida y alojamiento exigidos en este Reglamento para ejercer el derecho a la reagrupación familiar. Cuando los menores se encuentren en edad de escolarización obligatoria, se deberá acreditar adicionalmente que han estado matriculados en un centro de enseñanza y asistido regularmente a clase, salvo ausencias justificadas, durante su permanencia en España. La vigencia de las autorizaciones concedidas por este motivo estará vinculada, en su caso, a la de la autorización de residencia del padre, la madre o el tutor del interesado.*

sular en España que se encuentra saturada y en otros ni siquiera hay embajada, por lo que resulta muy difícil la gestión de la documentación¹⁶³.

6. Renuncia para adopción. Observamos se produce un gran número de renunciaciones de madres, dando a sus hijos en adopción, entre mujeres inmigrantes. Es preciso garantizar que en el momento de la renuncia, tanto por parte de los centros hospitalarios, como de los servicios sociales, la madre comprenda sus derechos y la situación de su hijo. Esto viene mermado en gran medida por la diferencia idiomática y cultural. Además se le deben ofrecer a las madres alternativas a la adopción, ya que en ocasiones, es únicamente la precaria situación socio-económica la que motiva la renuncia al hijo¹⁶⁴.

7. Guarda de hecho. Existe un buen número de situaciones de guardas de hecho entre menores de origen extranjero. Si bien pueden surgir por la falta recursos económicos de los inmigrantes y los deseos paternos o la buena voluntad de la población que los acoge, la realidad es que se debe dar lo más pronto posible a estos menores la seguridad jurídica que precisan respecto de quiénes son las personas que los atienden y qué derechos y obligaciones configuran esta relación¹⁶⁵.

8. Y, por último resulta obligado que en todos los casos, siempre que la edad del menor lo permita, el menor sea oído en el procedimiento. Para que el menor decida su propio interés, en primer lugar hay que oírlo. Y, en el caso de los menores extranjeros, es necesario hacer frente a la dificultad que la barrera idiomática impone, a fin de que este derecho se garantice siempre.

163. A modo de ejemplo, podemos citar cómo desde los Servicios de Protección de la Junta de Andalucía se comunica la situación de desprotección y el inicio de todos los procedimientos de desamparo de menores al Consulado Marroquí en Algeciras, sin que en ninguna ocasión exista pronunciamiento alguno al respecto por parte del Consulado, a diferencia de lo que ocurre con los Estados de la Unión Europea en que se inicia rápidamente la búsqueda de alternativas familiares en el país de origen. Y hay casos como el ruso, en que se solicita el pasaporte de un menor o la partida de nacimiento a fin de tramitar por ejemplo la documentación de residencia o formalizar la adopción y es habitual no obtener respuesta alguna. En ocasiones, sin embargo, estos países contestan a las solicitudes sobre información relativa a familia extensa de forma tardía, cuando el menor ya está integrándose en un nuevo núcleo familiar, con lo cual a veces resulta ya del todo imposible la reintegración.

164. ESTEBAN DE LA ROSA, G., SAHDIR, T. y ÓUALD ALIL, K., en «Inmigración y Derecho Internacional Privado (Una reflexión desde las dos orillas: España y Marruecos)», Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 716/2006, Aranzadi, Pamplona, 2006 (BIB 2006, 1369) mencionan la necesidad de un Derecho social de la inmigración, ya que la presencia estable de la población extranjera emigrante en Europa y, en particular, en España exige a las autoridades otorgar respuestas acordes a sus necesidades y, particularmente, el reconocimiento de sus derechos, no sólo civiles y políticos, sino sociales, así como el establecimiento de las garantías necesarias para conseguir su efectividad.

165. Resultan ejemplares a este respecto, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004 (JUR 2006, 33272 y 33273), que analizan la situación de menores inmigrantes llegados en patera a las costas gaditanas y acogidos de hecho, concluyendo que no existe situación de desamparo y ordenando dar salida a la situación de guarda de hecho a través de la tutela.

Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

Hemos expuesto más arriba, al estudiar el sistema normativo y la distribución de competencias, cómo nos hallamos ante un sistema sumamente complejo, en el que el operador jurídico muchas veces se encuentra perdido ante un maremagnum de legislación, que, en ocasiones no da la respuesta adecuada al caso específico que está trabajando. Y es que si el Derecho se singulariza ante los casos concretos, en el tema que nos ocupa, esta máxima acontece de forma extraordinaria: ningún caso es igual que el anterior, ningún menor y sus circunstancias (sociales, emocionales, familiares, económicas...) son iguales a las de cualquier otro.

Por ello en el sistema de protección se han desarrollado unos principios generales, que son, a la postre, los que sirven de motivación de las decisiones, con independencia de la norma concreta a la que se pueda acudir para justificar una decisión¹⁶⁶. Estos principios tienen un doble valor:

- Sirven para dar uniformidad en las decisiones adoptadas, sea cual sea la Administración (local, autonómica o nacional) que las tome, dando así sentido al valor de igualdad que propugna la Constitución¹⁶⁷.
- Ponen el punto de mira de cada decisión sobre lo que verdaderamente importa, el bienestar del menor, con independencia de la posible oscuridad derivada de este sistema normativo. Ante cualquier caso difícil, ante esta multiplicación legislativa, lo que ha de preguntarse el operador jurídico es: ¿cuál es el interés del menor?, ¿se ha respetado su derecho a ser oído y su derecho a la defensa?, ¿se ha facilitado su mantenimiento en su medio de origen? En el estudio jurisprudencial que vamos a emprender se observará cómo en multitud de ocasiones, a pesar de las normas, lo que se aplican son los principios esenciales del sistema.

166. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Justicia y Seguridad Jurídica en un Mundo de Leyes Desbocadas», ob. cit., pgs. 47-49, realiza un análisis de esta cuestión. En cit., pg. 104 señala que la creación masiva de leyes y reglamentos ha hecho que se vuelva a los métodos precodificadores, de la jurisprudencia, al método en que se prima a los valores sustanciales del Derecho por encima de la envoltura formal de las normas.

167. *De multitudo legum, unum ius*, conforme al apotegma romano.

La Constitución Española además establece principios esenciales para el sistema de protección, por lo que la óptica constitucional no la perderemos de vista en toda la exposición, y especialmente la doctrina expresada por el Tribunal Constitucional en su interpretación. Recoge nuestro texto constitucional en su sección 1ª del Capítulo I del Título I, una serie de derechos, que si bien no hacen mención de forma expresa a los menores (con excepción del artículo 20 sobre la libertad de expresión y el artículo 27 con relación al derecho a la educación), son aplicables a los mismos, tal como ha constatado explícitamente la redacción de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. Tras las sucesivas reformas relacionadas con la protección de los menores que han tenido lugar en la legislación española desde la Ley 11/1981, de 13 de mayo de modificación de la Filiación, Patria potestad y Régimen Económico del Matrimonio, hasta la Ley 1987, de 11 de noviembre que modifica determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, se consideró conveniente operar una reforma con detalle en la que se abordaran no sólo cuestiones sustantivas relativas a las instituciones de protección, sino que además se recogieron aspectos concretos relativos a los derechos de los menores. En esta ocasión en la Exposición de Motivos de la Ley, destaca la nueva contemplación de los menores, conforme a la filosofía de que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia, es desde la promoción de su autonomía como sujeto, ya que, expone, no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto.

La LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, dedica su Capítulo II a los Derechos del Menor. Alude en primer lugar a una fórmula genérica de reconocimiento de los derechos garantizados en los instrumentos de derecho internacional y en la Constitución, destacando la no discriminación y seguidamente analiza el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, la libertad ideológica, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a ser oído. La redacción de la CNUDN recoge de una forma más taxativa los derechos sustantivos de los niños, y resulta innovadora al regular la protección de los menores incluso frente a sus propios padres recogiendo derechos de forma poco sistemática, y que pueden clasificarse en cuatro categorías: civiles, sociales, culturales y económicos.

Nos resulta necesario, en primer lugar, precisar el objeto del estudio del presente capítulo. Aludimos a principios del sistema de protección con relación a los derechos de los menores y sus guardadores en un marco determinado, esto es, el ámbito de la protección de menores. Siguiendo la clasificación efectuada por M. I. ÁLVAREZ VÉLEZ¹⁶⁸, desde la óptica del estudio de la CNUDN, podemos distinguir los siguientes tipos de derechos con relación a los menores:

1.—Derechos individuales del niño: derecho a la vida (artículo 6); derecho a tener un nombre y una nacionalidad (artículo 7 y 8); derecho a tener un nivel de

168. En «La Protección de los derechos del niño...», ob. cit., pgs. 87 y ss.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

vida adecuado (artículo 27); derecho a no ser privado de su libertad (artículo 37); y derecho a una administración de la justicia adecuada a su edad (artículo 40).

2.-Derechos del niño en su relación con los demás: el derecho del menor a expresar su opinión en todos los asuntos que le afectan (artículo 12); derecho a la libertad de expresión (artículo 13); libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 14); derecho de asociación y reunión (artículo 15) y derecho a la vida privada y familiar (artículo 16).

3.-Derechos del niño relativos a su ámbito familiar: derecho a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos a no ser que sea necesaria para su interés y derecho a mantener relaciones personales y contactos directos con ambos padres (artículo 9); derecho a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, 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 (artículo 19); derecho a la protección y asistencia especiales del Estado de los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio (artículo 20).

Hemos definido más arriba el concepto de sistema de protección de menores con referencia a todo el conjunto de medidas jurídicas, sociales, educativas, pedagógicas, etc., dirigidas a obtener su desarrollo integral, con respeto a los principios integradores del Derecho de Menores. Si bien todos los derechos mencionados deben ser objeto de protección, interesa en el presente trabajo centrar el estudio en este momento en aquéllos relacionados con la adopción de medidas, especialmente con el desamparo, que se han erigido en auténticos principios superiores. Por ello, de todos los derechos mencionados en la clasificación arriba estudiada, nos centraremos en los siguientes, por considerarlos pautas esenciales en la toma de decisiones sobre menores:

1.-Derecho a la intimidad y derecho a la vida privada y familiar

2.-Derecho a no ser separado de sus padres, tutores o guardadores.

3.-Derecho a la defensa y derecho a ser oído.

4.-Derecho a mantener relaciones personales.

Y previamente a todo ello hemos de dedicar un apartado al estudio del interés del menor como principio guía de toda la actuación del sistema de protección.

Los derechos de los menores los estudiaremos desde el punto de vista de la seguridad jurídica, analizando la legislación reguladora de los mismos, en el ámbito internacional, nacional y autonómico; así como la jurisprudencia emanada del TEDH, el cual se ha pronunciado de forma reiterada sobre los mismos, el Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo y las resoluciones judiciales dictadas por las Audiencias Provinciales. Dicho estudio servirá de base para analizar en los capítulos posteriores las medidas de protección, ya que es innegable la relación existente

entre el derecho a la intimidad, la vida familiar y privada, o el derecho a mantener relaciones personales, con la adopción de decisiones relativas a guarda, desamparo o acogimiento y adopción.

1. EL INTERÉS DEL MENOR

En este apartado vamos a estudiar en primer lugar lo que se entiende por interés del menor, para, seguidamente examinar cómo se aplica este concepto por nuestra legislación y jurisprudencia, apuntando criterios que otorguen seguridad jurídica a una noción tan compleja como la que examinamos. Finalmente analizaremos quién decide cuál es el mejor interés para el menor y quién defiende el mismo.

1.1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE INTERÉS DEL MENOR

Si realizamos una lectura de las resoluciones judiciales y administrativas y de la normativa autonómica, estatal e internacional relativa a menores, observaremos que en prácticamente todas ellas se hace referencia al interés del menor. Al dar un repaso de las resoluciones de las Audiencias Provinciales¹⁶⁹ y de los Juzgados de Primera Instancia¹⁷⁰, así como en las resoluciones dictadas por las Entidades públicas encargadas de la protección de menores de nuestro país (de las que traen causa las primeras), con relación a cuestiones de desamparo y de menores en general, podemos concluir que, en concreto, el artículo 3 de la CNUDN¹⁷¹, con referencia al interés superior del menor, es el más citado.

La evolución de la intervención pública en el ámbito de la protección de menores es paralela a la introducción a este concepto que se realiza por la legislación. El interés del menor, es considerado como un principio general del derecho, informador, por tanto del resto del ordenamiento jurídico, en los términos del

169. Así, a modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 16 noviembre 1993 (AC 1993, 2241) con relación al derecho de visitas; al acogimiento, el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 2 marzo 1993 (AC 1993, 372) y Auto de la Audiencia Provincial Madrid de 13 diciembre de 2005 (JUR 2006, 56603); a la guarda de hecho, el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 24 marzo 1992 (AC 1992, 516) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 20 enero de 2006 (JUR 2006, 129140); al desamparo el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 septiembre 1992 (AC 1992, 1326) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 16 de enero de 2006 (JUR 2006, 142465); a la adopción, el Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 18 enero 1994 (AC 1994, 99); y el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Cantabria, de 11 febrero 2003, sobre internamiento en centro de socialización (JUR 2003, 60023).

170. Entre otros, el Auto del Juzgado de Primera Instancia Pamplona de 26 enero de 2005 (AC 2005, 180), sobre adopción; el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza 20 de abril de 2004 (AC 2004, 420) sobre secuestro internacional de menores o el Auto del Juzgado de Primera instancia de Santander de 9 marzo de 2001 (JUR 2001, 130308) sobre acogimiento familiar.

171. El artículo 3.1 de la CNUDN dispone 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 que se atenderá será el interés superior del niño.*

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

artículo 1.4 del Código Civil. El artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor dispone que *en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*. Desde el nacimiento de este concepto, su uso se ha generalizado de forma absoluta en la legislación y la jurisprudencia¹⁷², y no sólo ha interesado en el mundo del Derecho¹⁷³, sino que son muchos los estudios realizados al respecto en el campo de la Psicología, Pedagogía y Sociología, habiendo sido el tema central de la exposición de numerosas publicaciones, a las que aludiremos a lo largo de este trabajo. A fin de no perder de vista el objeto de este estudio, habremos de considerar si a la postre, el principio del interés del menor ofrece seguridad jurídica, o si su popularización ha dado lugar a que se convierta en una máxima usada de forma aleatoria en toda norma y en toda resolución y que ha perdido su sentido¹⁷⁴.

Trataremos en primer lugar de definir conceptualmente el principio de interés superior del menor¹⁷⁵. El problema inicial en esta tarea es que las normas del ordenamiento jurídico internacional, nacional o autonómico no han procurado dicha definición, siendo así por la dificultad que la misma entraña¹⁷⁶. Por su parte la doctrina, más que definir el mismo ofrece criterios orientativos. M. ALONSO PÉREZ, lo relaciona con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad, la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico,

172. En este sentido ver las referencias a las que alude LINACERO DE LA FUENTE, M., en «Protección jurídica del menor», Montecorvo, SA, Madrid, 2001, cit., pg. 54 y siguientes, en que menciona normas de todo ámbito que citan este principio, y expone ejemplos de la jurisprudencia nacional e internacional que lo mencionan. Igualmente LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. (Coord.), en «Los menores en el Derecho español», ob. cit., pgs. 98 y ss.
173. DE URBANO CASTRILLO, E., en «La Pericial Sicológica (A propósito de la STS 2ª 1579/2003, de 21-11-03)», Actualidad Jurídica núm. 609 (BIB 2004, 46), Aranzadi Pamplona. 2004, analiza la importancia de la pericial sicológica, en general y de cómo la psicología, considerada en sus inicios una parte de la filosofía, ha alcanzado la autonomía científica hace ya décadas, al contar con un objeto y metodología del conocimiento propio y específico, poniendo de manifiesto cómo nadie desconoce la implicación de unas disciplinas científicas en otras, lo cual obliga a poner en liza, simultáneamente: la sociología, la psiquiatría, la estadística, el derecho...
174. RIVERO HERNÁNDEZ, F., en «El interés del menor», Dykinson, Madrid, 2000, cit., pgs. 43 y ss. estudia la cuestión de la sobrevaloración del interés del menor y plantea que en todo caso la interpretación de dicho principio ha de ser lo más adecuada a nuestra sociedad y momento, a los intereses y valores preponderantes en esa sociedad en que se ha dado esa normativa, y que se aplique luego con la mayor racionalidad y prudencia. LÁZARO GONZÁLEZ I. E. (Coord.), en «Los menores en el Derecho español», ob. cit., pg. 109, hace un repaso de las críticas que ha recibido este concepto en cuanto a su virtualidad práctica, sugiriendo que plantea más dudas que respuestas y que podría ser contraproducente en muchos aspectos.
175. NAVARRO ATIENZA, M. A., en *La legislación sobre la protección jurídica del menor y los conceptos jurídicos indeterminados*, en «Protección jurídica del menor», Comares, Granada, 1997, cit., pgs. 177-182, señala cómo de esta característica deriva necesariamente una labor hermenéutica del mismo.
176. RIVERO HERNÁNDEZ, F., en «El interés del menor», ob. cit., pg. 51, realiza un amplio análisis sobre esta cuestión. Como señala DAGNINO, en «Potestad parentale e diritto de visita», Dir. Fam. E. Per., 1975, cit., pg. 1525, citado por LINACERO DE LA FUENTE, M., en «Protección jurídica del menor», ob. cit., pg. 57, qué deba entenderse por interés del menor, ninguna ley lo dice, ni podría hacerlo satisfactoriamente, habida cuenta de que toda precisión *a priori* podría pecar por exceso o por defecto.

ético y cultural¹⁷⁷. F. RIVERO HERNÁNDEZ., señala que ni el interés del menor ni la personalidad son algo abstracto y aséptico, sino que se refiere a una realidad humana pluridimensional: su salud y su bienestar psíquico, su afectividad comprendida, junto a otros aspectos de tipo material¹⁷⁸. E. ROCA I TRIAS, lo define partiendo de la base de que el menor es titular de derechos fundamentales porque tiene personalidad jurídica desde el momento de su nacimiento, y lo identifica con la protección de aquellos derechos que el Ordenamiento jurídico atribuye, con la categoría de fundamentales, a las personas¹⁷⁹. Y, resulta igualmente interesante la definición que de este principio da la Ley catalana 8/1995, de 27 de julio de Atención y Protección de los Niños y Adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre Medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción, que lo concreta algo más. En su artículo 3 dispone 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. Para la determinación de dicho interés debe tenerse en cuenta, en particular, los anhelos y opiniones de los niños y los adolescentes, y también su individualidad en el marco familiar y social.*

En cuanto a nuestro a nuestro Tribunal Constitucional, también se ha pronunciado al respecto, resultando ejemplar lo dispuesto en la Sentencia 141/2000, de 29 de mayo de 2000 (RTC 2000, 141)¹⁸⁰ que establece que *el interés del menor debe interpretarse no como una discriminación positiva, sino que se trata sencillamente de hacerle justicia en su vertiente existencial y de garantizarle su status de persona y los bienes y derechos fundamentales de la misma que por su mera calidad de persona le corresponde, a fin de que lleguen a ser mañana ciudadanos activos y perfectamente integrados en la sociedad.*

1.2. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS DEL MENOR

Hemos mencionado más arriba que el artículo 2.1 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, y el Código Civil recogen este principio. Con relación a las medidas de protección, en su artículo 172.4, establece que *se buscará siempre el interés del menor*. Igualmente las legislaciones autonómicas mencionan de forma

177. En «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996...», ob. cit., pg. 24.

178. RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El derecho de visita», J. M. Bosh Editor, SL Madrid, 1997, cit., pg. 157. El mismo autor en *La guarda y custodia de los hijos y el derecho de visita tras la crisis matrimonial*, en «La situación jurídica de la mujer en supuestos de crisis matrimonial», ob. cit., pg. 63, describe la idea del interés del menor como algo no absoluto, sino que varía según la evolución de la vida social y sus valores preponderantes en un sistema de organización social y jurídica determinada, y según el lugar, el tiempo, las tradiciones y las costumbres. Esto obliga a tomar en consideración, a la hora de valorarlo, las convicciones y la sensibilidad social del grupo y del *hic et nunc* correspondiente, con ayuda de datos y criterios sociológicos, psicológicos, éticos y demás.

179. En «Familia y cambio social (de la casa a la persona)», Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, cit., pg. 220.

180. BOE núm. 156 de 30 de junio 2000.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

sistemática en sus primeros capítulos y a través del articulado la obligatoriedad de su aplicación¹⁸¹.

Sin embargo, no se realiza en nuestra legislación una concreción de la forma de aplicación del mismo. Encontrándonos ante un concepto jurídico indeterminado, algunos autores han buscado soluciones frente a esta indeterminación¹⁸². Señalábamos al principio de este trabajo, al estudiar los conceptos jurídicos indeterminados, cómo la Ley se refiere a una esfera de realidad cuyos límites no están precisados en su enunciado y, sin embargo, dicha indeterminación no se traduce en una indeterminación de la aplicación del mismo, la cual sólo admitirá una solución justa en cada caso. Aunque la norma habilitante no contenga criterio alguno, éste puede encontrarse en otra norma del resto del ordenamiento. En la normativa de protección de menores son muy usuales los conceptos jurídicos indeterminados (a modo de ejemplo los artículos de las distintas normativas autonómicas, en que se precisan las causas de desamparo¹⁸³) y resulta frecuente, que en la interpretación y aplicación de los mismos se acuda al interés del menor, que ya de por sí es un concepto indeterminado. Si una resolución administrativa o judicial señala que un menor se encuentra en situación de desamparo por privación de la necesaria asistencia moral, y aludimos a su vez al interés del menor, para motivar el contenido de dicha resolución, habremos de acudir en primer lugar a lo que se entienda por privación de asistencia en la jurisprudencia y en la normativa, y por último, en caso de que de la aplicación de la misma aún no quede concretado, se podrá acudir al principio interés del menor. Pero en todo caso habrá que motivar en qué consiste dicho interés y los criterios para determinar el mismo.

No definen nuestros textos legislativos la forma de aplicación de este concepto, limitándose a realizar referencias generales al mismo. ROCA I TRÍAS, E.¹⁸⁴, distingue dos técnicas de concreción de dicho interés:

a) La técnica de la cláusula general. Ésta es la usada en nuestro ordenamiento jurídico. El interés del menor se emplea por la legislación como principio multicompreensivo, que implica la necesidad de trasladar a cada caso concreto la determinación del mismo. El mayor inconveniente de este método es la inseguridad jurídica que ello puede provocar¹⁸⁵.

181. A modo de ejemplo el artículo 3.3 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, menciona *la prevalencia del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo concurrente*, y el artículo 4 de Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia, señala los principios rectores del sistema de protección de la Comunidad *en base al principio de la prevalencia del interés del menor*.

182. Estudia esta cuestión LÁZARO GONZÁLEZ I. (Coord.) en «Los menores en el derecho español», ob. cit., pgs. 107 y ss.

183. Así el artículo 23 de la Ley 1/1998 de los derechos y la atención al menor en Andalucía, que menciona el abandono, o la convivencia en un entorno sociofamiliar que deteriore la integridad moral o perjudique el desarrollo de la personalidad.

184. En «Familia y cambio social (de la “casa” a la persona)», ob. cit., pg. 211.

185. Así lo expresa, RIVERO HERNÁNDEZ, F., en «El interés del menor», ob. cit., pg. 59.

b) Técnica de la concreción del interés del menor según criterios normativos preestablecidos, usada por los ordenamientos anglosajones¹⁸⁶. Reglas que han sido igualmente criticadas por la necesidad de analizar caso por caso.

No habiendo establecido criterio alguno el legislador, señala la doctrina la necesidad de tomar en consideración los siguientes, a fin de determinar el concreto interés del menor:

a) La determinación del interés del menor se ha de realizar en relación con el respeto a los derechos fundamentales del niño consagrados en la CNUDN¹⁸⁷.

b) La concreción del interés del menor se ha de realizar bajo la óptica del respeto de los derechos fundamentales de nuestro texto constitucional¹⁸⁸. Cuando la Entidad pública adopta medidas de protección mediante resoluciones administrativas o cuando los órganos jurisdiccionales toman decisiones sobre los menores, no pueden perder la perspectiva del necesario respeto a dichos derechos, procurando que únicamente se efectúen injerencias en derechos fundamentales (esencialmente en el derecho a la intimidad o el derecho a la vida privada y familiar), cuando ello quede justificado, y precisamente en interés del menor.

c) El hecho de que la decisión se justifique sobre el principio del interés del menor, no debe implicar arbitrariedad¹⁸⁹. Tal como exponíamos más arriba, en términos generales, una decisión de cualquier poder público se considera arbitraria cuando no es el resultado de un proceso de aplicación de las reglas del ordenamiento jurídico, sino el fruto de una manifestación de la voluntad particular del órgano que la adopta, sin una cobertura razonable en la Constitución o en las demás reglas que constituye el Derecho vigente en un momento dado. Aplicando los criterios estudiados en el capítulo relativo a la interdicción de la arbitrariedad, el uso del principio del interés general en las decisiones judiciales y administrativas será acertado cuando cumpla los siguientes criterios, que darán seguridad jurídica a la decisión adoptada con base al principio de interés superior del menor:

186. La *Children Act* de 1989 (http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1989/Ukpga_19890041_en_2.htm#mdiv1) lo concreta en los siguientes criterios usados por la jurisprudencia, en la sección 1-3: a) los deseos y los sentimientos del niño (considerados a la luz de su edad y su discernimiento); b) sus necesidades físicas, educativas y emocionales; c) el efecto probable de cualquier cambio de situación; d) su edad, sexo, ambiente y cualquier característica suya que el tribunal considere relevante; e) algún daño sufrido o riesgo a sufrirlo; f) capacidad de cada progenitor o de la persona tomada en consideración, para satisfacer sus necesidades; g) el rango de facultades a disposición del tribunal.

187. LINACERO DE LA FUENTE, M., en «Protección jurídica del menor», ob. cit., pg. 60, al iniciar el estudio de los derechos de los menores, comienza analizando el principio del *favor filii*, y admitiendo que sólo la casuística puede perfilar el concepto jurídico indeterminado del interés del menor y expresa la siguiente opinión: la noción del interés del menor debe determinarse poniendo en relación dicho principio con el respeto de los derechos fundamentales del niño consagrados en el derecho internacional.

188. Acerca de esta cuestión, se pronuncia ALÁEZ CORRAL, B., en «Minoría de edad y derechos fundamentales», Tecnos, Madrid, 2003, cit., pg. 167. Y así lo expresa, entre otros, el Auto de la Audiencia Provincial de Teruel de 7 de julio de 2004 (AC 2004, 1036), que señala que *es cierto y nadie lo discute, que toda la legislación y no sólo la civil se orienta en el sentido de elevar a un rango de Derecho Fundamental el interés del menor*.

189. LINACERO DE LA FUENTE, M., en «Protección jurídica del menor», ob. cit., pg. 61.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

- No separarse de la idea de previsibilidad de la actuación (en el caso de la Administración del precedente administrativo y en el de los Tribunales, de los criterios jurisprudenciales).
- Cumplir con el principio de confianza legítima.
- Cumplir con el principio de igualdad frente a la Ley.
- Motivar razonadamente la decisión.

d) No se debe obviar, al decidir sobre el interés del menor, que los derechos de los menores se encuentran recogidos en las leyes nacionales e internacionales¹⁹⁰.

e) Las autoridades judiciales y administrativas han de realizar cuantas diligencias estimen oportunas para asegurarse de cuál es, en cada caso concreto, el interés del menor¹⁹¹.

f) El interés del menor condiciona la normativa y a los que la aplican, es un criterio de integración y una cuestión de orden público. El principio del interés del menor sirve de criterio hermenéutico¹⁹² a la hora de actuar tanto la Administración y los Tribunales, debiendo tomar siempre la medida que más convenga, en todo momento, en cualquier fase del procedimiento administrativo o judicial. Además las cuestiones relativas a los menores en el sistema de protección, son consideradas de orden público, por lo que más allá del *petitum* de las partes, la Administración y los Tribunales tienen por último fin velar por el interés del menor, al ser considerada esta materia una cuestión de orden público¹⁹³.

190. CALVO CARAVACA, A. L. y CASTELLANOS RUIZ E., en «El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales», Colex, Madrid, 2004, cit., pg. 297, menciona cómo el interés superior del menor se convierte en factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado, y ello es así en la medida en que los textos normativos que se han ido elaborando y que tienen como objetivo la protección del menor, han ido incorporando progresivamente soluciones flexibles y disposiciones materialmente orientadas, persiguiendo hacer prevalecer con estas fórmulas el principio que las origina y que es su fin en sí mismo.

191. Así lo expone CALZADILLA MEINA, M. A., en «La adopción internacional en el derecho español», ob. cit., pgs. 45-46.

192. FERNÁNDEZ CASADO, M. D., *Una aproximación al principio del interés superior del menor*, en «Protección jurídica del menor», Comares, Granada, 1997, cit., pg. 251, así lo interpreta. Por su parte RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La protección del menor en Andalucía*, en «Los derechos de los menores a la luz de la Ley 1/1998 de los derechos y la atención al menor, de la Comunidad Autónoma de Andalucía», Comares, Granada, 1999, cit., pg. 12, lo eleva a principio de obligado cumplimiento para todo aplicador del derecho; como guía, obligación a seguir en sus comportamientos por las personas, instituciones u organismos que, en un caso concreto, adopten medidas con relación a menores.

193. Como señala el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 23 de marzo de 2006 (AC 2006, 781), *ya que las medidas que afectan a menores de edad, deben fijarse siempre en interés de los mismos, con independencia incluso de lo pedido por las partes en litigio, lo cual no vincula en absoluto, por tratarse de cuestiones de orden público (...), se deben modificar las medidas en función del principio del «favor minoris» en relación a lo peticionado por las partes, a diferencia de la aplicación en las peticiones de separación, nulidad o divorcio y de las medidas afectantes exclusivamente a los consortes, debido al carácter tutelable de oficio, de ahí la necesaria intervención del Ministerio Público.*

1.3. INTERÉS DEL MENOR: QUIÉN DECIDE CUÁL ES EL INTERÉS DEL MENOR, QUIÉN DEFIENDE ESTE INTERÉS

Existen dos actores esenciales que han de procurar que se cumpla con el mejor interés del menor: la familia y el Estado¹⁹⁴. Tal como estudiamos a lo largo de este trabajo son muchas las personas, físicas y jurídicas que intervienen en el proceso de toma de decisiones sobre el menor, en el ámbito del sistema de protección del menor. Dado que nuestro estudio versa sobre la protección y seguridad jurídica de los menores desde la perspectiva de este sistema, nos centraremos en la propia Entidad pública como órgano decisorio de este interés y en las personas que ejercen la guarda y custodia de los menores. Tomaremos en consideración al menor, como parte esencial al decidir sobre dicho interés y realizaremos igualmente una aproximación a otras figuras jurídicas que inciden en la decisión sobre el interés del menor y su defensa, como el Ministerio Fiscal o el defensor judicial.

1.3.1. La Administración pública ante el menor: interés general *versus* interés del menor

La Administración pública, de un lado, tiene encomendada a través de la Ley, la protección de los menores¹⁹⁵. De forma muy concreta se especifica dicha obligación en el artículo 11 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, que regula los principios de la actuación administrativa, recogidos a su vez en las legislaciones autonómicas¹⁹⁶. Dicho artículo hace referencia a políticas integrales de protección de la infancia, políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales, así como a la obligación de la Administración de tomar en consideración las necesidades de los menores al ejercer sus competencias (en materia sanitaria, educación, consumo, vivienda...). Todos estos principios son de carácter general y expresan la obligación de las Entidades públicas de ejercer el fin que

194. En la ponencia *El rol garantista de la patria potestad para el desarrollo integral de la niñez y adolescencia*, en «El derecho de familia ante el siglo XXI, aspectos internacionales» (CALVO CARAVACA, A. L. y CASTELLANOS RUIZ, E., directores), Colex, Madrid, 2004, cit., pg. 89, BARLETTA VILLARÁN, M. C., menciona la presunción de que los progenitores serán capaces y asumirán con responsabilidad la crianza y cuidado de sus hijos, apuntando la presunción a favor de la autoridad paterna libre de la intromisión coactiva de agentes del Estado. Sólo al desvirtuarse esta presunción legal, la intromisión estatal en el ámbito familiar estará justificada, por hacerse necesario que los agentes estatales establezcan límites a las potestades que hayan sido natural y legalmente otorgadas a los progenitores. Así, el Estado asume supletoriamente el rol garante de la condición jurídica de sujetos de derechos de niños, niñas y adolescentes, al buscar garantizar su derecho al desarrollo integral.

195. BACHS STANY, J. M., en «*La Actuación de los poderes públicos en el ámbito autonómico*», en «Explotación y protección jurídica de la infancia», VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.), y COLLADO FIGUERAS Y., «Criterios de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre protección de menores», ob. cit., pg. 139, menciona que la competencia en materia de protección de menores es constitucional y estatutariamente de la Comunidad Autónoma correspondiente, quedando el Ministerio Fiscal como garante del buen funcionamiento de todo el sistema de que ésta establezca, regulación que tiene como finalidad el interés exclusivo predominante del menor.

196. Entre otros, el artículo 3 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, el artículo 4 de la Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y Adolescencia o el artículo 3 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

le es propio a la Administración pública, hacer que se cumpla con el interés general. En el apartado de este estudio relativo a seguridad jurídica y poderes públicos, hemos mencionado el interés general como principio de la actuación administrativa. Es el propio texto constitucional, en su artículo 103.1, el que dispone que *la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales*¹⁹⁷. La legislación se ha encargado de constatar las necesidades, valores y prioridades de la sociedad y la Administración es la facultada de velar porque los mismos sean cumplidos.

Pero junto a estos principios generales de actuación o competencias que atañen al interés general, la Entidad pública ejerce otro papel bien distinto, en este caso sometido a normas de derecho privado, pero desde su posición jurídica de Administración pública: la guarda y la tutela de los menores a través de las figuras jurídicas reguladas en los artículos 172 y siguientes del Código Civil¹⁹⁸. La legislación ha precisado que la Administración ha de velar por un interés concreto, no general, esto es, el interés de cada menor en cada caso específico¹⁹⁹. En ese momento, de un lado la Administración no puede obviar que siempre ha de actuar conforme al interés general, pero, a su vez, ha de actuar tal como actuaría un padre o madre conforme a los artículos 154 y siguientes del Código Civil y conforme a las normas reguladoras de la tutela, esto es, sometida al Derecho privado y centrando su interés en el sujeto objeto de protección: el menor. De hecho, las normas se han encargado de configurar un sistema en que la sociedad y, en particular, los menores, puedan confiar en la defensa de ese interés concreto por parte de la Administración. Es muy explícito a este respecto el artículo 10 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor que dispone que los menores *podrán solicitar la protección y tutela de la Entidad pública competente*. A fin de cuentas, el sistema de protección alza a la Entidad pública como depositaria de la confianza del menor frente a cualquier situación de desprotección que pueda sufrir. Artículos como el mencionado posi-

197. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en «Reflexiones sobre la Ley los principios generales del Derecho», Cívitas, Madrid, 1984, cit., pgs. 104 y ss. plantea cómo el Estado está vinculado al Derecho, en el sentido de valores materiales y principios generales. El Derecho, insiste, no es sólo forma (y cita a BRENDA, E.), sino que comprende principios fundamentales positivados, a los cuales todos, y también el Estado mismo, están sometidos.

198. VILLAR PALASÍ, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L., en «Principios de Derecho Administrativo», Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1984, cit., pg. 43, ponen de manifiesto las zonas de fricción del ordenamiento administrativo ante la utilización del Derecho privado: la sumisión de la Administración a las formas y reglas propias del Derecho privado, implica, en todo caso, una elección previa en aras de una mayor agilidad para la consecución del interés general (que es el fin último y primordial por el que debe guiarse toda la actuación administrativa).

199. Señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo de 2000 (BOE núm. 156, de 30 de junio 2000) lo siguiente: «*así pues, 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 otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el "superior" del niño*» (citado igualmente en Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1994); Sentencia del Tribunal Constitucional 260/1994, de 3 de octubre (BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1994 [RTC 1994, 260]); Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1995, de 17 de marzo (BOE núm. 98, de 25 de abril de 1995 [RTC 1995, 60]); Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1999, de 15 de julio (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1999).

cionan a la Administración como garante de los derechos y promotora del interés específico de cada menor, dando a éste una confianza legítima de que lo que la Administración promoverá será siempre su interés.

Y en este punto hemos de plantearnos: ¿es siempre compatible la defensa del interés general con ese interés particular? A fin de ejemplificar nuestro argumento, haremos referencia a un tema socialmente muy debatido y que refleja fielmente lo que hemos expuesto. Es de interés general llevar a cabo una determinada política de inmigración y es competencia de la Administración gestionar la misma. Y es de todos sabido que entre la población inmigrante existe un buen número de menores de edad. En aplicación de las normas de derecho convencional sobre la infancia, el Estado puede acordar una determinada política de repatriación de los menores a sus Estados de origen, concretándose en ese punto el interés general. Sin embargo, al aplicar esa norma, se ha de tomar en consideración el interés concreto del menor que se encuentra bajo la guarda o tutela de la Entidad pública. Han saltado a la prensa numerosas denuncias realizadas en los últimos meses tanto ante Juzgados²⁰⁰, como ante las Oficinas del Defensor del Pueblo, en que se ponen de manifiesto cómo la Administración persigue fines en su actuación con los menores, que se alejan del interés concreto del menor en cada caso.

1.3.2. Interés del menor *versus* interés familiar

Partiendo del principio de la mínima injerencia en la vida familiar, debe ser en primer lugar desde este ámbito desde donde se defienda y decida el interés del menor. Pero debido a que las medidas de protección están orientadas a proteger al menor en muchas ocasiones, precisamente separándolo de su medio natural (que a veces coincide con el biológico pero en otras puede ser por ejemplo el adoptivo), puede existir una contraposición de los intereses de aquéllos que atienden al menor con los intereses de éste, por lo que en ciertos casos nos encontramos

200. FÁBREGA RUIZ, C. F., en «Protección jurídica del menor inmigrante», Colex, Madrid, 2001, cit., pg. 155, señala cómo las obligaciones relativas a la documentación y regularización de la residencia de los menores desamparados se encomiendan por ley a las Entidad públicas, sin embargo este planteamiento es más teórico que práctico, ya que en materia de extranjería una cosa es la ley y otra la realidad (...) parece como si en este mundo se admitiera el incumplimiento sistemático de las leyes por quienes están obligados a cumplirla (...) lo normal es que los menores pasen varios años bajo la tutela de la Administración pública sin ser documentados, pasando a los 18 años a la ilegalidad sin que nadie haga nada por evitarlo. El diario El Mundo de 7 de abril de 2006 publica la siguiente noticia: el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 14 de Madrid ha ordenado suspensión «cautelarísima» de la repatriación de un menor expulsado a Marruecos, justo antes de que su avión partiera. El menor había sido detenido de madrugada, sin posibilidad de llamar a su abogado, sin ver la orden de repatriación y sin que nadie le preguntara si quería regresar a su tierra. Igualmente el Defensor del Pueblo recibe un informe de varias ONG que acusa al Estado de ilegalidades en la protección de jóvenes extranjeros. Según esta denuncia, la protección y tutela de los menores extranjeros no acompañados presenta numerosas y graves irregularidades que conllevan la vulneración de los «derechos contemplados en la legislación española y autonómica, así como en la legislación europea e internacional». <http://www.elmundo.es/elmundo/2006/04/15/sociedad/1145085853.html>.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

ante un conflicto de intereses: el de los menores y el de su familia o de las personas que los atienden²⁰¹.

Cuando los padres de los menores o sus acogedores o adoptantes luchan ante los Tribunales por el retorno o conservación del menor en el ámbito respectivo, el interés que defienden es el suyo propio, esto es, el mantenimiento del menor consigo (que puede que coincida con el mejor interés del menor o no). Por ello, cuando la Administración o los Juzgados han de decidir, si bien habrán de tomar en consideración los intereses de estas personas, la realidad es que el norte que guiará la decisión será el del propio menor.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que ambos intereses, de la familia biológica y el de los menores son igualmente dignos de protección. En Sentencia 71/2004 del Tribunal Constitucional, de 19 de abril (RTC 2004, 71)²⁰², al analizar la posibilidad de reinserción de una menor con su madre biológica, pone en la balanza el interés del menor y el de aquélla, inclinándose, en todo caso, por el interés del menor por encima del de ésta, señalando que *en todo momento ha tenido en cuenta el interés superior del menor, ponderándolo con el de su madre biológica, que por ser de menor rango, no por ello resulta desdeñable*. El Tribunal Constitucional ha señalado que no es su competencia determinar el interés concreto del menor en el caso determinado, por lo que en sus resoluciones no entra a conocer de esta cuestión específica, sino únicamente a comprobar que por parte del órgano resolutorio se tuvo en cuenta dicho interés²⁰³. Consideramos que este razonamiento se puede vincular al derecho a la defensa objeto del examen del Tribunal Constitucional a través de la aplicación del artículo 24 de la Constitución, con relación al derecho del menor a ser oído y a la motivación de los actos de la Administración y de los Tribunales: en todo caso las decisiones sobre los menores han de ser motivadas en hechos y fundamentos de derecho en que se razone el porqué se ha llegado a la conclusión de cuál es el interés concreto del menor y cómo se ha tenido en cuenta la opinión de éste²⁰⁴.

201. Al desarrollar los criterios de concreción práctica del interés del menor UTERRA GUTIÉRREZ, J. L., señala que se ha de tener en cuenta la perspectiva personal del menor, cuyo interés requiere que se tengan en cuenta sus deseos y expectativas debidamente expuestas, y a su vez, dicho interés está relacionado con su mantenimiento en la familia de origen, salvo que ello no sea gravemente perjudicial para el mismo, en «Tratado de Derecho de Familia» (Coord. GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE, P.), Sepin Jurídica, Madrid, 2005, cit., pg. 293.

202. BOE núm. 120, de 18 de mayo de 2004.

203. El Auto del Tribunal Constitucional 28/2001, de 1 de febrero (RTC 2001, 28), en que se resuelve sobre recurso de amparo por lesión contra el derecho a la integridad física y moral de una menor en acogimiento residencial de menor en centro a cargo de la Junta de Castilla y León en el momento de la reiniciación de convivencia con madre biológica, remarca *que la determinación de cuál sea ese interés superior del menor en el caso concreto es un asunto ajeno a esta jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no a este Tribunal Constitucional, que únicamente podrá comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés, y si no se ha incurrido en la lesión de algún derecho fundamental en los términos indicados*.

204. El Tribunal Constitucional admite en amparo las reclamaciones contra resoluciones de carácter inmotivado o absolutamente estereotipadas, como en Sentencia núm. 363/2006, de 18 de diciembre de 2006 (BOE núm. 22 de 25 de enero de 2007 [RTC 2006, 363]). Sobre el derecho a la integridad moral, relacionado con la necesidad de motivación de las resoluciones y del dere-

El TEDH, sobre el concepto que abordamos, y sobre la importancia que ha de atribuirse al mismo, considera que siempre se ha de conseguir un equilibrio entre los intereses de los progenitores y del menor. Igualmente aborda la cuestión del interés del menor en contraposición de otros familiares, especialmente de los abuelos. En la Sentencia del TEDH de 19 septiembre 2000 (TEDH 2000, 438), caso Glaser contra Reino Unido de Gran Bretaña, señala el Tribunal que *debe establecerse un justo equilibrio entre los intereses del niño y los del progenitor, concediendo, para ello, una importancia especial al interés superior del niño que, según su naturaleza y gravedad, puede prevalecer sobre el del progenitor*. En Sentencia de 16 de noviembre de 1999, (TEDH 1999, 57), caso E. P. contra Italia, plantea la demanda de los abuelos de una menor que ha salido en adopción con una familia. El Tribunal recuerda que, *para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar y que las medidas internas que se lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8*. Ocurre lo mismo cuando se trata, como en este caso, de relaciones entre un niño que ha vivido con sus abuelos. El no regreso del niño a su hogar de origen, constituye una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar, tal como lo garantiza el artículo 8.1. Estudia seguidamente el Tribunal si dicha injerencia se ha producido de forma legítima, y para ello alude al interés de la menor: *hay que procurar un equilibrio justo entre el interés de S. a permanecer estable y el de su familia natural a vivir con ella, el Tribunal concede una particular importancia al interés superior de la niña que, hoy con catorce años, ha manifestado siempre firmemente su voluntad de no dejar a la familia de acogida. En consecuencia, el interés de S. supera al de sus abuelos*.

1.3.3. Cuando el menor decide su propio interés

Resultaría contradictorio que continuáramos analizando el interés del menor, sin prestar atención al punto de vista del propio afectado: el menor. No se debe olvidar en este aspecto lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil, que si bien está referido a los que ostenten la patria potestad, puede ser igualmente aplicado en caso de tutela administrativa: *Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 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*²⁰⁵. La edad del menor y el grado de madurez resultan decisivos a la hora de considerar la opinión del propio menor al tomar decisiones sobre sí mismo. Nuestra legislación alude a supuestos concretos en que la edad del menor ha de ser tenida en cuenta²⁰⁶. Sin embargo, en cada caso, la edad habrá

cho del menor a ser oído, se ha pronunciado entre otras, en Sentencia 221/2002, de 25 de noviembre de 2002 (BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2002 [RTC 2002, 221]).

205. ROGEL VIDE C., en «Derecho de la persona», J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998, cit., pg. 44, menciona cómo la menor edad constituye un estado civil en el que la capacidad del menor se restringe en mayor o menor medida, estableciéndose una situación de dependencia jurídica del mismo respecto de otras personas. La capacidad se presume, en modo tal que las restricciones a la misma son excepciones, habiendo de ser interpretadas restrictivamente, cual establece, por otra parte el artículo 2.2 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

206. A este respecto, HUETE MORILLO, L. M. y MARINA DE ORTA, E., en «La edad en la legislación», Dykinson, Madrid, 2001, cit., pg. 11, apunta cómo son muchas las leyes de nuestro ordena-

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

de ser tomada en consideración de una forma diferente²⁰⁷. Pasamos seguidamente a analizar el derecho del menor a ser oído y la forma de prestarle audiencia.

a) Derecho del menor a ser oído.

Para que el menor decida su propio interés, en primer lugar hay que oírlo. La necesidad de oír al menor ha sido recogida por la legislación nacional e internacional. En concreto se regula en el artículo 12 de la CNUDN²⁰⁸ y el artículo 9 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor²⁰⁹.

miento que en alguno o varios de sus artículos hacen referencia a la edad de la persona. Y ello se debe, principalmente, a que la edad es una de las más importantes causas modificativas de la capacidad jurídica de la persona, entendiéndose por tal la aptitud que la Ley le reconoce para ser titular de derechos y obligaciones; y también de su capacidad de obrar o facultad que se asiste para realizar actos con eficacia jurídica, ya generando un derecho u obligación, ya su modificación o extinción, ya su persecución en juicio. Realizan los autores un amplio catálogo de los artículos de la legislación española en que se toma en consideración la edad del menor en todos los ámbitos del Derecho. COLÁS ESCANDÓN, A. M., «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)», Aranzadi, Navarra, 2005, cit., pg. 62 señala cómo el interés del menor está en función de su edad y personalidad, de modo que un niño de corta edad necesita mayor estabilidad emocional, mientras que un adolescente precisa de más libertad.

Nuestro Tribunal Constitucional igualmente resalta cómo se ha de considerar de forma diferenciada la infancia y la adolescencia: en Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de febrero de 1994 (BOE núm. 65, de 17 de marzo de 1994), con relación a un contrato de seguro, señala que *la razón profunda se encuentra más en el propio individuo que en las circunstancias sociales y tiene que ver directamente con el proceso de maduración de la personalidad. Entre las distintas etapas que componen sucesivamente la biografía del ser humano hay una, la infancia, cuyo límite con la adolescencia pone nuestro ordenamiento jurídico entre los doce y los catorce años, aun cuando haya una cierta tendencia a la prolongación, equiparando el niño al incapaz, tanto en el ámbito civil como en el penal. En la inmadurez de uno y otro, en su desvalimiento, se encuentra pues la raíz de la prohibición de contratar seguros de vida sobre su cabeza (...) la edad que por su propia sustancia tiene un evidente talante objetivo, resulta aquí potenciada hasta convertirla en factor decisivo de un tratamiento distinto, desigual por supuesto, pero más beneficioso o favorable para el menor, respondiendo así a un finalidad constitucionalmente no sólo legítima sino deseable.*

207. Matiza la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo de 2000 (BOE núm. 156, de 30 de junio 2000) lo siguiente, con relación al artículo 16 CE *los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, 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 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 (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el artículo 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).* La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 17 de octubre de 2002 (AC 2002, 1875), con relación al 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señala que *obliga de forma imperativa al Juzgador a oír a los hijos si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años. Dicho precepto legal, recordando el ya antiguo contenido en el Código Civil, es ininterpretable, es decir, la Ley expresamente ha impuesto la obligación del Juez de oír a éstos menores siempre.*
208. Dispone que *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 (...) 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.*
209. Señala lo siguiente: *1. 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. En los procedimientos judiciales, las comparecencias*

El derecho del menor a ser oído ha sido objeto de estudio por parte de nuestro Tribunal Constitucional, precisamente en casos relativos a la revisión de figuras jurídicas del sistema de protección de menores. Existe una doctrina jurisprudencial consolidada a este respecto, según la cual no oír a un menor en un procedimiento que le afecte, puede suponer una vulneración de su derecho a la defensa, en los términos del artículo 24 de la Constitución, y ello implica que el Tribunal Constitucional pueda revisar el caso y acordar el amparo constitucional. Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 221/2002, de 25 de noviembre de 2002 (RTC 2202, 221)²¹⁰, se pronuncia en los siguientes términos: *a estas consideraciones debe añadirse que, al encontrarnos en este supuesto ante un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de una menor, la cual, por la edad que tenía en aquel momento, gozaba ya del juicio suficiente para deber ser oída por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos que el artículo 9 de la Ley de protección jurídica del menor (...) este órgano judicial debió otorgar un trámite específico de audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que también por este motivo debe apreciarse la vulneración del artículo 24.1 de la Constitución*. Y en Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 71)²¹¹, declara *que ha sido vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 Constitución), tanto de los recurrentes, desde la perspectiva de la motivación de las resoluciones judiciales, como de la menor Montserrat E. R., en cuanto procede que sea oída en el proceso en el que se dilucida su guarda y custodia*.

El derecho a ser oído del menor hay que ponerlo, igualmente, en relación al derecho a la participación. Resulta de interés aquí analizar el significado que tienen aisladamente las palabras participar e infancia, y más si éstas van unidas, cuando hablamos de participación infantil. Así como participar significa tomar parte, intervenir, es decir actuaciones de la vida cotidiana para las que la expresión, la opinión, la palabra son instrumentos necesarios, al hablar de infancia encontramos que etimológicamente significa el que no tiene habla, y responde a cómo ha sido considerada la infancia a lo largo de la historia hasta bien entrado el siglo XIX, cuando los niños eran objetos, en unos casos propiedad de los padres o instrumentos de trabajo al servicio del desarrollo industrial. Y no se debe perder de vista que en todo caso oír al menor, no significa necesariamente adoptar la decisión en el sentido propuesto por el mismo. Oír al menor es introducir su pensamiento, opinión o juicio en un proceso judicial o administrativo, pero no se trata de que exprese

del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad. 2. Se garantizará 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. No obstante, 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. 3. 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 aquéllos.

210. BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2002.

211. BOE núm. 120, de 18 de mayo de 2004.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

su voluntad, ni mucho menos que se acuerde en la forma deseada o según la opinión expresada por el menor²¹².

b) Forma de prestar la audiencia al menor.

Llama la atención el 9 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor en el aspecto de la forma de prestar la audiencia, ya que hace mención especial a los procesos jurisdiccionales, no así al resto de audiencias que se prestan al menor, por ejemplo en el ámbito de los procedimientos administrativos de protección de menores, ¿por qué habría de tener más garantías la audiencia prestada ante un Juez que ante un funcionario de una Entidad pública que está valorando la declaración de desamparo?²¹³.

Respecto de la forma en que se ha de oír al menor en los procedimientos administrativos de protección de menores, no implica necesariamente citarlo ante los técnicos que instruyen el caso, ni una audiencia necesariamente formal. Normalmente éstos se harán partícipes de la opinión del menor a través de los educadores, o trabajadores sociales de zona del domicilio del menor, los cuales pueden auxiliar transmitiendo la información a la Entidad Pública. Por ejemplo, en todo procedimiento de desamparo, si el menor tiene suficiente juicio, se debe oír al mismo. No se trata sólo de oír al menor, sino de informarle y orientarle hacia lo que puede ser más beneficioso para él. Por ello es frecuente, que lo que se suele denominar audiencia, consista en una entrevista de tipo psicológico, en la que el técnico debe dar a conocer al menor su situación y reflejar en sus informes el sentir del menor. Resulta muy difícil, a veces imposible, realizar la audiencia previamente a la retirada de un menor del domicilio familiar (puede suponer una alerta a los padres y que no se pueda ejecutar la resolución; o puede no existir acceso al menor por ejemplo porque es absentista...), pero siempre que ello sea posible, se ha de garantizar, y cuando no se pueda realizar, se deben motivar las causas por las que no se hizo. En realidad, además del derecho a ser oído, se trata del derecho del menor a ser informado (de cómo se está realizando una injerencia en su vida privada y en la de su familia, de sus posibilidades de futuro, en fin, de cómo puede influirle cualquier procedimiento en su propia vida cotidiana). Y todo ello se hará de forma progresiva y adecuada a la edad y el grado de madurez del menor.

212. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., en *El menor en las crisis familiares*, «Jornadas sobre derecho de los menores», LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y MAYORAL NARROS, I. V. (Coords.), Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, cit., pg. 188. En nuestra práctica profesional, hemos encontrado con casos como el de un menor de nacionalidad búlgara, ingresado en centro de protección español por negligencia en su cuidado por parte de su madre. Ante menores procedentes de otros países en primer lugar es preciso buscar al otro progenitor, para comprobar si lo puede atender. En el caso mencionado, oído el menor, expresa su deseo de no volver a su país, ya que quería seguir viviendo en el centro de protección en España y se negaba rotundamente a regresar. Sin embargo, el análisis completo de su situación, teniendo el menor sólo 14 años, llevó a la conclusión de que la mejor alternativa era el retorno con su padre. Para ello, por parte del personal educativo y los psicólogos que atendían el caso fue necesario realizar una intensa labor con el menor para efectuar su retorno, ya que este se negaba a incluso a subir al avión.

213. En el mismo sentido se pronuncia LINACERO DE LA FUENTE, M., en «Protección jurídica del menor», ob. cit., pg. 132.

Cuando los menores están ingresados en centro de protección, sí debe quedar reflejado en el expediente administrativo que se ha garantizado este derecho. Además la audiencia no se presta en ocasiones en un solo acto, sino que los educadores, psicólogos y demás profesionales podrán reflejar en sus informes la voluntad del menor. En la práctica, sin embargo, suele suceder que la audiencia al menor, sobre todo en casos de malos tratos o abusos, en que intervienen distintos agentes, se repita varias veces, constituyendo una revictimización del menor que se debe evitar. Por ello sería conveniente que una vez prestada la audiencia, y constanding en informe del profesional que en primer lugar haya intervenido, el resto de profesionales se abstengan de reiterar la misma²¹⁴. La realidad es que la actual regulación de los procesos civiles de protección de menores insiste en la necesidad de que el menor sea oído (en aplicación además del artículo 9 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor), y esto es correcto, lo que no lo es tanto, a nuestro criterio, es que no se haga en los términos que hemos mencionado.

Respecto de la audiencia prestada a los menores en los procesos judiciales, igualmente resulta cuestionable que en la actualidad se efectúe en las condiciones más adecuadas, ni que quede garantizada la no revictimización del menor. J. EZQUERRA UBERO, extrae de la experiencia de diversos profesionales las deficiencias en la actual regulación del derecho de audiencia al menor, en concreto, la necesidad de una mayor precisión en cuanto al contenido y límites del derecho del menor a ser oído, así como de que se regulen aspectos concretos como los siguientes: la no repetición de la opinión del menor en casos que puede producir revictimización, en la valoración del trámite de audiencia evacuado un elemento fundamental debe ser el interés del menor; que el respeto de la opinión del menor no implica atenderse siempre a sus deseos; deben motivarse las decisiones en las que se acuerda no dar audiencia al menor; en la audiencia del menor extranjero no acompañado debe tomarse en consideración la peculiaridad de su situación, así como la necesidad de que sean profesionales especializados los que realicen la audiencia al menor²¹⁵. Igualmente conocemos por nuestra práctica profesional como no existe una buena coordinación respecto de la información existente sobre los menores en Juzgados y Administración, de forma que se revictimiza innecesariamente a los menores por la mencionada falta de regulación adecuada sobre esta cuestión. Como ejemplo de ello las citaciones para exploración judicial en casos malos tratos o abusos sexuales, de menores ingresados en centros de protección sin previamente solicitar el expediente administrativo de desamparo en que en ocasiones consta información determinante (como el caso de una menor de cuatro años víctima de abusos sexuales por su madre psicótica, en que la menor declara ante la pediatra del centro de forma completa los abusos sufridos, y que es citada sin que previamente el Juez haya tenido acceso a esa declaración).

214. No ocurre así en muchos casos (tal como hemos podido comprobar en nuestra práctica profesional), ya que es frecuente que tras ser explorado en un hospital, lo sea de nuevo en el Servicio de Protección correspondiente y posteriormente ante un Juez.

215. En «Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías» (MARTÍNEZ GARCÍA, C., Coord.), cit., pgs. 130 y ss.

Resulta cuestionable, en ocasiones, la conveniencia de notificar a los menores las resoluciones administrativas y judiciales que les afectan²¹⁶. Teóricamente los primeros interesados en el procedimiento administrativo son los niños y niñas sobre los que se dicta la medida. Pero una cosa es su interés superior y otra el papel que como interesados en el procedimiento puedan tener. Y ello es así porque hay que debatir si realmente al menor se han de notificar las resoluciones de desamparo o acogimiento cuyo contenido hará referencia en su motivación a información sobre sus padres que quizá sea mejor que desconozcan, o al menos, cuyo contenido vayan conociendo conforme a su grado de madurez y edad (se hace referencia en numerosas ocasiones a prostitución, alcoholismo, toxicomanías, violencia de género, con descripción completa de episodios de la vida de sus padres que posiblemente no resulte conveniente conocer a través de una resolución administrativa).

1.3.4. La defensa del interés del menor en ausencia de padres o tutores

Es relativamente frecuente, en el sistema de protección de menores, encontrarnos ante situaciones en que si bien no existen personas que le representen legalmente, tampoco se ha dictado aún resolución de desamparo (por ejemplo es usual dicha situación respecto de los menores inmigrantes no acompañados, porque se dicta acuerdo de inicio de procedimiento, sin declaración provisional; o porque permanecen en situación de atención inmediata, sin que se dicte medida alguna). Igualmente existen situaciones en que si bien se detecta una posible situación de tutela, en tanto se inicia la tramitación de la misma, el menor no está representado de forma adecuada. En estos casos el interés del menor ha de quedar igualmente protegido, ya que el mismo se encuentra limitado para representarse por sí solo por su falta de capacidad.

El Código Civil, en los artículos 299 y siguientes ha regulado tres figuras a las que se les encomienda esta función de defensa de los intereses del menor: el defensor judicial, el Ministerio Fiscal y el administrador de bienes.

La figura del defensor judicial puede constituirse cuando existe medida de desamparo, estando por tanto el menor sometido a tutela pública, en caso de conflicto de intereses entre el interés general de la actuación administrativa y el interés particular del menor²¹⁷. Pero dicha figura también podrá instituirse conforme a lo

216. Por ejemplo, el artículo 29.1 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de la Junta de Andalucía, dispone que *la resolución deberá ser notificada a los padres que no se hallen privados de la patria potestad, a los tutores y guardadores, así como a los menores, según su grado de madurez, y en todo caso, cuando ya hubieren cumplido doce años.*

217. Es esta una figura compatible con la existencia de los demás mecanismos tutelares, incluida la patria potestad, así lo menciona LASARTE ÁLVAREZ, C., en «Principios del derecho civil, Parte General y Derecho de la persona», Trivium, Madrid, 1995, cit., pg. 257. Y así la contemplan expresamente algunas normas autonómicas como el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de la Junta de Andalucía, en su artículo 17.2, que dispone que *cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores sometidos a la guarda de la Administración de la Junta de Andalucía y quienes tengan su patria potestad o tutela, se instará el nombramiento de un defensor judicial.*

dispuesto en el artículo 299.2 del Código Civil, *cuando, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñen sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona para desempeñar el cargo.*

Como órgano imparcial en la defensa del interés del menor, sitúa igualmente nuestra legislación al Ministerio Fiscal. En concreto el artículo 174 del Código Civil lo erige en superior vigilante de la tutela, el acogimiento y la guarda de menores. El Ministerio Fiscal puede actuar antes de que se dicten medidas de protección del menor, bien sugiriendo las mismas a la Entidad pública (poniendo en conocimiento la posible situación de desamparo) o dicha vigilancia se puede concretar en la promoción ante el Juez de las medidas de protección que estime oportunas (promoviendo la tutela, la guarda judicial, el nombramiento de defensor judicial...). El papel del Ministerio Fiscal en este caso es de representación y defensa de la persona del menor; sus funciones serán como las de un tutor, y estarán referidas siempre a la esfera personal del menor, ya que para el ámbito estrictamente patrimonial la norma se refiere a la figura del administrador de bienes.

Existe un momento temporal en el que la defensa del interés del menor por parte del Ministerio Fiscal resulta esencial: cuando se tiene conocimiento de que una persona ha de ser sometida a tutela y hasta que se dicte resolución judicial al efecto²¹⁸. Pone de manifiesto L. SANZ MARTÍN, cómo en consonancia con el interés público y el del tutelado, la Ley quiere que la tutela se constituya inmediatamente que surge su necesidad, bien de oficio o a instancia de parte o mediante el ejercicio de la acción pública de denuncia que es obligatoria para ciertas personas y para el Ministerio Fiscal, pero mientras esto sucede es necesario que se constituyan medidas provisionales de protección²¹⁹. Y nuestra legislación no prevé medida de protección concreta en este momento, sino que asigna la defensa del interés del menor al Ministerio Fiscal, en los términos de lo dispuesto en el artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal²²⁰.

218. El artículo 299 bis del Código Civil dispone que *cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Juez podrá designar un administrador de los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida.*

219. En «La tutela del Código Civil y su antecedente histórico, la tutela romana», Dykinson, SL, Madrid, 1998, cit., pg. 80. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., en «El desamparo de menores», Aranzadi, Pamplona, 2005, cit., pgs. 111 y ss., realizamos un análisis de la actuación de los distintos órganos implicados en un caso de protección de menores, en el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004 (JUR 2006, 33272), Juzgado, Ministerio Fiscal y Administración pública, estudiando cómo han intervenido defendiendo los intereses de la menor. Al tener conocimiento de la guarda de hecho, la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, lo que éstos deben hacer, no es perpetuarla en el tiempo, como ha sucedido en el caso comentado, al ratificar la misma el Juzgado de Algeciras, sino de forma inmediata promover las instituciones tutelares, sin perjuicio de las medidas de control.

220. Así lo señala DE ROMÁN PÉREZ, R., *Tutela, curatela y guarda de menores*, en «Instituciones protectoras del menor», Servicio de publicaciones de la Universidad, Burgos, 1999, cit., pg. 91. El artículo 3.7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal dispone que corresponde al mismo *intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.*

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

Por último hay que plantear la posibilidad de que al menor se le nombre abogado de oficio en distintos tipos de procedimientos:

a) En procedimientos administrativos de desamparo, guarda, acogimiento o adopción. Entendemos que en estos casos es suficiente la defensa del interés del menor que se efectúa por parte del Ministerio Fiscal, por lo que no resulta necesario esta intervención.

b) En procedimientos de repatriación de menores inmigrantes no acompañados. En estos supuestos, si se tratara de mayores de edad, sería evidente esta necesidad, estamos ante procedimientos de expulsión conforme a la legislación de extranjería, y debe haber una defensa letrada. En el caso de los menores, además de la figura del defensor judicial, y, si bien no lo contempla de forma expresa la legislación, sí puede resultar necesario para la defensa del interés del menor, el nombramiento de abogado²²¹. En este caso debe ejercer la defensa en el procedimiento concreto de expulsión, garantizando el cumplimiento de los requisitos formales del procedimiento y los derechos del menor, papel diferente del del defensor judicial, que, como hemos expresado actúa cuando hay contraposición de intereses con el tutor.

c) Procedimientos penales. En muchos casos los menores sujetos a medidas de protección han sido objeto de maltrato o abuso que han dado lugar a la instrucción de procedimientos penales. Puesto que los inculcados suelen ser sus padres, es cuestionable si en todos estos supuestos, además de la presencia del Ministerio Fiscal, se debe requerir la presencia de letrado que defienda el interés concreto del menor. Algunas legislaciones autonómicas regulan que dicha defensa se asuma por los propios letrados de la Administración. Es de nuevo controvertible que la defensa que se realice tenga en consideración los intereses de la propia Entidad pública más que del propio menor²²².

2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD. EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

En el siglo XX se ha desarrollado la teoría de los «derechos de la personalidad», de los derechos inherentes a la persona, señalando la necesidad de establecer vías para la protección de los aspectos íntimos de la persona, tanto frente al Estado como frente a los particulares. La Constitución Española ha sentado como principio rector de la política social, la protección de la familia por los poderes públicos (artículo 39), es decir legítima la actuación de los poderes públicos de cara a garantizar la protección de los menores. De otro lado en el texto constitucional se pro-

221. En este sentido el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

222. El artículo 17 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa dispone 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.*

clama en su artículo 18 el derecho a la intimidad familiar y personal, y la legislación especial ha sustentado igualmente el derecho a la misma, tanto en la legislación estatal como en las legislaciones autonómicas²²³.

Señala C. GARCÍA GARCÍA, el reconocimiento del valor de la persona como centro y justificación del propio ordenamiento jurídico, que se traduce en la necesidad de que éste respete y tutele una serie de aspectos o atributos esenciales que son inherentes a toda persona por el mero hecho de serlo²²⁴. La dignidad, libertad e igualdad en la Constitución, representan el punto de partida de toda la ponderación sobre los derechos de la personalidad y fundamentales de la persona²²⁵. Interrelacionar exigencias de lo colectivo o social y la autonomía individual sirve para determinar el margen que a cada individuo corresponde como tal. La propia naturaleza del ser humano, del mínimo indispensable de libertades sin las cuales es imposible atribuir una específica dignidad social a nadie, determina la esencia de los derechos de la personalidad, que ofrecen una peculiar naturaleza jurídica por cuanto tienen aspectos que interesan al Estado y al mismo tiempo revisten caracteres puramente privados²²⁶.

Debemos analizar si en el sistema de protección de menores se garantiza ese respeto a los derechos del individuo, con relación a la intervención efectuada por la Administración. Resulta inevitable al hablar de protección de los menores, y por tanto de la familia, hacer alusión a la cuestión del cómo y el porqué se realiza la intromisión de ese ámbito tan íntimo y privado por parte de los poderes públicos.

223. Así el artículo 6 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía; el artículo 21 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León; el artículo 10 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco, etc.

224. «El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional», Colección de Estudios de Derecho, Servicio de Publicaciones de la Universidad, Murcia, 2003, cit., pg. 36 y ss.

225. En el mismo sentido PÉREZ LUÑO, A. E., en «Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución», Tecnos, Madrid, 1995, cit., pgs. 48 y ss. precisa que el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional, es el objeto de los derechos humanos. DE CASTRO, F., «Derecho Civil de España», Parte General II-1, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, cit., pg. 10, señala que la cualidad de la persona es, ante todo, ese valor especial o dignidad jurídica que tiene el hombre en el derecho, sea como sujeto activo o como objeto jurídico. El Derecho concede a la persona una protección general, en cuanto atañe a su persona, respecto a todos, incluso frente a la misma persona. Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., en «Sistema de Derecho Civil», ob. cit., pgs. 351 y ss. precisan que todo hombre es persona y la personalidad no es algo que el ordenamiento jurídico pueda atribuir de manera arbitraria, pues es una exigencia de su naturaleza y dignidad que el Derecho no tiene más remedio que reconocer: frente a los bienes externos, los derechos de la personalidad nos garantizan el goce de nosotros mismos, asegurando al particular el señorío sobre su persona, la actuación de sus propias fuerzas físicas o espirituales.

226. Cita DE CASTRO en la misma obra, a SERRANO ALONSO, E., «Introducción al Derecho Civil», Apéndice de actualización Edisofer, SL, Madrid, 2000, cit., pgs. 321 y ss. Señala el autor que por derechos de la personalidad hay que entender derechos que configuran la esfera del individuo frente a las imposiciones del Poder y que suponen un límite a las facultades de éste en cuanto implican una serie de facultades del individuo frente al Estado, facultades que son un verdadero límite al poder absoluto.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

Las decisiones sobre medidas de protección derivan de las investigaciones y actuaciones efectuadas normalmente en el ámbito del trabajo social, la psicología, la medicina, a menudo en el ámbito de la prevención y una vez adoptadas las medidas, se continúa interfiriendo en la vida personal y la vida familiar. Es preciso abordar por tanto el estudio de hasta dónde se puede entrar en la vida íntima de las personas, menores y adultos, tanto en su ámbito individual como familiar y qué límites tiene la actuación pública en este ámbito, considerando que nos encontramos ante uno de los principales derechos fundamentales recogidos en la legislación.

Son muy numerosos los estudios realizados por la doctrina sobre el derecho a la intimidad²²⁷. En muchos casos cuando entra en conflicto con el derecho a la libertad de información²²⁸ y expresión recogido en el artículo 20 de la Constitución, en muchas otras por el hecho de ser un derecho fundamental protegido en vía de amparo²²⁹ y también como derecho individual a la intimidad personal²³⁰. En este estudio, sin embargo, analizaremos en primer lugar el derecho a la intimidad personal y sus límites para entrar con más profundidad en el derecho a la intimidad contemplado desde la perspectiva de las relaciones y vínculos familiares y personales entre los individuos. Y aludimos al término individuo porque se trata de examinar el derecho a la vida privada familiar no sólo de los menores de edad, sino también de las personas que los atienden, padres, tutores, guardadores de hecho, acogedores legales..., sea cual sea la relación que les una²³¹.

227. Ver por todos: HERRÁN ORTIZ, A. I., «El derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos personales», Dykinson, Madrid, 2002; REBOLLO DELGADO, L., «El derecho fundamental a la intimidad», Dykinson, Madrid, 2005; SANTOS VIJANDE, J. M. y SERRANO HOYO G., «La protección jurisdiccional, civil y penal, del honor, la intimidad y la propia imagen», Aranzadi, Pamplona, 2005.

228. En el marco de la Unión Europea existe una gran preocupación sobre el derecho a la intimidad de los menores en los sectores de radiodifusión y los servicios de Internet, habiéndose dictado por ello varias recomendaciones y documentos, a fin de promover la cooperación eficaz entre los Estados miembros, la industria y las otras partes interesadas en esta materia; así la Recomendación 98/560/CE del Consejo de los menores y la creación del Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información (<http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l24030.htm>).

229. Con relación a la divulgación de datos relativos a la intimidad personal y familiar de menores en medios de comunicación social, se ha pronunciado la de Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1999, 15 de julio de 1999 (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1999). El caso era relativo a revelación de información con relación a las investigaciones policiales y judiciales seguidas respecto del eventual «tráfico de niños» en el lugar de la adopción de los menores, señalando que *el legítimo interés de ambos menores de que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar (...), parece imponer un límite infranqueable tanto a la libertad de expresión de doña Gisela, como al derecho fundamental a comunicar libremente sin que la supuesta veracidad de lo revelado exonere al medio de comunicación de responsabilidad, por la intromisión en la vida privada de ambos menores.*

230. Así, CONDE ORTIZ, C., «La protección de datos personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad», Universidad de Cádiz, Dykinson, Madrid, 2005, GALÁN JUÁREZ, M., «Intimidad: nuevas dimensiones de un viejo derecho», Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005; GÓMEZ MARTÍN, C., «Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

231. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en Sentencia 231/1988, de 2 de diciembre de 1988 (BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 1988), señalando lo siguiente: *en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se*

Para ello estudiaremos en primer lugar el derecho a la intimidad en sentido amplio y seguidamente nos centraremos en la intimidad referida a la vida familiar.

2.1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

2.1.1. Concepto de intimidad

El artículo 18.1 de la Constitución garantiza *el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. Y en su apartado segundo dispone que *el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito*. No define sin embargo el concepto y tampoco lo ha hecho 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. El artículo 2 de la misma dispone que *la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia*. Y en su apartado segundo establece el marco legal en caso de una posible injerencia al señalar que *no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, o, por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones*.

Esta falta de definición ha provocado que los Juzgados se hayan tenido que enfrentar a la resolución de conflictos sobre este derecho sin tener un concepto claro previamente del mismo y ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que realizar su definición. Asimismo han acometido la delimitación del bien jurídico protegido por este derecho, ya que, como señala el TS, en Sentencia de 4 de noviembre de 1986 (RJ 1986, 6205), *la delimitación de la esfera de la intimidad es eminentemente relativa y ha de ser el juzgador quien, en referencia a cada persona y atento a las circunstancias del caso, prudencialmente delimite el ámbito de protección*. La doctrina sin embargo, también se ha pronunciado en sentido contrario, demandando mayor claridad y seguridad jurídica, de forma que quien pueda vulnerar este derecho conozca las consecuencias de su actuación²³². Es notoria la importancia de esta

guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen. Sin duda, será necesario, en cada caso examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho —propio, y no ajeno— a la intimidad, constitucionalmente protegible.

232. CABEZUELO ARENAS, A. L., en «Derecho a la Intimidad», Tirant Monografías, Valencia, 1998, cit., pg. 16, pone de manifiesto que la inconcreción de la Ley es verdaderamente peligrosa y representa un obstáculo para la defensa de los derechos que contempla (...) de ahí que la absoluta carencia de un concepto legal básico al que se enfrenta el Juez, le coloque ante la difícil tarea de decidir si determinadas manifestaciones de la personalidad pueden acogerse a la noción de intimidad o no. Pone igualmente de manifiesto el logro que supondría obtener

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

cuestión en la actividad desarrollada desde los equipos de intervención familiar de los Ayuntamientos y los Servicios de Protección, al realizar las indagaciones necesarias para determinar si un menor se encuentra en situación de riesgo o desamparo. Sin los informes psico-sociales resultaría en la mayoría de las ocasiones imposible iniciar procedimientos de este tipo, pero la obtención de la información conlleva indagar en la intimidad de la vida de los particulares de forma especialmente incisiva (los informes relatan los hábitos educativos, de higiene, de sueño, alimenticios, etc. de las familias). Luego a los profesionales les resulta de gran utilidad el conocimiento de hasta dónde puede llegar su intervención y las consecuencias de la invasión de la intimidad de las familias.

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, regula el ámbito de actuación que nos interesa, respecto de los poderes públicos en cuanto a la obligación del profesional de no revelar datos, en el artículo 7.4, que considera intromisión ilegítima *la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela*. Asimismo el artículo 8 señala que *no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante*. Así lo han recogido igualmente las legislaciones autonómicas. A modo de ejemplo, la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja²³³ o el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de Andalucía²³⁴.

Lo que se entienda por intimidad hay que ponerlo en conexión con el canon interpretativo del artículo 10.2 de la Constitución. El derecho a la intimidad se recoge en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos²³⁵, el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de di-

una fórmula que pueda revelarse lo suficientemente clara y precisa, como para que quienes vulneran estos derechos puedan conocer de antemano la valoración que se hará de su proceder, en orden a una mayor efectividad de los principios de justicia y seguridad jurídica (cit., pg. 29).

233. Artículo 11. *Derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*. 1. *Las Administraciones Públicas de La Rioja pondrán en inmediato conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan constituir una intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen de los menores y, si tuvieran legitimación, ejercerán las acciones civiles o penales que procedan*. 2. *Las autoridades, funcionarios, profesionales y cualesquiera personas que intervengan en la tramitación de los procedimientos o en la ejecución de las medidas de protección de los menores que regula esta Ley, asumen el deber de reserva y confidencialidad respecto de los datos de que tengan conocimiento, en particular los relativos a la identidad y circunstancias de los menores protegidos y sus familias, así como a las solicitudes de guarda, acogimiento y adopción. Las Administraciones Públicas de La Rioja vigilarán el estricto cumplimiento del deber de reserva y confidencialidad de quienes intervengan en las actuaciones protectoras del menor*.
234. *Todos los que participen en el proceso de protección de los menores, incluidos el personal de los centros de acogimiento residencial y los acogedores familiares, guardarán estricta confidencialidad acerca de la historia personal y familiar de aquellos, evitando las valoraciones peyorativas sobre las circunstancias que han provocado la actuación protectora, o sobre la familia biológica*.
235. DEL MORAL GARCÍA, A., «Derechos humanos, menores y Ministerio Fiscal», La Ley, Madrid, 1998, cit., pg. 25, señala que son aplicables también a los menores los derechos contemplados en la DUDH, sin perjuicio de las necesarias modulaciones que derivan de la naturaleza de algunos derechos. Además la infancia es mencionada expresamente en el artículo 25.2 de la DUDH como merecedora de cuidados especiales.

ciembre de 1966²³⁶. En el artículo 20 de la CNUDN se recoge el derecho del menor a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia²³⁷. Todos estos textos engloban de forma conjunta la vida privada (a la que se da el sentido de personal), la vida familiar, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia; lo que parece evidenciar que en todos estos textos se considera que esos derechos tienen un origen común, la intimidad²³⁸.

El Diccionario de la Real Academia española define íntimo como lo más interior o interno, e intimidad como zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia. Se puede definir intimidad como la designación colectiva, utilizada con frecuencia en nuestros días para designar un conjunto o haz de intereses fundamentales de la persona humana, que tienen todos ellos una vinculación con la existencia de una esfera inviolable de lo privado, con la facultad de vivir la propia vida con un mínimo de interferencias...²³⁹. A. L. CABEZUELO ARENAS lo define como derecho innato, surgido con el comienzo de la vida misma del individuo y consustancial a la naturaleza humana en el sentido de que el hombre no sólo presenta una proyección social, sino que reclama y precisa una forma de encontrarse consigo mismo cual es la que la intimidad representa²⁴⁰. Para M. BAJO FERNÁNDEZ, la intimidad constituye el ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuadra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad²⁴¹.

Respecto de la intimidad de los menores, se ha contemplado de forma específica en la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, que en su artículo 4.2 menciona expresamente el derecho a la intimidad del menor, señalando, en su apartado primero, que *los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones* y en su apartado quinto que *los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros*, encomendando al Fiscal igualmente la defensa de este derecho²⁴².

236. Que dispone lo siguiente: 1. *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.* 2. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

237. 1. *Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.* 2. *El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.*

238. RUIZ MIGUEL, C., «La configuración constitucional del derecho a la intimidad», Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1992, cit., pg. 88.

239. LEZERTUA RODRÍGUEZ, M., en «El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 1997, cit., pg. 52, señala además que la persona posee vida interior porque no puede comunicar todo su ser al mundo externo. Ese mundo interno personal, tan amplio como inabarcable en su multiplicidad, es la raíz originaria de la que nacen las exigencias de la intimidad. Si las exigencias de la dignidad humana se nos presentan como incondicionales, especialmente puede predicarse tal cualidad de la que provienen del ámbito íntimo.

240. «Derecho a la Intimidad», ob. cit., pg. 18.

241. «Comentarios a la legislación penal» (Coord.), Tomo I, Edersa, Madrid, 1982, cit., pg. 33.

242. Las legislaciones autonómicas han recogido expresamente este derecho, así, a modo de ejemplo, el artículo 6 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor

2.1.2. Límites al derecho a la intimidad

Pasamos seguidamente a analizar los límites esgrimidos respecto del derecho a la intimidad: cuándo es legítimo entrar en la vida intimidad de las personas, aún en contra de su voluntad. Realizamos un análisis de la legislación y la doctrina, así como de los criterios sentados al respecto por el Tribunal Constitucional.

La Ley Orgánica 1/1982 pone dos límites al derecho a la intimidad: señala que esté regulada por ley y los usos sociales. Como hemos señalado más arriba, respecto de los menores, *no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso*. En el artículo 3.1 aclara que *el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten*. Matizando en el apartado segundo de dicho artículo, que *en los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante 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*. El artículo 4.3 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor dispone que *se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales*. Se observa por tanto una falta de unidad de criterio en esta legislación respecto de cuándo es preciso el consentimiento del menor. El menor con suficiente madurez podrá prestar su consentimiento, pero el artículo 4.3 ha puesto el límite de que si la intromisión es contraria a su interés, existirá intromisión igualmente, dando una mayor protección a los menores de la que ofrece la regulación de la LO 1/1982²⁴³. Consideramos que el interés puede consistir, en ocasiones, en entrar en su intimidad, especialmente en los casos en que se cometen hechos que pueden ser constitutivos de delito, sobre su esfera personal. En todo caso, será obligado valorar caso por caso atendiendo especialmente a la edad del menor.

Respecto de los usos sociales, ha sido puesta de manifiesto la inseguridad jurídica a que dicha valoración puede llevar. L. H. CLAVERÍA GOSÁLVEZ pone de relieve que la misma puede traducirse en una peligrosa contingencia del derecho, pues serían los criterios imperantes en una determinada comunidad los que habrían de servir de regla moduladora del contenido de aquél²⁴⁴. Ello podría implicar una auténtica inseguridad jurídica. Si una familia gitana tiene por costumbre que sus

de Andalucía o el artículo 8 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la Familia, la Infancia y la Adolescencia.

243. DE LA ROSA CORTINA, J. M., en «El derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores. Perspectivas en Derecho Civil, Penal y en reforma de menores», Revista del Poder Judicial-4, núm 72, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, cit., pg. 42, estima que la doctrina y la jurisprudencia se han decantado en la línea de que cuando se atente contra el derecho a la intimidad, carecerá de validez el consentimiento del menor o sus representantes legales.

244. «Reflexiones sobre los derechos de la LO 1/82 de 5 de mayo», Anuario de Derecho Civil 1983, cit., pgs. 1250 y ss.

menores contraigan matrimonio a los 13 ó 14 años, que las niñas dejen de ir al colegio a esta edad o si se considera un uso social entre la comunidad rumana el hecho de mendigar con los hijos en brazos, hemos de plantearnos que nos encontramos ante una cuestión de Orden Público. Pero tampoco se puede acudir siempre este concepto para detener a la sociedad en su evolución. El hecho de que nuestra legislación no prevea la escolarización en casa, y que éste no sea un uso socialmente aceptado, no puede implicar que consideremos de forma automática esta forma de educación como causa de desamparo, ya que son muchos los países que han legislado y aceptado esta opción educativa²⁴⁵.

La dignidad humana ha de considerarse igualmente un límite a la vulneración de la intimidad y medio para la interpretación de protección de la misma, desde la óptica del artículo 10.2 de la Constitución²⁴⁶, así como del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. En este sentido A. E. PÉREZ LUÑO, trata la intimidad como derecho fundamental y la dignidad humana como fundamento de la intimidad, siendo aquélla una garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de afrentas o humillaciones y además la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo²⁴⁷. Igualmente la dignidad humana se identifica con lo que en ocasiones se denomina libertad moral y se halla estrechamente relacionada con la igualdad, entendida

245. NAVARRO VALLS, R., en «La escuela en casa» (<http://www.conoze.com/doc.php?doc=829>), cuestiona cómo el establecimiento de la enseñanza obligatoria hasta los 16 años ha planteado en algunos sectores esta pregunta: ¿puede limitar el Estado la libertad de elegir el tipo de educación que los padres desean para sus hijos, incluida la libertad de decidir escolarizarlos en casa? Señala el artículo que lo que estos nuevos objetores plantean no es eludir la obligación de educar a sus hijos, sino que objetan la escuela como único y excluyente medio de conseguir ese objetivo. Y señala que la escolarización en casa está admitida en 30 estados de los Estados Unidos. Llamam la atención estos datos: Australia, Canadá y EEUU son la vanguardia del «*homeschooling*»; Harvard fue la primera universidad en abrir un departamento para acceso de «*homeschoolers*»; los niños desescolarizados están ligeramente por encima de la media en las pruebas de acceso a la universidad. Conocemos por la práctica profesional un caso en que ante la falta de escolarización de unos menores, sobre los cuales se comprueba por el Servicio de Protección de Málaga que son educados correctamente en casa, ante la insistencia del Ministerio Fiscal de que se dicte resolución de desamparo por este único motivo, y la desatención a dicha sugerencia por parte de la Entidad pública, el Fiscal propone y por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Málaga se aprueba, en auto de 24 de mayo de 2005: *requerir a los padres de los menores que escolaricen a los menores, y, de no hacerlo, acordar de forma inmediata la asunción de guarda de los menores por la Entidad pública en centro de protección*. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en Sentencia 260/1994, de 3 de octubre de 1994 (BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1994 [RTC 1994, 260]), al conocer del recurso de amparo constitucional con motivo de la resolución de desamparo dictada por falta de escolarización de unos menores, señalando que no es este motivo, por sí solo, justificativo de la medida de desamparo, ya que la Administración, apunta, ha de *servirse de los instrumentos de los que legalmente está dotada para hacer efectiva la escolarización a la que todo menor tiene derecho*, los cuales no se han agotado por la Administración previamente a la declaración de desamparo en el caso planteado.

246. Dispone que *las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*.

247. En «Estado social y democrático...», ob. cit., pg. 330, citando estas dos dimensiones de la dignidad humana la obra de ERNST BLOCH, «Derecho natural y dignidad humana», Aguilar, Madrid, 1980.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

como paridad social de las personas²⁴⁸. La defensa de la dignidad de un menor justifica que los poderes públicos puedan intervenir en el ámbito de su intimidad.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la cuestión de cuándo es legítimo realizar una injerencia en la intimidad. En Sentencia núm. 233/2005, de 26 septiembre (RTC 2005, 233)²⁴⁹ señala que en primer lugar hay que analizar si se ha producido una vulneración en el derecho a la intimidad, y seguidamente constatar si esa intromisión ha sido legítima. Para que la afectación del ámbito de intimidad constitucionalmente protegido resulte conforme con el artículo 18.1 Constitución, es preciso que concurren cuatro requisitos:

1.—Que exista un fin constitucionalmente legítimo. En el caso que nos ocupa que efectivamente tenga el fin de proteger socialmente a la familia, y, en concreto, a los menores.

2.—Que la intromisión en el derecho esté prevista en la Ley²⁵⁰. En su caso, que se trate de constatar una situación de riesgo o desamparo conforme a lo dispuesto en la norma.

3.—Que la injerencia en la esfera de privacidad constitucionalmente protegida se acuerde mediante una resolución judicial motivada, señala el Tribunal Constitucional, sólo como regla general, ya que en el caso del desamparo la resolución es de carácter administrativo²⁵¹. Nos planteamos aquí la cuestión de la posible injerencia ilegal en la intimidad familiar cuando se efectúan indagaciones previas a la declaración de la situación de riesgo y desamparo. Puede ser que la indagación concluya de forma negativa, que no exista ni riesgo ni desamparo y se realice una injerencia no adecuada (se someta a la familia a entrevistas sobre aspectos de su vida diaria como hábitos de higiene o alimenticios). Sin embargo no se puede llegar a esa conclusión sin realizar la investigación pertinente²⁵².

248. Cita aquí a BARBERA, A., en «*Par dignità sociale e valore Della persona umana nello Studio del diritto di libertà personales*», Isustitia, 1962, cit., pgs. 117 y ss., en que pone en íntima conexión los valores que configuran el núcleo conceptual de los derechos humanos.

249. BOE núm. 258, de 28 de enero de 2005.

250. El Auto del Tribunal Constitucional núm. 137/1992, de 25 de mayo de 1992 (RTC 1992, 137 AUTO), examina el recurso de amparo interpuesto por la madre biológica de unos menores, que tras solicitar la guarda de los mismos, al no poderse reintegrar posteriormente con ella, se acordó el desamparo y su acogimiento familiar. Alegan los padres que la decisión de la Audiencia Provincial de constituir el acogimiento familiar significa una intromisión arbitraria en su intimidad familiar, porque inicialmente simplemente habían pedido la guarda como ayuda temporal, situación de la que ha derivado el acogimiento, basándose además en la inadecuada naturaleza inquisitiva del procedimiento, y aludiendo al derecho a la presunción de inocencia. El Tribunal Constitucional, considera que *no puede entenderse lesionado el derecho a la intimidad como consecuencia de la valoración de hechos o conductas en el curso de un proceso judicial tramitado con todas las garantías, con independencia de que la solicitud inicial de la recurrente frente al ente público fuese con anterioridad al procedimiento judicial únicamente de «guarda» de los menores.*

251. La Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 13/1985, de 31 de enero de 1985 (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 1985 [RTC 1985, 13]), señala que *toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, añadiéndose que las medidas limitadoras habrán de ser necesarias para conseguir el fin perseguido.*

252. MIERES MIERES, L. J., en «Intimidad personal y familiar. Prontuario de jurisprudencia constitucional», Aranzadi, Pamplona, 2002, cit., pg. 44, señala que podrá acordarla las autoridades

4.-Y, finalmente, que se observe el principio de proporcionalidad, esto es, que la medida adoptada sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, que sea necesaria o imprescindible al efecto (que no existan otras medidas más moderadas o menos agresivas para la consecución de tal propósito con igual eficacia) y, que sea proporcionada en sentido estricto (ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto)²⁵³.

2.2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA VIDA FAMILIAR

Ya hemos definido el concepto de intimidad, ahora nos acercaremos a la definición de familia, pasando seguidamente a analizar el concepto de intimidad familiar relacionado con el derecho a la vida familiar, y seguidamente estudiando su límites. Para ello ponemos en conexión el artículo 18 de la Constitución con el 39, analizando si existe seguridad jurídica respecto de la intervención realizada por la Administración cuando entra en la familia, en el ámbito más privado de las personas, en virtud del mandato del artículo 39 de la Constitución española de asegurar la protección social de la familia.

2.2.1. Concepto de intimidad familiar. El derecho a la vida privada

No existe una definición del concepto de familia en nuestro texto constitucional, y tampoco se deduce de la lectura de su articulado que se limite a tutelar a la familia denominada nuclear, esto es, a la formada por padres e hijos, sino que lo hace en un sentido más amplio que incluye a otros miembros que carecen de una comunión de afecto y sangre. No se puede hablar de familia como una noción homogénea ni unívoca, sino de familias²⁵⁴, pues no se puede hoy mantener la ilusión de que a la unidad del término corresponde la unidad real de una compacta y firme institución²⁵⁵. En el presente estudio aludimos a los casos de convivencia en un mismo núcleo de personas que pueden tener relación legalizada o de con-

competentes en la materia, previa habilitación legal y su aplicación debe ser motivada y adecuarse al principio de proporcionalidad.

253. RUIZ MIGUEL, C., «La configuración constitucional...», ob. cit., pg. 220.

254. LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., en «Uniones de Hecho en Derecho Internacional Privado Español», Tecnos, Madrid, 1999, cit., pg. 39, señala que en el proceso de pluralización y legitimación de los modelos familiares, la unión de hecho ha cobrando importancia progresivamente, reseñando que su significación actual tiene mucho que ver con un proceso de privatización de la vida cotidiana de los individuos, que se agudiza en los años sesenta, en el que se han puesto en tela de juicio las normas sociales que sujetaban la vida privada de los individuos a un control social.

255. AMAYA RICO, V., «El valor jurídico actual de la familia en España», XIII Congreso Internacional de Derecho de Familiar (Dir. LASARTE ÁLVAREZ, C.), Sevilla y Huelva, 18 al 24 de octubre de 2004, señala además que la familia hoy constituye una institución abierta, flexible y variada y objetivamente ha de admitirse diferentes categorías de familias, ya que el verdadero alcance de la riqueza y pluralidad de la sociedad española en la actualidad nos conduce a una consideración pluralista de la familia, del mismo modo que no hay propiedad sino propiedades... La noción de familia es una noción múltiple, un grupo idóneo para el desarrollo libre y pleno de las personas que la componen, el interés familiar se identifica con el interés de sus componentes.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

vencia²⁵⁶, con relación de parentesco o no, tanto entre los miembros adultos²⁵⁷ como con respecto de los menores de edad.

La Sentencia del TEDH de 26 de mayo de 1994 (TEDH 1994, 21), caso Keegan contra Irlanda, señala en cuanto al concepto de familia, con relación al artículo 8 del CEDH, que éste es un concepto amplio, no reduciéndola a las relaciones basadas en el matrimonio, sino que reconoce otros vínculos familiares «*de facto*» cuando las partes cohabitan fuera del matrimonio. Un ejemplo de ello sería la persona que ha estado atendiendo a un menor durante años en guarda de hecho, sin relación de parentesco legal con el mismo; si bien no se puede hablar en sentido estricto de intimidad familiar, sí se puede acudir al derecho a la intimidad personal en sentido laxo. En la misma línea, cuestionando si para que podamos hablar de intimidad familiar es obligado que nos encontremos ante vínculos familiares expresados en términos legales, G. SANCHEZ GALIANO señala que el problema puede resolverse acudiendo a la protección del derecho a la intimidad personal de cada uno de los afectados²⁵⁸.

Hemos de distinguir entre intimidad familiar, tal como se contempla en el artículo 18 de la Constitución y vida familiar, concepto introducido por el artículo 8.1 del CEDH²⁵⁹. Regula éste el derecho al respeto a la vida privada y familiar en los siguientes términos: *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

256. Con relación a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, POLO SABAN, J. M., en «Matrimonio y Constitución ante la reforma del Derecho de Familia», Aranzadi, Navarra, 2006, cit., pg. 95, plantea si el nuevo modelo de matrimonio desempeña una función social en el modelo de convivencia diseñado por la Constitución Española, o si ha quedado definitivamente certificada la pérdida de trascendencia comunitaria y su reconducción al ámbito de los intereses meramente privados. En este caso, plantea que carecería de especial fundamento la mención constitucional al matrimonio, quedando reducido a la condición de negocio jurídico entre los particulares, enmarcado únicamente en el reconocimiento del principio del libre desarrollo de la personalidad.
257. Con relación a las uniones de hecho, TORRES DEL MORAL, A., en «Principios de Derecho Constitucional español», ob. cit., pgs. 398-9, alude al derecho genérico a la afectividad como expresión de unas relaciones libres.
258. «Intimidad y familia», Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 1997, cit., pg. 237. GARCÍA GARCÍA, C., «El derecho a la intimidad...», ob. cit., pg. 186, expresa que si bien es claro que el artículo 39.1 de la CE incluye a la familia matrimonial y sin descendencia, existen otras formas de convivencia que se corresponden con una sociedad plural y, por ende a ellas ha de extenderse el reconocimiento de derechos que antes eran característicos de la familia tradicional.
259. LOLIES, I., en LOLIES, I., en «*La protection pénale de la vie privée*», Presses Universitaires d'Aix-Marseille-Puam, Facultad de Derecho y de Ciencias Políticas, Aix en Provence, 1999, cit., pg. 27, se refiere a la vida privada como aquélla que no es pública, en un sentido negativo, y como definición positiva, como la esfera secreta de la vida del individuo en la que descarta a los terceros. Reconoce que ni en derecho francés ni en derecho anglo-americano (el cual se refiere a este derecho como *right of privacy*, entendido como el derecho del individuo a una vida retirada y anónima), se ha dado una definición adecuada del concepto. RUIZ MIGUEL, C., en «La configuración constitucional del derecho a la intimidad», ob. cit., pg. 91, señala que el TEDH ha afirmado que el respeto a la vida privada, protege una manifestación esencialmente privada de la personalidad humana, incluyendo la misma también la integridad psíquica y moral de la persona, la cual abarca la vida sexual.

Este último concepto incluye dentro del derecho, en un sentido amplio, todas las cuestiones referentes a la propia relación familiar en sí misma considerada, de forma que éstas también quedan preservadas de una injerencia externa. Realizar esta distinción es importante, ya que la protección que se otorga por el artículo 18 de la Constitución está reducida a un concepto de intimidad familiar mucho más estricto, mientras que la que ampara el artículo 8 del CEDH resulta aplicable casi a cualquier medida de protección en el sistema de protección de menores (desamparo provisional como medida cautelar, desamparo, régimen de visitas, acogimiento, adopción...). Podemos considerar que si al contenido del artículo 18 de nuestro texto constitucional le sumamos la protección a la familia que contempla el artículo 39, nos encontraríamos en un ámbito de protección similar al contemplado en el artículo 8 del CEDH.

Lo que se entienda por derecho a la intimidad familiar es necesario ponerlo en relación también con el momento histórico y cultural que viva cada sociedad. Por ejemplo, los sistemas jurídicos inspirados en el Corán, como ocurre con el Código del Estatuto Personal marroquí (Mudawana), no contemplan la institución de la adopción, la legislación islámica prevé otras instituciones, como la Kafala, para la atención de los niños, que por distintas circunstancias, tienen necesidad de ser atendidos por una familia sustituta. Para la constitución de la Kafala se exige que las partes de la relación que se va a constituir profesen la religión musulmana, consideraciones en las que no se entraría nunca al realizar una valoración de idoneidad en la constitución de un acogimiento en nuestro Estado²⁶⁰. Si bien para la valoración de la idoneidad en general, el hecho de profesar uno u otro culto no tendrá relevancia, en el momento de buscar el núcleo familiar más adecuado a un menor para la constitución de un acogimiento familiar, la religión del núcleo de acogida sí puede resultar importante, por lo que en las entrevistas previas a dictar la resolución de idoneidad quedaría justificada la indagación sobre la religión o cultura de la familia acogedora. Por ejemplo, si un menor sale en acogida simple en tanto sus padres se rehabilitan de una toxicomanía, de cara a facilitar el retorno posterior, es posible que sea conveniente que los acogedores tengan la misma religión que la familia biológica. O de cara a la mejor adaptación de una menor de 8 ó 9 años de étnia gitana, la búsqueda de una familia de la misma raza y costumbres puede facilitar su integración²⁶¹.

Se ha pronunciado el Tribunal Constitucional sobre el contenido del derecho a la intimidad privada y familiar. La Sentencia núm. 134/1999, de 15 de julio de

260. La Mudawana (Código del Estatuto Personal, Ley 7/ 2003 del nuevo código de familia, aprobado el 16 de enero de 2004) define la Kafala como acción humanitaria que consiste en el acogimiento en una familia de un menor, con el fin de educarlo y de ocuparse de él material y moralmente como si fuera su propio hijo, sin que ello produzca efectos sobre su filiación. La característica principal es que el menor nunca rompe sus vínculos con su familia de origen.

261. El artículo 20.3 de la CNUDN señala: *3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.*

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

1999 (RTC 1999, 134)²⁶², señala que *el artículo 18.1 de la Constitución, no garantiza una «intimidad» determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia o contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio (...). A nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar.*

L. M. MIERES MIERES, hace referencia a las injerencias en el derecho a la intimidad, que constituyen una «acción» cuyo objetivo es la modificación de una pauta de conducta desarrollada en el ámbito de la vida privada²⁶³. Éste es el tipo de intromisión que debe ser objeto de estudio en este apartado. Para que los poderes públicos puedan entrar en las familias, instando modificaciones en las conductas de los adultos con relación a los menores, es preciso que la injerencia esté expresamente autorizada por la Ley. Y para ello asimismo es ineludible que quien aplique dicha norma conozca de forma cierta cuándo puede intervenir.

Estas injerencias pueden realizarse por los particulares o por los poderes públicos. Debemos centrarnos en estas últimas como objeto de estudio, ya que previamente a una resolución de desamparo y una retirada de un menor será ineludible entrar en la vida de los menores y de los que los guardan, e incluso instar cambios de conducta en situaciones de riesgo, y para ello se habrá entrado en lo más íntimo, la familia, y se habrán realizado valoraciones sobre la misma. La intimidad que hay que salvaguardar en el sistema de protección es esencialmente la que hace referencia a la vida familiar.

2.2.2. Límites de la injerencia en la intimidad familiar y en la vida privada y familiar

Resulta de interés para nuestro estudio analizar cómo debe actuar el sistema de protección sin colisionar con el derecho a la intimidad familiar, ya que hay que considerar que ese sistema está en manos de los poderes públicos y deben estar definidos de forma clara cuáles son las circunstancias en que la misma puede entrar en la familia²⁶⁴. Con relación a la seguridad jurídica en el sistema de protección de

262. BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1999.

263. «Intimidad personal y familiar. Prontuario de jurisprudencia constitucional», Aranzadi, Pamplona, 2002, cit., pg. 30. El Tribunal Constitucional, en Sentencia núm. 142/1993, de 22 de abril de 1993 (BOE núm. 127, de 28 de mayo de 1993), señala que *el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos.*

264. Rico, V., en «El valor jurídico actual de la familia en España», menciona de forma contundente cómo «en la actualidad las normas sobre la regulación jurídica de la familia derivan de exigencias constitucionales pues la protección de la familia es una consecuencia del Estado Social y Democrático de Derecho» según establece el artículo 1 de la Constitución de 1978 y a cuyo tenor, los poderes públicos deben prestar asistencia de todo tipo a la familia, lo cual no significa que el Derecho pueda «entrar en la familia como un elefante en la cacharrería».

menores, éste resulta un aspecto esencial; es necesario poner en conexión el derecho a la intimidad con la normativa reguladora de las instituciones de protección, de forma que cuando se desarrollen éstas, siempre se tenga claro cuáles son los límites que no se puedan atravesar.

Hemos estudiado más arriba los límites al derecho de la intimidad, considerando las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional. Es muy amplia la jurisprudencia del TEDH sobre la aplicación de los límites a las injerencias en el derecho a la vida privada y familiar, en aplicación del artículo 8.2 del CEDH. Ha destacado la doctrina el valor que nuestro Tribunal Constitucional ha otorgado a esta jurisprudencia, ya que, como señala L. ORTIZ GARCÍA, además del valor interpretativo de los derechos fundamentales que, por la vía del artículo 10.2 de la Constitución, tiene la Jurisprudencia del Tribunal Europeo, ésta tiene un valor añadido adicional, toda vez que, en los procesos seguidos contra España, este órgano interpreta nuestro Derecho positivo²⁶⁵. Por ello este apartado lo vamos a analizar desde el estudio de esta jurisprudencia.

El artículo 8.2 del CEDH señala: *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

A pesar de que para garantizar la protección de los derechos de los menores es inevitable realizar una injerencia en la vida privada y familiar, y, en fin, en las relaciones personales, especialmente entre padres e hijos, pero también entre los miembros adultos de la unidad familiar (por ejemplo en los casos en que los menores conviven en un ambiente de violencia doméstica entre los padres), debemos cuestionar cuándo la misma resulta justificada y cuáles son sus límites. Hemos aludido en el capítulo anterior a la interdicción de la arbitrariedad y de la desviación de poder. Serán estos principios, unidos al de legalidad y a la consecución del

Y como señala PÉREZ LUÑO, A. E., en «Estado social y democrático...», ob. cit., pg. 330, se trata, en suma, de comprobar en qué casos la *privacy* puede operar como coartada para burlar una política social avanzada, o en qué supuestos puede servir de freno a determinadas formas de control o discriminación social o política.

265. Así lo expresa en «El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales como norma del ordenamiento jurídico español. Especial referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos», Aranzadi, Pamplona, 2004 (BIB 2003, 1486). PULIDO QUECEDO, M., en «Sustracción de menores y respeto efectivo a la vida familiar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 4/2003, Aranzadi, Pamplona, 2003 (BIB 2003, 551), en el comentario efectuado a la Sentencia del TEDH de 29 de abril 2003 (TEDH 2003, 15), caso Iglesias Gil y A. U. I. contra España, en que declara la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos condenando al Reino de España a pagar una indemnización por daño moral, apunta cómo el TEDH realiza un control indirecto de constitucionalidad que hace el TEDH, al exigir un standard de protección para el ejercicio del derecho de protección a la vida familiar, basada en la insuficiencia de la legislación española en materia de secuestro de menores en el momento a que se refieren los antecedentes del caso.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

interés general, los que nos den la clave de la legitimación de la intromisión en la vida privada y familiar que se realiza cuando se interviene adoptando medidas en el sistema de protección de menores, en defensa de sus derechos y de cara a su protección.

Pasamos a continuación a analizar los límites a la intervención pública en la familia analizando especialmente la jurisprudencia del TEDH, conforme al mencionado artículo 8 del CEDH²⁶⁶.

1.-Debe existir un fundamento legal para la injerencia.

No se plantean problemas habitualmente a este respecto ante el TEDH, pues en cuestiones relativas a protección de menores existe normalmente una profusa legislación por parte de todos los Estados que ampara la decisión adoptada²⁶⁷. Sin embargo, la exigencia de norma legal no es sólo una cuestión formal para el Tribunal, sino también material en cuanto a la calidad (*quality, qualité*) de la misma, ya que sus destinatarios deben tener conocimiento de su existencia y además ha de estar formulada como para que aquéllos prevean las consecuencias que sus actos pueden traer consigo. En este sentido se pronuncia la Sentencia del TEDH de 25 de febrero de 1992 (TEDH 1992, 4), caso Andersson contra Suecia, en la que concluye que las medidas adoptadas con relación al régimen de visitas de un menor que se encuentra en acogimiento familiar, respecto de su madre, con limitación de contactos telefónicos y controlando su correspondencia los acogedores, no están contempladas por la norma, por lo que se infringe el derecho a la vida familiar del artículo 8. Esto no implica que las normas hayan de recoger todos y cada uno de los supuestos que se plantean en la realidad, y no se puede entender en este sentido la previsibilidad de las normas, sino que se admite un amplio margen de discrecionalidad por parte de las autoridades nacionales. Lo importante, como señala el Tribunal, en Sentencia de 24 de marzo de 1988 (TEDH 1988, 2), caso Olsson contra Suecia, es que actividad discrecional no va en contra de lo dispuesto en el Convenio *si el alcance de la facultad discrecional y la manera de utilizarla están determinados, teniendo en cuenta la legítima finalidad de la medida en cuestión, con la claridad necesaria para proteger al individuo frente a una injerencia arbitraria*. La misma sentencia alude al hecho de que *muchas normas se ven obligadas a recurrir a expresiones más o menos vagas para evitar una rigidez excesiva que restringiría extraordinariamente su ámbito de aplicación e impediría su adaptación a la cambiante realidad social*.

Es precisa la existencia de un fundamento legal que legitime a la Administración para entrar en la familia, para constatar que existe una situación de riesgo social, a fin de llegar a la conclusión de que existe desamparo o sugerir a una familia que solicite la guarda de su hijo o hija, y actuar en el ámbito familiar una vez declarada dicha situación. Es decir la Administración ha de ser habilitada

266. LEZERTUA, M., «El derecho a la vida privada y familiar...», ob. cit., pgs. 90 y ss. abunda en el estudio del cumplimiento de estas condiciones.

267. Estudia esta cuestión SALANOVA VILLANUEVA, M., en SALANOVA VILLANUEVA, M., «Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», Aranzadi, 2003 (BIB 2003, 426), ob. cit., pg. 4.

legalmente para instruir procedimientos para investigar la vida familiar. Así lo hacen las legislaciones autonómicas²⁶⁸.

Igualmente debe existir un fundamento legal en la actuación cuando la protección del menor comienza a raíz de la investigación de hechos tipificados como delito (bien sea por abandono, secuestro de menores, violencia o maltrato...). La investigación policial que dé lugar a la protección ha de ser legítima o prevista en la legislación, la remisión de partes de esencia hospitalarios a los juzgados o a los servicios de protección de menores para que se adopte la correspondiente medida en caso de que proceda. Policía y juzgados no actuarán a menos que se encuentren ante un ilícito penal. Sin embargo en la investigación de situaciones de riesgo social o ya declarado el desamparo, la Administración se mueve en un terreno difuso, plagado de conceptos jurídicos indeterminados y más o menos regulado por las legislaciones autonómicas, en que es muy necesario tomar en consideración los requisitos a que estamos aludiendo para que se garantice el derecho a la vida privada y familiar.

2.—La legitimidad del fin perseguido

El apartado 2º del artículo 8 del CEDH menciona que constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para *la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*. Señala M. LEZERTUA RODRÍGUEZ, cómo ha de existir una necesidad social imperiosa en el contexto de una sociedad democrática, caracterizada por el pluralismo, la tolerancia y un espíritu abierto... el juicio sobre la apreciación de la injerencia ha de referirse al caso concreto y no de una necesidad abstracta de alcanzar los fines enunciados, ello unido al principio de proporcionalidad para alcanzar el fin legítimo perseguido²⁶⁹. Se trata, en resumen, de que la Administración no pierda de vista que actúa de cara a la obtención del interés general, conforme a lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución, particularizado en este caso a través de la protección de los menores, siendo éste un interés de toda la comunidad democrática.

Señala la jurisprudencia del TEDH los siguientes criterios a tener en cuenta por el Estado en la intervención con menores en el ámbito de la vida familiar para garantizar la legitimidad de la intervención en la familia, entre otras, en Sentencia

268. A modo de ejemplo, el artículo 49 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, que estipula que *la valoración de la declaración de riesgo y de desamparo y de la procedencia de las medidas de protección requerirá previamente un estudio interdisciplinar del menor y su entorno que ponga de manifiesto las necesidades que se deben cubrir, el objetivo general y las medidas o instrumentos de protección*. Establece igualmente un plazo máximo de dicha valoración no será superior a dos meses desde el inicio del expediente. En el ámbito de la Comunidad Autónoma andaluza, el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa, en su artículo 21, dispone que *con anterioridad a la iniciación del procedimiento de desamparo, podrá ordenar el órgano competente la práctica de una información previa, a fin de determinar la existencia de indicios de desasistencia de los menores que justifiquen tal iniciación*.

269. «El derecho a la vida privada...», ob. cit., pg. 90.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

de 8 de abril de 2004 (JUR 2004, 98616), caso Haase contra Alemania; Sentencia de 14 de enero de 2003 (JUR 2003, 50027), caso K. A. contra Finlandia; Sentencia de 26 de febrero de 2002 (JUR 2002, 90046), caso Kutzner contra Alemania; Sentencia de 19 de septiembre de 2000 (TEDH 2000, 440), caso Gnahore contra Francia:

a) La intervención ha de ser proporcionada con respecto al fin legítimo perseguido.

b) El Estado debe haber valorado el impacto de la medida tanto en los padres como en los menores, considerando previamente las posibles alternativas.

c) Se debe justificar con razones suficientes e importantes la intervención (el Tribunal sólo brinda protección frente a aquéllas interferencias que sean arbitrarias en cada caso, cuando no haya sido ponderada la decisión por las autoridades o no se halle correctamente fundamentada).

d) Si bien es cierto que en algunos casos de riesgo inminente (que ha de quedar probado), no se requiere la intervención de los padres, mientras sea posible notificar a los padres la medida, no debería haber lugar para un acción urgente.

e) Las medidas relativas a la patria potestad deben subsistir únicamente en tanto se den las circunstancias que las hacen aconsejables.

En el caso de injerencia en la vida familiar referida a menores de edad, A. GUILLÓ SÁNCHEZ-GALIANO, señala además que hay que tomar en consideración la situación de necesidad en que se encuentren los mismos, unida a los siguientes factores²⁷⁰:

a) Es frecuente que cuando se trata de menores, las medidas que se adoptan devienen en muchos casos irreversibles, aunque en principio se tomaran de forma provisional.

b) No se debe separar a los miembros de una familia, ni a los padres de los hijos, ni a los hermanos entre sí, porque la situación ideal es que se encuentren juntos. La separación es el último recurso, pero cabe la separación.

c) Los padres deben intervenir y participar en la toma de decisiones que afecten a sus hijos y no debe restringirse o anularse, en principio, la relación entre padres e hijos.

d) A ello debemos sumar la importancia de la motivación de las resoluciones administrativas y judiciales, así como el respeto al principio del interés superior del menor.

²⁷⁰. «Intimidad y familia», Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 1997, cit., pg. 245.

2.2.3. La protección contra las vulneraciones al derecho a la intimidad y vida familiar

La protección del derecho a la intimidad se encuentra en el ámbito de lo dispuesto en el artículo 53.2 de la Constitución, y por tanto en el ámbito del recurso de amparo constitucional. Sin embargo la protección al derecho a la intimidad familiar, tal como se ha expresado más arriba, no es susceptible de amparo constitucional²⁷¹. Pero sí es susceptible de recurso ante el TEDH, que, tal como se ha descrito, incluye dentro del ámbito de intimidad familiar todo un elenco de actuaciones públicas, en el marco de la protección de menores, en su interpretación del artículo 8 del CEDH.

Resulta conveniente hacer referencia al derecho a la vida familiar desde el ámbito de nuestro texto constitucional con referencia al concepto esgrimido por el TEDH y la jurisprudencia dimanante del mismo. El Tribunal considera el derecho a la vida familiar como un derecho fundamental, mientras que la Constitución regula de un lado el derecho a la intimidad en el apartado referido a los derechos fundamentales y las libertades públicas, y de otro la protección a la familia y a los hijos, en el artículo 39 y, por tanto, fuera del ámbito del amparo constitucional²⁷². Realizando una interpretación amplia de lo que se entiende por intimidad familiar, podríamos incluir todas las cuestiones referentes a la propia relación familiar en sí misma considerada dentro de dicho concepto, y por tanto, nos encontraríamos ante un derecho fundamental a la protección de la familia. En una interpretación estricta se puede entender, sin embargo, que las intervenciones poderes públicos meditante actuaciones previstas en la Ley que incidan en el desarrollo de la vida familiar y que no afecten a un derecho fundamental sustantivo con el que pueda conectarse el artículo 39 de la Constitución, no podrían ser recurridas por vía de amparo. L. J. MIERES MIERES²⁷³, pone de manifiesto que esta última concepción puede variar ya que la jurisprudencia constitucional no puede mantenerse inmune a los impulsos del artículo 8 del CEDH²⁷⁴.

271. No es objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional cualquier resolución sobre desamparo en que se cuestiona si en el ámbito de la intimidad de una determinada familia se educa y se atiende correctamente a los hijos (salvo en los términos previstos en el artículo 24 de la Constitución o con fundamento en el derecho a la integridad moral), pero sí puede ser objeto de recurso ante el TEDH. En este sentido, GARCÍA GARCÍA, C., «El derecho a la intimidad...», ob. cit., pg. 114.

272. MIERES MIERES, L. J., en «Intimidad personal...», ob. cit., pg. 40 señala que para el Tribunal Constitucional, la protección de la familia se articula en la Constitución, primariamente a través del mandato al legislador contenido en su artículo 39. En consecuencia la adopción por un poder público de cualquier medida prevista en la Ley que incida en el desarrollo de la vida familiar y que no afecte a un derecho fundamental sustantivo con el que pueda conectarse el artículo 39 Constitución carece, a los efectos de la jurisdicción de amparo, de dimensión constitucional, salvo el control de la motivación de la resolución judicial desde el prisma del artículo 24.1 CE.

273. «Intimidad personal...», ob. cit., pg. 41, hace mención al hecho de que el legislador orgánico ha optado por incluir, por ejemplo, el derecho a la reagrupación familiar en el contenido del derecho a la intimidad familiar (artículo 16 de la LO 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social).

274. El Auto del Tribunal Constitucional, 68/1996, de 25 de marzo de 1996, expresa que *de la interpretación a que alude el citado artículo 10.2 del Texto constitucional no convierte a tales tratados*

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

A. GUILLÓ SÁNCHEZ-GALIANO, apunta la inseguridad jurídica que plantea la distinta interpretación del derecho a la vida familiar por el Tribunal Constitucional y por el TEDH²⁷⁵. El primero con relación a resoluciones relativas a protección de menores (desamparo, régimen de relaciones personales, acogimiento y adopción) plantea que el derecho a la intimidad familiar no se ha visto afectado porque lo que se cuestiona es la decisión judicial en sí misma considerada (la injerencia de una regulación legal, de una actuación administrativa o judicial en relación con la familia en sí misma considerada) y que la decisión se encuentra motivada y fundada en la legalidad vigente. La familia, en cuanto tal, no se protege como derecho fundamental. El derecho protegido por el artículo 18 de la Constitución al mencionar la intimidad familiar se conecta con la protección de la persona en su ámbito familiar, no siendo posible considerar como derecho fundamental la protección de la vida familiar, que goza de la protección prevista para el artículo 39 de la Constitución, y por tanto no es un derecho susceptible de amparo constitucional. Sin embargo, conforme a la interpretación realizada por el TEDH, ante situaciones de desamparo o adopción, así como en la regulación de los regímenes de relaciones personales, podría entender vulnerado el derecho a la vida familiar, ya que interpreta éste como interés del menor directamente conectado con el mantenimiento de sus vínculos familiares naturales y el derecho de los progenitores a los mismos.

3. EL DERECHO AL MANTENIMIENTO EN SU MEDIO FAMILIAR DE ORIGEN

Al hablar sobre infancia, y especialmente en el marco de las relaciones paterfamiliares, toda la legislación y la jurisprudencia nacional e internacional hace referencia al derecho de los menores a permanecer junto a sus padres, como derecho natural y más humano de los mismos²⁷⁶. Es notable la evolución que se ha producido en la protección de los menores en los últimos veinte años²⁷⁷. Si bien este

y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, no es menos cierto que, una vez agotadas las posibilidades hermenéuticas que ofrece la propia Constitución sin que se logre despejar las dudas acerca del concreto alcance de los derechos fundamentales, dichos tratados y acuerdos pueden y deben servir, en virtud del artículo 10.2 CE, como fuente interpretativa para delimitar su contenido constitucionalmente protegido. En estos supuestos, efectivamente, tales normas se erigen en instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos.

275. «Intimidad y familia», ob. cit., pg. 246.

276. Resalta especialmente el TEDH cómo para un padre y su hijo, permanecer unidos representa un elemento fundamental de su vida familiar (*Pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale*), Sentencia del TEDH de 19 de septiembre de 2000 (TEDH 2000, 440) caso Gnahoré contra Francia; Sentencia de 24 de marzo de 1988 (TEDH 1988, 2), caso Olsson contra Suecia; Sentencia de 22 de junio de 1989 (TEDH 1989, 12) caso Eriksson contra Suecia; Sentencia de 9 de junio de 1998 (TEDH 1998, 27) caso Bronda contra Italia.

277. Prueba de ello es el comentario que hacía sobre la anterior regulación de la protección de menor RUIZ GONZÁLEZ, M. R., «Menores. La experiencia española y sus alternativas, Modelo educativo de los centros de menores protegidos», Ediciones de la Universidad Autónoma, Madrid, 1987, cit., pg. 11, en ese momento cuando el motivo es la protección del menor ante un ambiente familiar nocivo, se procede a internar al niño mientras la familia prosigue su

marco normativo surge desde el ámbito de la Constitución, el desarrollo legislativo se ha producido poco a poco, siendo decisivas la modificación del Código Civil de 1987, la adhesión a la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño de 1989 y la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, unido a toda la normativa emanada de las Comunidades Autónomas. Se recoge expresamente este derecho en el artículo 172.4 del Código Civil, y lo contemplan igualmente las legislaciones autonómicas²⁷⁸.

Es deber de los padres, en primer lugar, prestar asistencia a sus hijos. Para que dicha relación se mantenga, además, las leyes prevén que el Estado debe proveer las condiciones necesarias para el mantenimiento de los menores en su medio familiar de origen. Sólo en el caso de que ello no sea posible actuará el sistema de protección. Y, aún así, en el supuesto de que el menor haya de ser separado de sus padres, es obligación estatal de nuevo promover el retorno con su familia. Pero además, el Estado debe considerar este derecho de forma inversa, esto es, el menor puede tener derecho a ser separado de su medio de origen cuando ello así convenga a su interés, y, en este caso, debe realizar las actuaciones necesarias para ello o puede tener la obligación de no promover la reinserción.

El derecho al mantenimiento del menor en su medio de origen por tanto se concreta en los siguientes principios de actuación por parte de los poderes públicos:

– Actuación preventiva frente a la desprotección: actuación que será general respecto de todos los menores y que se particularizará de forma especial en los menores que se encuentren en situación de riesgo social.

– Actuación positiva de separación del medio de origen, cuando la situación de maltrato, abandono o cualquier otra, así lo requiera.

vida ordinaria, sin recibir en numerosas ocasiones, sanción alguna (...) una legislación que manifiesta la tendencia al internamiento de niños parece ser una legislación protectora de la paternidad biológica sobre los hijos, y por ende, de la sociedad adulta, más que una legislación protectora de los niños.

278. Entre otros, el artículo 19 1.b) Ley 1/1998, de 20 de abril de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía, o el artículo 18 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias que dispone que se consideran medidas de protección las siguientes: a) *El apoyo familiar para promover el bienestar y desarrollo integral del menor en su medio familiar de origen, y en el capítulo quinto regula las siguientes medidas: las prestaciones económicas o en especie, la ayuda a domicilio y la intervención técnica. El apoyo familiar está orientado a evitar la separación del menor de su núcleo familiar por medio de acciones dirigidas a asegurar la adecuada atención de sus necesidades básicas y a procurar su bienestar en el medio familiar de origen, y si ya se hubiera producido, facilitar el retorno al mismo;* y así lo contempla el artículo 77 Ley 14/2002 de 25 de julio de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León, y el artículo 33 a artículo 41 del Decreto 131/2003, de 13 de noviembre, por el que se regula la acción de protección de los menores de edad en situación de riesgo o de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo, y tiene como objetivo proporcionar a la familia una serie de ayudas para que en el más breve plazo permitan la mejora del medio familiar y asimismo, atender las necesidades del menor en condiciones mínimas adecuadas.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

– Reinserción del menor una vez retirado de su familia: si el menor ha tenido que ser separado de su medio, la primera actuación de los poderes públicos será la de promover las condiciones para el retorno, pero cuando lo mejor para el menor sea permanecer separado de su medio de origen, la actuación pública deberá pronunciarse en este sentido.

Señala la doctrina que nuestra Constitución ha instituido un sistema mixto en la protección de los hijos, al disponer en su artículo 39.2 de un lado que *los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos* y, de otro, que *los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos* ya que se basa en la colaboración entre el ámbito privado y público, compartiéndose la responsabilidad de la protección entre la familia y los poderes públicos²⁷⁹. Y el principio que debe regir la actuación de los poderes públicos en su actuación protectora es 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 familia²⁸⁰. La progresividad y proporcionalidad que han de regir la aplicación de las medidas protectoras, implica una actuación escalonada siempre que ello sea posible, de menor a mayor intensidad en la injerencia que se perpetra en el derecho fundamental que constituye la vida privada de los particulares. El Tribunal Constitucional en Sentencia núm. 233/2005, de 26 septiembre (RTC 2005, 233) lo menciona con relación a que *la medida adoptada sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, que sea necesaria o imprescindible al efecto (que no existan otras medidas más moderadas o menos agresivas para la consecución*

279. ROCA, E., «Familia y cambio social (de la “casa” a la persona)», Civitas, Madrid, 1999, pgs. 33 y 67.

280. En este sentido, PALMA DEL TESO, A., en *La protección de los menores por las Administraciones Públicas*, «Nuevos retos que plantean los menores al derecho», II Jornadas sobre Derecho de los Menores (LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y MAYORAL NARROS I. V., Coords.), Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2004, cit., pg. 334, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2004. Principio de proporcionalidad, mencionado con relación a su aplicación en el sistema de protección por UTRERA GUTIÉRREZ, J. L., en «Tratado de Derecho de Familia» (Coord. GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE P.), Sepin Jurídica, Madrid, 2005, cit., pg. 294, en que toma en consideración la proporcionalidad de la medida con la injerencia efectuada. Este principio ha sido ampliamente desarrollado en la esfera de la jurisprudencia constitucional con relación a cuestiones ajenas al Sistema de Protección de Menores, pero resulta igualmente aplicable al mismo. Son numerosas las referencias bibliográficas al respecto (especialmente en el ámbito laboral, penal y fiscal), entre otros y más estrechamente desde el plano netamente constitucional, véase BERNAL PULIDO, C.: «El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador», CEPC, Madrid, 2003; y GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», Aranzadi, Pamplona, 2003; GAVARA DE CARA, J. C.: «El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los Derechos Fundamentales», Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 16/2003, Madrid, 2003. El TEDH igualmente contempla este principio en la jurisprudencia dictada con relación a la aplicación del artículo 8 del CEDH, entre otras en Sentencia de 1 julio 2004, caso Couillard Maugery contra Francia (JUR 2006, 204657) y Sentencia de 21 junio 2007, caso H. y otros contra República checa (TEDH 2007, 42). Este principio de actuación se reconoce, de forma expresa, por ejemplo, en el artículo 4 f) de la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia.

de tal propósito con igual eficacia) y, finalmente, que sea proporcionada en sentido estricto (ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto).

Es necesario, por tanto, prestar atención a las obligaciones de los padres o de las personas que atienden al menor, y seguidamente las obligaciones de los poderes públicos tendentes a evitar la desprotección y a reinsertarlo cuando la separación se haya producido y ello sea conveniente. Igualmente haremos mención a las peculiaridades del ejercicio de este derecho cuando nos hallamos con menores extranjeros, especialmente en el caso de menores no acompañados, dada la dificultad especial que entraña, en este supuesto, el mantenimiento de la relación con la familia de origen.

3.1. LA ATENCIÓN DEL MENOR POR SU FAMILIA DE ORIGEN

3.1.1. Personas que atienden al menor

Que el menor debe crecer en una familia, como mejor ámbito para su desarrollo es algo aceptado por todos y recogido expresamente en las normas, habiendo sido así expresado en el Preámbulo de la CNUDN²⁸¹. Pero el concepto de familia debe ser aceptado de forma amplia²⁸², ya que como expresa el artículo 16.3. de la DUDH, *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*. Pese a que lo normal y lo ideal es que los menores sean criados y educados por sus padres, existen muchas situaciones, especialmente en el sistema de protección, en que ello no es así. Ésta es la protección a la que alude la Constitución al insertar el término *hijos* en el artículo 39 de nuestro texto constitucional.

La realidad es que existen muchos menores que no son atendidos por sus padres biológicos, sino por otras personas que bajo una figura legalmente constituida (tutor, acogedor, guardador por orden judicial...) o de hecho (guardador de hecho *ex* 303 del Código Civil), atienden a los menores y les ofrecen el mismo afecto y seguridad que les darían sus padres.

Estas figuras afines a los padres y que desempeñan esa labor sustituta no han sido recogidas en la Constitución de forma expresa. El artículo 39 de la Constitu-

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

282. GARCÍA GARCÍA, C., «El derecho a la intimidad...», *ob. cit.*, pg. 229, señala que para el constituyente y doctrina constitucional, se ha pretendido buscar el más amplio sentido de familia porque en ello está una cultura que abarca los más diferentes aspectos de la convivencia familiar, circunstancia ésta que tiene hoy más vigencia que hace veinticinco años, y cita a LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F., «Derecho y familia», *Elementos de Derecho Civil*, IV, 1984, Librería Bosh, cit., pg. 9, en que señalan que la ley no define de modo general a la familia, ni es posible dar un concepto general de ella porque el grupo familiar tiene muy diversa amplitud en los diversos aspectos en los que es considerada.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

ción, alude en sus apartados segundo y tercero, a la protección que se ha de prestar a los *hijos* por los poderes públicos y por los padres; y en su apartado cuarto, a la protección de los *niños* en general²⁸³. Sería en este último apartado referido a *niños* en general en el que quedaría imbricada la protección y el derecho a no ser separado, salvo justa causa, de los que los atienden, con independencia de la relación que mantengan, con o sin parentesco legal, con o sin regularización legal de su situación jurídica.

Sí recoge un concepto amplio respecto quien atiende afectiva y materialmente al menor, la CNUDN en su artículo 5 al señalar que *los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención*²⁸⁴. Y en su artículo 18, que dispone que *los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño*. De esta forma se está poniendo a igual nivel a los padres biológicos y a todas aquellas personas que han asumido su cuidado: miembros de la familia ampliada (o familia extensa), la comunidad, los representantes legales, tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, tanto por lo que respecta a sus derechos como a sus obligaciones para con los menores²⁸⁵. Esta concepción amplia de la persona que atiende al menor, resulta esencial en nuestro estudio. Tal como se expondrá en capítulos sucesivos las medidas de protección se adoptan no sólo respecto de los padres, sino de cualquiera que se haga cargo de los menores²⁸⁶.

283. ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., en «La Protección de los derechos del niño...», ob. cit., pgs. 151 y ss., señala que nos enfrentamos en este artículo a la utilización de dos términos que tienen clara repercusión jurídica (hijo y menor de edad), con otro «niños», con el que la Constitución se refiere a la generalidad de la infancia.

284. En igual sentido la Directiva 2003/86/CE, de 22 septiembre de la Unión Europea, del derecho a la reagrupación familiar, en su artículo 2 f), hace referencia *un adulto responsable de él* (del menor inmigrante no acompañado), *ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre*. Y la Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, en su apartado primero señala que... *la presente Resolución se refiere 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*.

285. BOULANGER, F., en «*Les rapports juridiques entre parents et enfants*», ob. cit., pg. 31, señala el papel prioritario que las legislaciones dan a los padres frente a cualquier otro familiar (artículo 371.2 del Código Civil francés, 154 del Código Civil español, § 1626 BGB Alemán). Señala que la CNUDN da igualmente prioridad a los padres, y sólo en caso necesario, a otros familiares o personas de la comunidad. Efectivamente la CNUDN menciona siempre en primer lugar a los padres, lo cual no obsta que en caso de que éstos no atiendan a los menores, las personas que los guardan ostentarán iguales derechos y obligaciones.

286. Son destacables a este respecto las Sentencia del Tribunal Constitucional 124/2002, de 20 de mayo de 2002 (BOE núm. 146, de 29 de junio de 2002) y 221/2002, de 25 de noviembre de 2002 (BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2002 [RTC 2002, 221]), en las que se trata expresamente del papel de los guardadores de hecho y los acogedores con relación a los

Igualmente ante situaciones de hecho o en situaciones ya constituidas de acogimiento o tutela, el menor tiene derecho a que se vayan adoptando progresivamente las decisiones que más convengan a su interés, y que en algunos casos estarán referidas a estas personas y en otras a sus padres biológicos.

En cuanto al término usado para designar la autoridad o responsabilidad de los padres, tutores u otras personas sobre los menores, la legislación hace referencia a patria potestad, tutela y guarda²⁸⁷. Sin embargo la legislación internacional se decanta más bien por el término *responsabilidad parental*. Así, el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños y Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000²⁸⁸.

A esta cuestión se alude en los artículos 3, 5, 12 y 18 de la CNUDN. El término *responsabilidad parental* apunta a los siguientes aspectos: derechos de los padres y los hijos, relaciones de intercambio y no de subordinación, complejo de derechos y obligaciones fundamentadas en la guía y protección de los niños, poderes de los padres limitados en la medida de lo necesario para promover la autonomía de los niños, balance entre la guía y la conducción paterna y la capacidad evolutiva del niño²⁸⁹. El concepto de responsabilidad parental cubre los deberes y derechos liga-

menores. Respecto del reconocimiento de otras figuras, se han pronunciado ampliamente las Audiencias Provinciales: así respecto de los abuelos, Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 3 de junio de 1994 (AC 1994, 1126), Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 de junio de 2000 (JUR 2000, 270707), Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 13 de marzo de 2002 (JUR 2002, 118983); respecto de los guardadores, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004 (JUR 2006, 33272 y JUR 2006, 33273).

287. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., en «La patria potestad en los derechos forales», Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, núm. 54, de 1 de julio de 1974, realiza un estudio comparado de la patria potestad en las compilaciones forales, poniendo de manifiesto cómo en Aragón ha imperado una concepción alejada del derecho romano, en que hasta la denominación se varía a fin de poner de manifiesto que estamos ante un deber más que ante un poder, denominándola autoridad parental, se ejerce de forma armoniosa por ambos progenitores; en el derecho navarro, en una concepción romanista, se ejerce por el padre, y, sólo en su defecto, por la madre; y en el catalán de forma indistinta. BIGOT, A., en «*L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé*», Presses Universitaires d'Aix. Marseille-Puam, Aix en Provence, 2003, cit., pg. 14, menciona que en Francia se usó el término *puissance paternelle* hasta la Ley de 4 de junio de 1970, en que se sustituye por el de *autorité parentale*, sin que se haya adoptado el término responsabilidad parental. En el seno de la familia, la autoridad parental simboliza un lugar jurídico limitado entre los individuos que la componen, padres e hijos.
288. En su artículo segundo define la responsabilidad parental como los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita.
289. En este sentido lo interpreta MAGISTRIS, G., en el XIX Congreso Panamericano del Niño, «Evolución de la relación del niño con su familia», Ciudad de México, 2004, [consultado 05/10/2006], disponible en: http://www.iin.oea.org/anales_xix_cpn/docs/Presentaciones_ganadores_concurso/_Gabriela_Magistris-Argentina/Trabajo_Gabriela_Magistris.doc. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., en «La mujer adoptante», Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

dos al cuidado del niño y de sus propiedades. Esto incluye la responsabilidad de asegurarse de que el niño tiene un hogar, comida y ropa y que recibe educación y salud. También puede incluir la responsabilidad de ocuparse de sus bienes y el derecho a representarlo legalmente²⁹⁰. En derecho catalán se ha suprimido el término patria, aludiendo únicamente a la *potestad*²⁹¹ y en el derecho aragonés se hace referencia a *autoridad familiar*²⁹². En derecho comparado ha surgido también la conveniencia del reemplazo del término *patria potestad* por el de *responsabilidad parental*, ya que pone el énfasis en la obligación de protección que existe desde los padres hacia los hijos (así el Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia, Ley 2.026, de 14 de octubre de 1999, o el Código de Familia de Filipinas de 6 de julio de 1987)²⁹³.

Respecto del término *familia propia* del menor, en unos casos la legislación hace referencia a este concepto (artículo 174.2 del Código Civil), en otros a *familia extensa*²⁹⁴, a veces se refiere la legislación a su *núcleo familiar*²⁹⁵, a la *familia de origen*²⁹⁶, simplemente *familiares o parientes*²⁹⁷, o al término *familia biológica*²⁹⁸. En el desarrollo de este estudio comprobaremos que esta variedad terminológica, y, frecuentemente también conceptual, así como la diferencia de trato según se hable de familia en términos legales o de hecho, provoca en ocasiones una gran inseguridad jurídica. Cada Comunidad Autónoma toma en consideración a esta familia, propia o extensa, con relación legal o hecho con el menor, de una manera diferenciada para determinados efectos. Existe todo un elenco de figuras, como son los padrinos, los padres de la novia o novio, los primos hermanos, los vecinos o amigos que cuidan al menor o el guardador de hecho, en que dependiendo del contenido que se dé al término familia podrán ser tomadas en cuenta a efectos de reinserción o permanencia en un núcleo familiar o no²⁹⁹.

Económicas y Empresariales, núm. 4, Madrid, 1985, alude al concepto de patria potestad en el sistema de Derecho romano privado, en que la adopción era un acto generado de la patria potestad y ésta estaba atribuida exclusivamente al hombre.

290. http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/parental_resp/parental_resp_gen_es.htm. En esta página se puede consultar el contenido del término responsabilidad parental en cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea. Así en Inglaterra, por ejemplo, las autoridades locales ejercen la responsabilidad parental sobre los menores puestos bajo su custodia.
291. Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, título IV, siendo introducida la reforma terminológica por la Ley 12/1996, de la potestad del padre y la madre, ya que como se expresa en su preámbulo se considera una terminología más adecuada a los tiempos actuales.
292. Ley 3/1985, de 21 de mayo, Compilación del Derecho Civil de Aragón en su artículo 9.
293. Mencionado por MAGISTRIS, G., «Evolución de la relación del niño...», ob. cit., pg. 11.
294. Es el caso del artículo 3.2 del Decreto 282/2002 de Acogimiento Familiar y Adopción de Andalucía de 12 de noviembre.
295. Así, el artículo 23 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha.
296. En este sentido, el artículo 31 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de La Infancia de la Región de Murcia.
297. En este sentido el artículo 8.2 del Decreto 46/2000, de 1 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de Menores del Principado de Asturias.
298. Éste es el caso del Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción de Cataluña, en su artículo 51 y 59.
299. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., en «La familia en la Constitución española», Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, núm. 9, Madrid, 1986, al estudiar el

El Código Civil en los artículos 915 y siguientes regula las normas sobre parentesco en derecho de sucesiones, que en ocasiones son usadas en otros ámbitos, como el que nos ocupa y el artículo 178 establece la extinción de vínculos entre su familia adoptiva y el menor. Y aquí, de nuevo, encontramos diferencia de trato en las distintas Comunidades Autónomas, con relación a las personas que atienden al menor. A modo de ejemplo el artículo 3 del Decreto 46/2000, de 1 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de Menores del Principado de Asturias, se muestra sumamente abierto en la consideración de los posibles acogedores de los menores, al disponer que *en ausencia de parientes, acogedores de hecho o personas vinculadas al menor que se consideren adecuadas para el acogimiento familiar del mismo, se seleccionará a la pareja o persona más idónea sin seguir necesariamente el orden cronológico de declaración de idoneidad*; a contrario, el Decreto 282/2002 de Acogimiento Familiar y Adopción de Andalucía de 12 de noviembre, es mucho más restrictivo, ya que define a la familia extensa como *aquella en la que existe una relación por consanguinidad o por afinidad hasta de tercer grado, entre el menor y los solicitantes de acogimiento*, a efectos de tramitar la idoneidad y el procedimiento de acogimiento, sin expresar alusión alguna relativa a otras personas con vínculos de hecho. Y el artículo 31 dispone que *el acogimiento, simple o permanente, en familia extensa tendrá preferencia respecto del acogimiento en familia ajena*. En la Comunidad Autónoma Balear, en el recientemente aprobado Decreto 40/2006, de 21 abril sobre acogimiento familiar, adopción y valoración de idoneidad, en su artículo 8, se establece que *a los efectos de este Decreto se entiende por familia extensa el núcleo de personas que tienen relaciones de parentesco con el menor hasta el cuarto grado. Por tanto, el acogimiento familiar simple en familia extensa se constituye cuando las personas acogedoras del menor formen parte de su entorno familiar más próximo hasta este cuarto grado de parentesco*. Luego, en aplicación de la normativa, en teoría en Andalucía no sería posible constituir un acogimiento familiar con una prima hermana del menor, pero si la familia se traslada a Baleares sí lo podrá formalizar.

Todas estas restricciones, sin embargo, en una figura mucho más estable, y que ofrece un ámbito de actuación jurídica mucho mayor, como es la tutela, no existen en la actual regulación del Código Civil. Esta norma establece unos criterios de delación, pero en último extremo el beneficio del tutelado habrá de ser tomado como norte, con independencia del parentesco del menor con su tutor. Y en el caso del menor declarado en desamparo, el artículo 239, alude expresamente *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*. De lo cual se concluye que si bien la Entidad Pública puede poner trabas para formalizar un acogimiento o una adopción con una persona que no ostente condición de parentesco, no lo hace el Código Civil.

A lo largo de esta investigación se expondrá cómo lo que necesita el menor, a fin de cuentas, es que la persona que lo atiende ostente la figura jurídica que

concepto de familia en la Constitución, sin desconocer la realidad de la familia nuclear, aboga por un concepto amplio de familia, que incluya el parentesco colateral por consanguinidad y por afinidad.

más seguridad otorgue tanto al mismo como al que lo atiende, y las dificultades que este variado panorama plantea al regularizar situaciones de hecho o de dar alternativas estables a figuras ya constituidas.

3.1.2. Obligaciones de los adultos que atienden a los menores

Se concretan las obligaciones de los adultos que atienden a los menores en la legislación civil, en los artículos 154 del Código Civil, relativo a la patria potestad, 268 y 269 para la tutela³⁰⁰ y 303 en el caso de guarda de hecho³⁰¹. Por lo que respecta al instituto de la patria potestad, se puede poner una línea de separación entre la concepción de la misma antes y después de la CNUDN. Históricamente la patria potestad era ejercida por el *pater familias* sobre los demás miembros del núcleo familiar, y posteriormente pasa a reconocerse el papel de la mujer; pero en la actualidad la familia no es concebida como una institución total, sino que se reconocen derechos subjetivos específicos a cada uno de sus integrantes. En este contexto, y luego de la concepción del niño como sujeto de derechos, la patria potestad no se percibe ya como un conjunto de poderes sobre un objeto, sino como un complejo de derechos y obligaciones, cuyo fundamento es doble: la protección del menor y servir de guía hacia la autonomía de los hijos³⁰².

Reflejo de esta concepción es la modificación operada en el concepto de patria potestad en la Ley de Adopción Internacional. La patria potestad se regula en el Código Civil en el artículo 154, recientemente modificado por dicha norma, y cuya redacción actual es la siguiente: *Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.* La figura jurídica de la tutela, en cuanto a su contenido, en el artículo 268 del Código Civil, igualmente ha sido modificada por la Ley de Adopción Internacional, en los siguientes términos: *Los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica* (la anterior redacción hacía referencia a la obligación de respeto y obediencia al tutor). Observamos que en la modificación normativa operada se hace mención expresa al respeto de la personalidad y se introduce el aspecto psicológico de la misma. Más adelante estudiaremos

300. El artículo 269 señala las obligaciones del tutor en los siguientes términos: *El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular: 1.-A procurarle alimentos. 2.-A educar al menor y procurarle una formación integral. 3.-A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad. 4.-A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.*

301. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 222 cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

302. MAGISTRIS, G., «Evolución de la relación del niño...», ob. cit., pg. 9.

la importancia que en las decisiones sobre los menores se da, especialmente por el Tribunal Constitucional a este aspecto psicológico, primordialmente con relación al paso del tiempo como causa de vulneración de la integridad moral, y aludiendo que el maltrato psicológico puede incluirse como causa de amparo por vulneración del derecho a la integridad moral.

El artículo 18.1 de la CNUDN incide en las obligaciones comunes del padre y de la madre respecto de la crianza y desarrollo del niño, introduciendo así el factor de género en dicha obligación. La materialización de dicha obligación se concretará por parte de los Estados, para la promoción de los derechos contemplados en la Convención, a través de políticas activas de conciliación de la vida laboral y familiar, así como en la educación de género de los menores, a fin de que la misma se realice por ambos progenitores³⁰³.

Las obligaciones sobre la crianza de los menores se articulan por tanto en torno a sus padres o a aquellos que ejercen la responsabilidad parental en términos generales. La obligación de los poderes públicos se configura de forma subsidiaria a aquélla. En tanto los menores están con estas personas que ejercen su guarda, es obligación de los poderes públicos poner todos los medios al alcance de las familias para que el menor se mantenga en su medio. Así lo expresa el artículo 12.2 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor³⁰⁴, y lo han recogido las legislaciones autonómicas³⁰⁵.

Sin embargo este sistema en principio claro, en ocasiones choca con la interpretación de la realidad, tornando difuso el ámbito en que debe actuar la protección. Debemos hacer referencia a dos cuestiones que se plantean diariamente en los sistemas de protección, que si bien no dan lugar a muchas intervenciones jurisdiccionales, sí lo hacen en los sistemas administrativos de protección. Se trata de la intervención pública con relación a los adolescentes y de la pobreza.

303. ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., «La protección social de la familia», Tirantonline, 2005 (<http://0-www.tirantonline.com>), cit., pg. 26, incide en la necesidad de una política de protección global de la familia, señalando como puntos esenciales de la misma: la compensación de las cargas familiares y redistribución de rentas, el equilibrio demográfico y la conciliación de la vida laboral y familiar (señala la necesidad de tiempo para la familia).

304. *Los poderes públicos velarán para que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades, y facilitarán servicios accesibles en todas las áreas que afectan al desarrollo del menor.*

305. Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco en su artículo 46 regula la responsabilidad en la crianza y formación y menciona *la responsabilidad básica en la crianza y formación de los niños, niñas y adolescentes corresponde al padre y a la madre, al tutor o a las personas que tienen atribuida su guarda, en los términos recogidos por la legislación vigente. En el ejercicio de dicha responsabilidad, deben garantizar, en la medida de sus posibilidades, las condiciones de vida necesarias para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes*, como obligación de los que ejercen la guarda de los menores y en su apartado segundo establece como obligación de las administraciones públicas, *las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, deben velar por que los padres y madres, o quienes vayan a serlo, los tutores y los guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades*. El artículo 7 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la Familia, la Infancia y la Adolescencia de Galicia menciona igualmente el carácter subsidiario de la actuación pública y la promoción de las actuaciones preventivas.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

a) Menores adolescentes.

Las obligaciones de los que atienden a los menores se singularizan en el caso de los adolescentes, ya que el concepto de protección parece, en algunos casos, que se invierte, respecto del sujeto que lo provoca. No se trata sólo de que los adolescentes hayan de ser protegidos contra malos tratos, abusos, o que tengan las condiciones de vida que convengan para su desarrollo integral. Los menores, en su evolución madurativa, devienen personas con capacidad propia de decisión, ampliándose no sólo sus derechos sino sus obligaciones conforme a su madurez. De un lado, han de alcanzar su autonomía coadyuvados por sus padres, educadores, guardadores... y de otro deben respetar las normas de la sociedad en la que conviven. En este sentido el artículo 155 del Código Civil estipula en un solo artículo sus obligaciones³⁰⁶ y la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor no menciona las obligaciones de los menores en ningún precepto. El Código Civil a este respecto ha devenido obsoleto, siendo las legislaciones autonómicas las que han ido incluyendo alusiones especiales a la cuestión, especialmente en las últimas leyes de desarrollo, que hacen cada vez más hincapié en estas obligaciones que han de respetar³⁰⁷. Es relativamente frecuente que en nuestra sociedad los guardadores no sean capaces, de forma intencionada o no, de controlar los actos de los mismos y es cierto que existe una conciencia social de que la adolescencia plantea en estos días necesidades que no existían en el pasado. Resulta verdaderamente complicado determinar cuándo un menor adolescente se encuentra en situación de desamparo si el origen del mismo no proviene de sus padres o guardadores sino del propio menor, por actos realizados por el mismo en ejercicio de su autonomía de la voluntad (derivados de toxicomanías, problemas psiquiátricos, delincuencia, que a veces ejerce sobre sus propios familiares, y en ocasiones simplemente de lo que se conoce como trastornos de conducta derivados de la propia edad adolescente).

En el capítulo relativo a las medidas de protección realizaremos un estudio sobre el absentismo escolar, la toxicomanía o la delincuencia juvenil como causa

306. *Los hijos deben: Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad y respetarles siempre. Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.*

307. A modo de ejemplo, la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco, en su artículo 45; Ley 14/2002, de 22 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León, que en su exposición de motivos señala que *como contrapartida y consecuencia de los derechos, la Ley recoge también los que deben entenderse como deberes de los menores, para cuya formulación se atiende tanto al papel que como personas se les atribuye en los ámbitos familiar, escolar y social, cuanto a su consideración como sujetos activos de aquellos derechos y a las condiciones que de cara a su disfrute impone el simultáneo ejercicio de los mismos por los demás, ya sean menores o mayores de edad*, recogiendo los mismos en el artículo 35; 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 y de la adopción, y de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social de Cataluña, introduce un capítulo nuevo completo a la Ley 37/1991, denominado: Atención especial a la población adolescente con conductas de alto riesgo social y regulando, disponiendo en su artículo 45 que *Las Administraciones Públicas deben promover las atenciones preventivas y educativas necesarias para los adolescentes con conductas de alto riesgo social con el fin de responsabilizarlos de sus actos.*

de intervención de los poderes públicos cuando los padres no pueden o no quieren proteger a los menores ante estas situaciones.

La regla del artículo 5 de la CNUDN³⁰⁸ que obliga a actuar de acuerdo *con la evolución de las facultades del niño*, implica que es obligado revisar el papel de los padres sobre los hijos. En este sentido la *Children's Rights Office* señala que los padres deben ejercitar su facultad de dirigir las acciones del niño sólo cuando éste no es competente para comprender plenamente las consecuencias de sus actos o cuando el fracaso en la intervención podría poner al niño en riesgo o le causare daño a cuando interfiriere con los derechos de otros³⁰⁹.

Se ha acuñado para la definición de la evolución de la participación e integración del menor el término autonomía progresiva³¹⁰. Es conveniente aclarar que no se trata de un ejercicio progresivo de derechos sino de una autonomización progresiva en el ejercicio de los derechos. Es frecuente encontrar una oposición de los padres o los poderes públicos que salvaguardan los derechos de los niños a que los menores adquieran autonomía e independencia³¹¹. Pero este concepto ha sido poco a poco introducido en las legislaciones, así el artículo 1626.2 del Código Civil Alemán dice que *los padres observarán en el ejercicio del cuidado, la creciente capacidad y necesidad de la independencia del hijo en cuanto a su actuación consciente y responsable...* Esto implica que la actuación de los que guardan los menores ha de incluir también dejar que el menor vaya adoptando sus propias decisiones. Problemas como los horarios de salida de noche, el vestuario elegido, o marcar el cuerpo con *piercings* o tatuajes, la elección de estudios, o el iniciar una vida laboral en lugar de continuar su formación (para lo que los hijos necesitarán la asistencia de los padres), pueda dar lugar a verdaderos enfrentamientos entre padres e hijos, llegando el punto de considerar los padres que no pueden ejercer su patria potestad y solicitando la ayuda de los poderes públicos, a veces a través de la guarda administrativa, y otras, abandonando su tarea como padres, con lo que incluso se pueden plantear situaciones de desamparo. Si bien es cierto que estas circunstancias normalmente

308. Dispone este artículo que *los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.*

309. «Construyendo pequeñas democracias: los alcances de la CNUDN como instrumento para el respeto de los derechos civiles del niño en la familia», UNICEF, http://www.iin.oea.org/construyendo_pequenas_democracias.pdf.

310. RAYMOND, G., «*Droit de l'enfance et de l'adolescence*», Litec, París, 2003, cit., pg. 48, cita el término mayoría progresiva (*majorité progressive*), recogido en el artículo 371-1 del Código Civil francés, que dispone que *los padres permitirán a los hijos participar en las decisiones que les afecten, según su edad y grado de madurez.*

311. MAGISTRIS, G., «Evolución de la relación del niño con su familia», ob. cit., pg. 14. Cita igualmente a DOLTÓ, F., en «La causa de los adolescentes», Seix Barral, Buenos Aires, 1992, cit., pgs. 223-241, que señala que la autoridad parental debe contribuir al desarrollo de esa autonomía progresiva, a través de acciones dirigidas, por un lado a escuchar a los niños para descifrar sus necesidades y representarlo, lo más fielmente posible, y por el otro, intentando que cada niño sea su propio portavoz, tratando de que éste decida con la mayor libertad posible, sin querer sustituirlo en su voluntad.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

van unidas a otras (como inicio de toxicomanía o absentismo escolar), lo cierto es que la forma en que se ejerza la autoridad y la conciliación de la autonomía del menor con el derecho de decisión de los padres puede resultar determinante en estos casos. Se empiezan a usar hoy en día, en esta situación de falta de acercamiento entre las posturas de padres e hijos fórmulas de mediación familiar, que no deben ser descartadas como alternativas a las medidas de protección, y que se pueden integrar dentro de las medidas preventivas.

b) Mantenimiento de la familia de origen y pobreza.

El artículo 27 de la CNUDN expresa que todos los niños tienen derecho a un nivel de vida adecuado y pone en manos en primer lugar de *los padres u otras personas encargadas del niño* la responsabilidad en función de sus posibilidades y medios económicos de darle ese nivel de vida. Subsidiariamente los Estados Partes, con arreglo a sus medios, habrán de intervenir para hacer efectivo este derecho. Pero el Estado no tiene todos los medios que serían deseables para poder otorgar a todos los menores el derecho a permanecer junto a sus padres. Un ejemplo de esta situación, que se presenta con cierta asiduidad, es el de la madre, normalmente inmigrante y sola en el país, que da a su hijo en adopción³¹². Debemos engarzar este derecho, en el sistema de protección español, con la pobreza como causa de desamparo. Es cierto que a la falta de medios materiales hay que unir normalmente factores culturales. Es posible que determinadas etnias o personas de diversas nacionalidades no se planteen que tener el nivel de vida exigido por las autoridades de protección españolas haya de ser causa de intervención. Y, sin embargo, en muchas ocasiones se entra en la familia precisamente porque no se cumplen con los parámetros, que según la cultura del ámbito propio de protección, son los adecuados.

Si el principio de mantenimiento del menor en su medio de origen ha de ser prioritario, lo correcto es que la intervención se realice con medidas preventivas, pero sin apartarlo de su entorno³¹³. Además hay que considerar que normalmente estas familias, por una cuestión cultural o por falta de comprensión del sistema administrativo y judicial y en muchos por la barrera idiomática, normalmente no recurrirán las decisiones administrativas, con lo que resulta aún mayor la indefensión del menor y su familia ante una separación familiar. Resulta más que nunca

312. Cuando se realiza la entrevista para comprobar que está en pleno uso de sus capacidades mentales, así como para informarle de los efectos jurídicos de la adopción en España y del procedimiento, se comprueba en muchas ocasiones que esa madre quiere a su hijo y que lo mantendría con ella de tener medios económicos, pero la realidad es que no se le puede proveer de los medios económicos necesarios, con lo que el menor queda privado de su madre por la falta de recursos del sistema.

313. CARRASCO PEREA, A., en «Desamparados», Actualidad Jurídica Aranzadi, Madrid, núm. 583 (BIB 2003, 835), cit., pg. 2, señala que los estudios revelan que los padres biológicos nunca salen del estado negativo de marginación y miseria que provocó la situación de desamparo. Y, por si salen adelante, tampoco recuperarán a sus criaturas, pues los psicólogos y los jueces y las familias de acogida se encargarán de consagrar como supremo interés del niño que quede en las manos de su actual poseedor. Dice: no hay acogimientos con retorno. El supremo interés del niño eleva cada día más el nivel de exigencias materiales, sociales, espirituales, cuya carencia se acredita como desamparo. Y hay una clase social que normalmente no podrá satisfacer esta exigencia.

necesario al adoptar una decisión de retirada por pobreza (se describen en los expedientes administrativos situaciones de auténtico abandono material del menor, con ausencia absoluta de hábitos de higiene y alimentarios de los menores, que a la postre, pueden degenerar en problemas sanitarios graves), poner en la balanza de la justicia, los perjuicios de la separación frente a los beneficios del ingreso en el sistema de protección³¹⁴, considerando que en estos casos, sobre todo cuando ya ha habido intervención infructuosa, la separación puede ser definitiva, y no teniendo, según la edad del menor, en ocasiones, otra alternativa para el menor que un centro de protección³¹⁵.

Se ha pronunciado el Tribunal Constitucional sobre la posibilidad de vulneración del artículo 14 de la Constitución con motivo de la comparación de los medios económicos de vida de los padres biológicos, frente a los padres acogedores, con motivo del Auto 137/1992 de 25 de mayo de 1992 (RTC 1992, 137 AUTO). El Tribunal Constitucional no estima el amparo, ya que considera que la apreciación de la resolución judicial se fundamenta en el descuido de los progenitores respecto de la educación de sus hijos y no en la diferente posición económica de los padres naturales frente a los acogedores.

3.1.3. El principio de no separación de los hermanos

El artículo 172.4 ha previsto como principio esencial de la actuación protectora la no separación de los hermanos y así lo han recogido las legislaciones autonómicas³¹⁶. Esta norma ha de aplicarse en distintas circunstancias: cuando se va a decretar el desamparo, cuando se va a delegar la guarda en un centro de protección, cuando se van a reintegrar con sus padres o guardadores y cuando se van a beneficiar de un acogimiento en familia alternativa.

Ante el estudio de una situación familiar de desprotección, puede suceder que la Entidad Pública estime que alguno de los hermanos se encuentra en situación de desamparo y otros no lo estén. Sucede así en el caso analizado en el Auto del

314. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 24 de febrero de 2005 estima la oposición al acogimiento preadoptivo de sus hijos de una madre, ordenando la reintegración de los menores con la misma ya que estima que *no se puede obviar el hecho de las circunstancias personales de la demandada inciden en la actuación conductual de la misma. Así nos encontramos ante una mujer de nacionalidad marroquí, que se encuentra por circunstancias económicas en un país que no es el suyo, que carece del mínimo nivel educativo, que acudió a los servicios sociales, tras permanecer en un Centro de Acogida al que acudió con sus hijos menores al haberse llevado el padre a sus hermanos a Marruecos, tras sufrir maltrato por el entonces su esposo, pidiendo protección para sus hijos y encontrándola...*

315. La Sentencia Audiencia Provincial Asturias de 26 septiembre de 2002 (JUR 2002, 286398), contempla como primera medida el apoyo familiar. Describe cómo *se observa que en ningún momento se describe la negativa o rechazo directo o indirecto de los padres y abuela materna a recibir la ayuda que les fue proporcionada, realizando por el contrario mejoras en la vivienda que suponían lógicamente un gran esfuerzo por superar unos hábitos de conducta profundamente arraigados y propios del medio en el que se desenvuelven. La Sala, por lo expuesto considera la declaración de desamparo adoptada por la Consejería como desproporcionada.*

316. Así el artículo 44 b) de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor de Asturias, o el artículo 27 b) de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

Tribunal Constitucional 137/1992 de 25 de mayo de 1992 (RTC 1992, 137 AUTO), mencionado más arriba, en que alega el recurrente que la discriminación con base en el artículo 14 de la Constitución, entre los propios hijos, al entender el Tribunal de instancia que los padres biológicos están suficientemente capacitados para el cuidado de uno de ellos y no de los otros más pequeños, según sus alegaciones justificadas únicamente en la edad de los mismos. El Tribunal Constitucional no estima el amparo, ya que considera que la apreciación de la resolución judicial se fundamenta en el descuido de los progenitores respecto de la educación de sus hijos, admitiendo la separación de los hermanos, por haber quedado la misma justificada.

El TEDH se ha pronunciado igualmente sobre esta cuestión, en una jurisprudencia que si bien no trata de cuestionar la actividad de las autoridades nacionales, comprendiendo la dificultad de su actuación y considerando siempre que se encuentran más cercanas a los hechos para valorarlas, entra de lleno, a través de la aplicación del artículo 8 de CEDH, a analizar si la medida de separación de los hermanos es compatible con el texto de este artículo. Así, en Sentencia de 9 de mayo de 2003 (TEDH 2003, 24), caso Covezzi y Morselli contra Italia, el Tribunal se pronuncia a favor del mantenimiento de la separación de cuatro hermanos, uno en una comunidad religiosa y los otros tres, cada uno en un núcleo familiar diferente. Los menores han sido objeto de abusos sexuales y prácticas satánicas por parte de sus progenitores y de otros miembros de la familia extensa, y, según la sentencia, el estado psicológico de cada uno de ellos y su dificultad para relacionarse entre sí viene motivada por la situación de abuso sufrida; por lo que, primando el principio del interés superior del menor, se considera que no se vulnera el artículo 8 de la Convención por el hecho de que en este caso se haya separado a los cuatro hermanos.

Si bien esta norma parece de fácil aplicación cuando se trata de dos y hasta tres hermanos, cuando el número es superior, puede suceder que, ante el problema de falta de plazas en un mismo centro, y carecer los hermanos de características similares en edad o sexo (por ejemplo un grupo de hermanos de 0-4-10 y 15 años) o no disponer de familias que se puedan hacer cargo de todos los menores, se hace necesario separarlos. Por ello en estos casos es necesario aludir al principio del interés superior del menor como prevalente en el momento de buscar alternativas familiares para los mismos³¹⁷.

No consideramos que sea posible establecer unos criterios sobre cuándo nos podemos saltar el principio de no separación de los hermanos. Pero en todo caso,

317. El Auto Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 enero de 2004 (JUR 2004, 61196), trata de forma expresa esta cuestión, y, ante la separación de un grupo de hermanos, llega a la conclusión de que *la reintegración en la familia de origen es criterio que queda sujeto jerárquicamente al del interés de los menores (...) lo que el Código dice es que «se procurará», dicho está que en el caso fracasó el intento de que los niños quedasen dentro de su grupo familiar, no pudiendo estimarse inadecuada la separación cuando la concentración de cuatro hijos en una misma familia acogedora es racionalmente descartable, además de que, como queda anticipado, la permanencia con los hermanos no es criterio de actuación principal, sino siempre subordinado al superior interés de los menores.*

habrá que examinar las circunstancias concretas de los menores, considerando siempre cuál es el interés de cada uno y del grupo, así como motivar el por qué de la separación.

3.2. ACTUACIONES PÚBLICAS CON RELACIÓN AL DERECHO A MANTENER AL MENOR EN SU FAMILIA DE ORIGEN

La LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor ha establecido un sistema de atención y protección a los menores de carácter completo. En lugar de tener únicamente como destinatarios a los menores que se encuentren en situación prácticamente irreparable, que requiera la separación de su familia de origen, contempla una intervención pública preventiva de situaciones de riesgo y desamparo, desarrollando asimismo la distinción entre estas dos figuras jurídicas³¹⁸. La ley se mueve en el ámbito de políticas integrales relativas a los menores y en este sentido podríamos decir que igual que se habla de transversalidad de género, introduce igualmente el principio de transversalidad de la minoridad, de forma que en cualquier política estatal se tenga que tener en cuenta el punto de vista de los menores.

Las actuaciones públicas en la materia que nos ocupan deben contemplarse en una doble vertiente. De un lado se han de estudiar las acciones de los poderes públicos para mantener al menor en su medio de origen o reinsertarlo cuando ha salido del mismo, y, de otro, las tendentes a apartarlo de dicho medio, cuando ello no sea bueno para su interés, porque tan perjudicial para el menor puede ser separarlo cuando ello no convenga, como mantenerlo cuando está siendo objeto de maltrato.

El artículo 11 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor establece los principios de la actuación administrativa. Incluye en su ámbito de acción políticas integrales, que desarrollen los aspectos sanitarios, vivienda, cultura, deporte..., contribuyan a que el menor alcance el nivel de vida adecuado para su desarrollo, y compensen las desigualdades sociales. De esta forma se garantiza el mantenimiento del menor en su medio de origen³¹⁹. Y el artículo 12 del mismo texto legal menciona expresamente como principio de la actuación administrativa: *el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés*.

318. VALERA GARCÍA, C., «Comentarios a la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor», Actualidad Civil núm. 12, Madrid, 1997, cit., pg. 275, señala, que basta una lectura de la Exposición de Motivos y de los artículos en que se recogen los principios programáticos de la Ley para llegar a la conclusión de que se ha evolucionado, desde el abandono al desamparo y de éste a la protección integral.

319. AMORÓS MARTÍ, P., en «El desarrollo de políticas de protección a la infancia desde una perspectiva integral», <http://aifref.uqam.ca/actes/indice.htm>, *Congrés de l'AIFREF*, Québec, Canadá, 2001, puntualiza la necesidad del desarrollo de políticas integrales dirigidas a la infancia en general, en el marco de las políticas del bienestar social, evitando los procesos de exclusión social, y por ello, centrados en los siguientes aspectos: igualdad de oportunidades, responsabilización de los propios progenitores o tutores, corresponsabilización social, participación social de niños, niñas y adolescentes y normalización e integración social.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

Respecto de las acciones preventivas, es preciso no contemplar al menor de forma aislada, sino en el ámbito del núcleo familiar. Nuestra Constitución se decanta por un modelo de Estado Social. La consecución del Estado del Bienestar implica cuestionar si el mismo cuenta con los medios financieros básicos para hacer posible sus objetivos, y entre ellos, el de la protección de los menores y de sus familias. Frente al modelo en que el Estado asume esta carga por completo y al modelo en que se hace de forma privada, surge el redescubrimiento de la familia como institución fundamental de los sistemas de bienestar. La familia realiza una serie de funciones que ningún Estado o mercado pueden cumplir satisfactoriamente, utilizando medios específicos de comunicación, como la reciprocidad y el altruismo; desempeñando un papel complementario al del Estado y dirigido al mismo fin, cumple con el objetivo de solidaridad familiar, relacional, material y residencial³²⁰. Este papel de la familia se contempla en los ámbitos de salud (el cuidado de los enfermos y discapacitados), de la atención a la tercera edad y el cuidado, educación y guarda de los menores. Por todo lo expuesto debe ser un objetivo básico de las políticas públicas potenciar a la familia, ya que de esta forma se actúa preventivamente contra la desprotección de los menores³²¹.

Centrándonos en la acción protectora en el sistema, señala la doctrina y la legislación, la forma en que deben emprender los poderes públicos dicha actuación bajo 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 familia³²². Con base a este principio la actuación, conforme al espíritu del artículo 39 de la Constitución, en primer lugar la Administración debe promover la prevención en los términos expresados más arriba; en segundo, trabajar la situación de riesgo³²³, y, sólo en último extremo, acudir a medidas que impliquen la separación de los menores respecto de los que los atienden. La actividad preventiva, en tanto el

320. ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., «La protección social de la familia», ob. cit., pg. 28, señala, además, que deben distinguirse dos grandes grupos de acciones públicas en materia de protección familiar, acciones integradas en otras políticas de Estado (fiscal, educación, vivienda...) y acciones específicamente familiares no reconducibles a ninguna otra política determinada.

321. IGLESIAS DE USSEL, J. en «La protección de la familia en España», Papeles de economía española, Fundación de las Cajas de Ahorro Confederadas para la Investigación Económica y Social, Madrid, 1998, cit., pg. 223, señala que por un lado, la familia es la institución que goza del mayor aprecio y valoración entre los ciudadanos (incluso entre los más jóvenes), pero por otro, existe un difuso rechazo a introducir políticas directas a favor de la familia.

322. PALMA DEL TESO, A., en *La protección de los menores por las Administraciones Públicas*, ob. cit., pg. 334. Este principio de actuación se reconoce en el artículo 4 f) de la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia.

323. Sobre la definición y caracteres de la situación de riesgo social nos extenderemos en el capítulo relativo a las medidas de protección. En los países de nuestro entorno se trabaja en una línea parecida de intervención progresiva. Así en Francia existen las medidas en medio abierto (*mesure d'AEMO*), que intentan mantener siempre que sea posible al menor en su medio de origen, en este caso los menores y sus familias son asistidos mediante un plan educativo por una persona o un servicio y bajo la supervisión del juez de menores, el cual puede incluir en el plan obligaciones particulares (RAYMOND, G., «Droit de l'enfance et de l'adolescence», ob. cit., pg. 361).

menor se encuentra *bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo*, de los poderes públicos se contempla en el artículo 19 de la CNUDN, los cuales *adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual*. Alude en su apartado segundo, además, a *programas sociales de asistencia tanto para el niño y a quienes cuidan de él*.

Cuando el menor ha sido separado de su familia, la Entidad Pública tiene la obligación de procurar en primer lugar que el menor vuelva a vivir con la misma, siempre que éste sea su interés. Para ello las distintas legislaciones de las Comunidades Autónomas regulan actuaciones de reintegración a través de planes de intervención social³²⁴. Lo deseable es que a la vez que se declara el desamparo, se establezca dicho plan, en el que se marcarán los objetivos de tipo social y psicológico esencialmente (vivienda digna, seguimiento de tratamiento de deshabitación de drogas, seguimiento psiquiátrico...), pero también de tipo jurídico (regulación de documentación, régimen de separación matrimonial cuando el que incumple es sólo uno de los cónyuges...)³²⁵.

Nos detendremos, con relación a la actividad pública, en dos aspectos concretos, esto es, el derecho de los menores a ser separados de sus padres o a no ser reintegrados, así como la responsabilidad pública derivada de su intervención o de la falta de la misma.

a) El derecho a la separación o a la no reintegración.

Si bien en muchos casos hay que procurar que la no separación o la reinserción familiar se produzca, en otros, sin embargo, y esencialmente en aplicación del interés superior del menor, se deben realizar las acciones necesarias para la separación.

324. La Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 21 de mayo de 2004 (AC 2004, 902) describe con relación a los intentos de ejecución del programa de intervención familiar que se hace constar «*la familia no coopera con la intervención*». Se observa un patrón de resistencia pasiva. La madre entiende y acepta las indicaciones, pero no las cumple posponiendo las acciones encaminadas a la reunificación con excusas y mentiras. El artículo 51 Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción de Cataluña dispone que a la propuesta de acogimiento simple de un menor debe acompañar *plan de mejora que se debe seguir para favorecer su retorno a la familia biológica, siempre que sea posible*.

325. El Auto de la Audiencia Provincial Jaén de 8 julio de 2004 (JUR 2004, 257162), pone de manifiesto cómo se debe intervenir en el ámbito familiar para intentar la reinserción, así como la imposibilidad de que dicha intervención se eternice, debiendo poner plazos a dicha intervención. Señala que *los menores no lograron ese apoyo familiar y permanecieron, ya lo hemos dicho, durante dos años y medio en un centro de acogida, a la espera, y ello también resulta indiscutible, de que ambos progenitores o cualquiera de ellos lograra adecuar su modo de vida y estabilidad familiar a los aconsejables o mínimos que determinarían el retorno de los mismos a la familia de origen. No se cuestiona en los recursos, ni antes de formalizar la oposición a la solicitud de acogimiento familiar preadoptivo que la Administración intentó, aconsejó, concibió y estableció, en interés de este logro, unas pautas y objetivos de comportamiento que fueron lográndose, especialmente o casi en exclusiva por la madre, aunque con ciertos e importantes altibajos en las últimas y más decisivas etapas de ese proyecto de evolución. Se favorecieron los contactos con la propia familia de origen, se programaron y realizaron salidas frecuentes al hogar familiar de los menores durante numerosos fines de semana y se programó un calendario de visitas...*

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

ción o no se debe propiciar dicha reintegración, siendo este derecho, tan importante como el derecho al mantenimiento de la familia de origen o a su reintegración. Se ha pronunciado el TEDH al respecto, en diversas ocasiones. En Sentencia de 10 de mayo de 2001 (TEDH 2001, 332), caso Z. y otros frente a Reino Unido, son los propios menores los que formulan demanda, por tardar más de cuatro años en retirarlos del infame ambiente familiar en que conviven (presentaban signos de malnutrición y trauma psicológico, así como indicios más que evidentes de maltrato físico, incluido el abuso sexual, en el caso de los dos varones). La familia fue objeto de intervención durante años y no fue hasta que la madre solicitó la guarda de los mismos, que ingresaron en un centro de protección, siendo posteriormente declarados en situación de tutela. Se plantea en este supuesto que la obligación contemplada en el artículo 8 del CEDH tiene también una cara positiva, esto es, la obligación de los poderes públicos no es únicamente no realizar injerencias en la vida privada y familiar, sino también realizar las acciones positivas necesarias para garantizar a los menores el derecho a desarrollar una vida familiar normal.

b) Responsabilidad pública.

Debemos mencionar la obligación de los poderes públicos de responder civil o administrativamente en los casos en que ello proceda. Se ha abierto en los últimos tiempos una brecha de reclamación por parte de padres. Estos procesos tienen en su punto de mira en ocasiones el Poder Judicial y en otros la Administración pública, por los actos públicos relativos a menores. Se puede responder por la vía de la responsabilidad civil, basada en la culpa o en aplicación del artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de forma objetiva por el *funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*. Si nos acercamos a la realidad y relacionamos los derechos contemplados en la legislación con su realización práctica, aplicando de forma taxativa el principio de responsabilidad objetiva de la Administración, serían muchas las situaciones en que encontraríamos motivos de demanda por responsabilidad. Son muchos los derechos enunciados y a menudo escasos los medios para ponerlos en la práctica³²⁶. En teoría, según un sistema de responsabilidad objetiva, el Estado debe estar preparado para superar todas estas dificultades y ofrecer a todos los menores de su territorio una protección óptima, según lo estipulado en las leyes, y, si no lo hace, ha de responder³²⁷.

326. VINCENÇ NAVARRO, Catedrático de Políticas Públicas de la Universitat Pompeu Fabra, en el artículo publicado en el Diario el País, de 2 de junio de 2006, cuestiona el esfuerzo público que se realiza con relación al gasto social. En concreto alude al hecho, con relación a España, nuestro PIB *per cápita* (que mide el grado de desarrollo económico del país) es ya el 90% del PIB del promedio de la UE-15 y, sin embargo, el gasto público social por habitante es sólo el 62% del promedio de la UE-15. España debería gastarse alrededor de 66.000 millones de euros anuales más para alcanzar el gasto social *per cápita* que le corresponde por su nivel de riqueza.

327. SALANOVA VILLANUEVA, M., en «¿Derecho del menor a ser separado de sus padres?», Aranzadi Civil, núm 14/2001, cit., pgs. 8 y ss., estudia con detalle la Sentencia de 10 de mayo de 2001 (TEDH 2001, 332), caso Z. y otros frente a Reino Unido, mencionada más arriba, así como las consecuencias de la misma en lo que respecta a la responsabilidad civil exigible al Estado por su falta de intervención en un caso en que no sólo se viola el artículo 8 de la CEDH,

Respecto de la Administración de Justicia, la reparación de los daños causados por los órganos judiciales, especialmente aplicable en el campo que nos ocupa, en los casos de dilaciones judiciales, viene establecida en el artículo 121 de la Constitución, que señala que *los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley*. En desarrollo del precepto constitucional, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, regula la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia en sus artículos 292 a 297. A esta Ley se remite la de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992 de RJAP y del PAC, modificada por la Ley 4/1999. Por otro lado, cuando la ejecución de una resolución judicial resulte imposible, como puede ocurrir en los casos en que se resuelva que una decisión sobre desamparo no fue acertada, pero por el transcurso del tiempo y la permanencia del menor en otro núcleo familiar no sea posible la reintegración, el poder judicial puede ordenar una indemnización sustitutoria por inejecución de sentencias, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial³²⁸.

En Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001 (RJ 2001, 4999), se denegó la entrega de una menor adoptada a su madre, a pesar de reconocer que la adopción adolecía de nulidad, al haber manifestado la madre su asentimiento antes del parto. Dicha decisión la toma el Tribunal con independencia, declara, *de cualquiera que sean las responsabilidades en que hubieran podido incurrir los funcionarios públicos o empleados administrativos promoventes e intervinientes en el expediente de adopción colocando a la recurrente en difícil posición de defensa*. El Tribunal Supremo, abrió así la puerta a la reclamación indemnizatoria. Recientemente se ha conocido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 30 de diciembre de 2005 (AC 2006, 70), relativa al caso de dos menores en que tras ser retirados, se ha reconocido judicialmente que no procedía la declaración de desamparo. Al no poderse ejecutar la reinserción familiar, procede abonar a la madre la cantidad de 1'4 millones de euros en concepto de indemnización imposibilidad de ejecución de sentencia. Destacan en la misma, igualmente, las cuestiones relativas a la concreción y valoración de los perjuicios causados (al tratarse de menores de corta edad, habrá que valorar los efectos futuros del daño actual), así como la determinación del nexo causal (la parte de responsabilidad de los padres y de los poderes públicos

sino también el artículo 3, con relación a tratos inhumanos y degradantes a los menores por parte de sus padres. Como aportaciones de dicha sentencia, reseña las siguientes:

Pone de manifiesto expresamente que los niños no sólo tienen derecho a no ser separados de sus padres salvo que medien razones de peso para ello; y a ser reunificados de no haber sido necesaria su separación. También tienen derecho, cuando tal opción se revela como la más adecuada, a ser separados de sus padres.

En segundo lugar, la Administración debe responder por los daños provocados por el negligente desempeño de su función de proteger a los que la sentencia describe con acierto como más débiles de los ciudadanos: los niños.

328. *Si la ejecución resultare imposible, el juez o tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno.*

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

por no haber actuado o haber sobreactuado en casos de intervenciones excesivas). La Audiencia en este caso sustituyó el baremo usado por el Juzgado (el aplicable en accidentes de tráfico) por el del usado en caso de privación indebida de libertad³²⁹. Observamos que debido a lo novedoso de la indemnización, y no estando previsto en norma alguna cuál debe ser el baremo que se aplique, cada instancia ha tomado en consideración uno diferente.

Esta resolución judicial ha supuesto la apertura de una auténtica avalancha de peticiones de indemnizaciones. Así, conocemos por los medios de comunicación, de la presentación de reclamación por un millón de euros de la menor de Benamaurel³³⁰ y de la petición de 1'8 millones de euros por parte de la familia del caso de Bollullos³³¹.

Pero además de la vía civil y administrativa de reclamación de indemnizaciones, y para el caso de que las mismas no accedan a la petición, el TEDH reconoce el derecho a una satisfacción equitativa, estableciendo indemnización en multitud de sentencias, y obligando a los Estados Parte a hacerlas efectivas³³².

De lo expuesto se observa que estamos ante un Estado en principio muy garantista de derechos y con un sistema de responsabilidad objetiva muy amplio; pero si se continúa por la vía de la reclamación y el sistema falla en demasiados casos, habrá que cuestionar si se va a poder mantener este ritmo de pago de indemnizaciones millonarias por parte de las arcas públicas.

3.3. EL DERECHO AL MANTENIMIENTO DEL MENOR EN SU MEDIO DE ORIGEN EN EL CASO DE LOS MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS

La Directiva 2003/86/CE, de 22 septiembre de la Unión Europea, del derecho a la reagrupación familiar, en su artículo 2 f) define al menor no acompañado

329. Señala la sentencia: *de ahí que, rechazando una vez más el referente del baremo indemnizatorio de los accidentes de circulación, y no existiendo ninguno otro conocido al que acudir para reducir al máximo el grado de discrecionalidad del Tribunal, parece de todo punto correcto en términos de razonabilidad, prudencia y ponderación, la utilización del referente indemnizatorio empleado por la solicitante respecto de las indemnizaciones otorgadas por el Tribunal Supremo en los supuestos de personas indebidamente privadas de libertad, debiéndose tener presente que el criterio utilizado por el Alto Tribunal es progresivamente creciente, es decir que estima que el sufrimiento va en aumento no de forma igualitaria según transcurre el tiempo de tal manera que un segundo período de idéntica duración que el anterior no se indemniza en el mismo porcentaje, por ser progresivo.* ROIG DAVISON, M. A., comenta esta resolución en «Indemnización por la privación indebida de la compañía de los hijos», Revista para el Análisis del Derecho núm. 2, 2006 [consultado 08/10/2007], disponible en: http://www.indret.com/pdf/333_es.pdf, analizando las distintas fórmulas indemnizatorias empleadas, en función de que se trate de pérdida temporal o definitiva de hijo menor.

330. <http://www.prodeni.org/Protecci%C3%B3n/La%20ni%C3%B1a%20de%20Benamaurel%20reclama%20a%20la%20Junta.htm>.

331. <http://www.abc.es/sevilla/pg060422/prensa/noticias/Sevilla/Sevilla/200604/22/SEV-SEV-063.asp>.

332. El artículo 41 del CEDH dispone que *si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.*

A modo de ejemplo, Sentencia de 26 de febrero de 2002 (JUR 2002, 90046), caso Kutzner

como el nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de los Estados miembros³³³.

El derecho a la reinserción en el medio de origen hay que tratarlo de forma separada con respecto a los menores extranjeros no acompañados. Con independencia de la medida de protección acordada (ingreso en centro en atención inmediata, desamparo... que se tratará más adelante), es preciso abordar el derecho al mantenimiento a la familia de origen teniendo en cuenta las peculiares circunstancias en que se encuentra el menor en nuestro país. En estos casos el menor abandona su país normalmente de forma voluntaria (con o sin apoyo de su familia, teniendo a veces un objetivo migratorio claro y sin saber a los peligros y situaciones que se expone en su destino). Los padres habitualmente son conocedores de que el menor va a emigrar y en ocasiones incluso le obligan a ello. Sin embargo, los motivos por los que el menor emigra, y la actitud de sus padres es una cuestión independiente de la situación objetiva del menor en nuestro país, y del trato que se le dé al mismo en aplicación de la normativa vigente³³⁴.

La regulación de esta cuestión la hallamos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. La legislación pone la nota en realizar un esfuerzo porque este retorno al país de origen se realice. Pero para ello hay que contar en primer lugar con medios de investigación sobre la familia de origen del menor ya que el artículo 92.4 pone los límites sobre la repatriación de los menores:

a) Ha de localizarse la familia del menor o, en su caso, los servicios de protección de menores de su país de origen³³⁵. *La Administración del Estado, conforme al*

contra Alemania o Sentencia de 26 de febrero de 2004 (JUR 2004, 45079), en el caso Görgülü contra Alemania.

333. Definición extraída de la Resolución del Consejo de 26 de junio de 2007 (DOCE C 221/1997, de 19 de julio).

334. El informe de 21 de febrero de 2003 sobre Menores Inmigrantes en España, ÁLVAREZ JIMÉNEZ, M., de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (<http://www.rebellion.org/ddhh/jimenez210203.htm>), menciona que tras una investigación llevada a cabo en Tánger y de modo muy sintético se puede decir que existen cuatro situaciones de referencia en origen de los menores marroquíes que llegan a España. Los menores escolarizados que viven con su familia en un ambiente estable afectiva y económicamente, son un 10% del colectivo entrevistado. Los menores que viven en un ambiente familiar estable y con dificultades económicas, que pasan gran parte de su tiempo en la calle, pero no hacen de ésta un medio de vida, representan un 40% del colectivo entrevistado. Una tercera situación es la de los menores que viven en un ambiente familiar inestable y con una situación económica precaria o muy precaria, son el 35% del colectivo entrevistado. Por último están los menores que hacen de la calle su modo de vida y están desarraigados de su núcleo familiar, son los llamados niños de la calle y son un 15% del colectivo.

335. LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. (Coord.), en «Los menores en el Derecho español», ob. cit., pg. 467, respecto de la posibilidad de atención adecuada por los servicios de protección de los países de origen, señala que, en muchos casos, se trata de niños de la calle y habría que cuestionar

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España, según el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000.

b) Según el artículo 92.4 del Real Decreto 2393/2004, *una vez localizada la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país, se procederá a la repatriación mediante su entrega a las autoridades de fronteras del país al que se repatrié. No procederá esta medida cuando se hubiera verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares*³³⁶. Tal como se puede observar esta cláusula es sumamente amplia y de carácter muy protector, por lo que debemos considerar los siguientes aspectos:

- Es necesario un informe en que se constate la situación social real de la familia del menor. En caso de que éstos no puedan atenderlo, habrá que cerciorarse de que el sistema de protección lo va a atender adecuadamente³³⁷. Sin embargo en el intercambio con profesionales de distintas comunidades autónomas hemos podido comprobar que en la práctica la Entidad pública no siempre realiza este informe. Por ello la indeterminación de la competencia avoca, en ocasiones, a que ninguna Administración asuma la responsabilidad.
- Hay que distinguir la entrega del menor a su familia o a los servicios de protección (reagrupación familiar), de la entrega en frontera (repatriación). Se aplican de forma indiferente ambos conceptos, pero obedecen a realidades diferenciadas, ya que se garantizarán los derechos del menor si se hace una reagrupación familiar con estudio previo de la situación familiar³³⁸, no

si verdaderamente es realista pensar que los servicios de protección de su país se harán cargo de los mismos. Cita en este sentido a PÉREZ CRESPO, M. J., en «Menores no acompañados», Revista de servicios sociales y política social, núm. 48, Madrid, 1999, cit., pg. 57, que apunta, desde su experiencia, que en 2 de cada 3 casos no es posible localizar a la familia por falta de datos o falsedad de los mismo, y que es frecuente que se informe de que es preferible la permanencia del menor que tendrá mejores oportunidades de vida porque la familia es muy «pobre».

336. En palabras de FERNÁNDEZ MASÍA, E., en «Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España», Tomo II, Actualidad Civil, núm. 19, Madrid, 1998, cit., pg. 435, los órganos públicos españoles deberán vigilar que esta reinserción no sólo sea efectiva, sino que además, no puede generar un riesgo real ni para el menor ni para su familia. Si no se consigue este objetivo el menor extranjero debe insertarse en el cauce previsto con carácter general para todos los menores desamparados con el objetivo de conseguir su plena integración familiar y social en nuestro país.

337. El artículo 92.4 señala expresamente que *la Administración General del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor, después de haber oído al menor, y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre la repatriación a su país de origen, o a aquel donde se encontrasen sus familiares, o, en su defecto, sobre su permanencia en España.*

338. La Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (97/C 221/03), en su artículo 3.3 dispone que *con fines de reagrupación familiar, los Estados miembros deberían procurar encontrar lo antes posible a la familia del menor no acompañado, o localizar el lugar de residencia de sus familiares, independientemente del estatuto jurídico de los mismos y sin prejuzgar la fundamentación de una posible solicitud de residencia.*

así una repatriación, sin las más mínimas garantías de las condiciones de retorno³³⁹. La Ley núm. 02-03 relativa a la entrada y residencia de extranjeros en Marruecos, a la emigración e inmigración irregulares³⁴⁰, no distingue entre mayores y menores de edad, por lo que de ser entregado en frontera el menor corre el peligro de que, aplicándose esta normativa pueda sufrir penas aplicables a mayores de edad. Respecto de la forma en que se están realizando las repatriaciones de los menores a su país de origen, especialmente a Marruecos, existen múltiples denuncias³⁴¹. En auto de 6 de abril de 2006, en procedimiento contra Derechos Fundamentales del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 14 de Madrid, se acuerda mantener la suspensión del acto de la Administración que ordena la repatriación de un menor marroquí, la devolución del pasaporte al menor y dispone que no procede suspender la tutela de la Comisión Tutelar del Instituto Madrileño del Menor y la Familia. A este menor se le nombró asimismo un defensor judicial, ya que, contando con el asesoramiento de la Asociación de Coordinadora de Barrios, se solicitó su nombramiento, a lo cual ha accedido el Juzgado. La Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona extiende su ámbito de aplicación a todos los derechos y libertades a que se refiere el artículo 53-2 de la Constitución, elevándose por tanto en el caso de los menores inmigrantes el derecho al mantenimiento de su medio de origen, en su vertiente negativa, esto es, el derecho a la no reinserción, a derecho fundamental. Éste es un caso que de forma aislada ha saltado a la luz pública, pero según se desprende de la información mediática y de los informes de organizaciones no gubernamentales, la práctica de la repatriación en frontera, sin seguir los procedimientos legales (se vulnera el derecho del menor a ser oído en el procedimiento conforme al artículo 9 del LO 1/1996 de 15 de enero, de

339. Sobre esta cuestión se pronuncia el Defensor del Pueblo Andaluz, «Informe especial sobre Menores Inmigrantes en Andalucía», BOPA núm. 18, de 8 de junio de 2004, ya que al explicar cómo se realizan algunos retornos de menores inmigrantes, señala que con la voz «reagrupación» en realidad a lo que se refieren es a la repatriación del menor. Pone de manifiesto como punto más criticable de la atención dispensada a los menores inmigrantes en la provincia de Cádiz, que se refiera a la política de favorecimiento de las repatriaciones sin garantía de efectividad de los derechos de los menores custodiados por el Ente Público de Protección. Y menciona igualmente la diferencia de criterios usados en las distintas provincias sobre esta materia.

340. Boletín Oficial núm. 516 del 20 de noviembre de 2003.

341. El problema, señala SOS Racismo, es que durante estos procesos «ni los menores ni sus familias son informados de que se les va a retornar, no se localiza a la familia de origen ni se lleva a cabo un informe social que evalúe la situación y se rompen los procesos formativos de los menores». En algunos casos, incluso, la Policía ha llegado a entrar en los centros de acogida de madrugada para retornarlos (http://www.canalsolidario.org/web/noticias/noticia/?id_noticia=6452).

Una vez en Marruecos, son habituales «los malos tratos, las vejaciones, los insultos y todo tipo de acciones» por parte de la policía marroquí, advierten las ONG. «Entre los menores retornados, un 11% no ha vuelto a su casa y se ha quedado en la calle, algunos por graves problemas familiares. En este caso ninguna institución acogió a los chavales y los servicios de protección de la infancia en Marruecos no han llevado a cabo ni la más mínima actuación para protegerlos».

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

protección jurídica del menor, el derecho a la defensa y demás garantías procesales, además de no cumplir con el objetivo marcado por la CNUDN de considerar como criterio prioritario en cualquier actuación relativa a menores el principio del interés superior del menor como guía de actuación), es habitual en muchas partes del territorio español³⁴².

De lo expuesto se observa que la falta de seguridad jurídica con relación al derecho al mantenimiento del medio de origen, relativo a menores inmigrantes, es un fenómeno manifiesto. Tal como se ha expuesto más arriba el derecho al mantenimiento al medio de origen, en el sentido defendido el Tribunal de Estrasburgo, tiene una vertiente negativa, de no retorno, que igualmente ha de ser respetada. Existen normas legales que la regulan, pero la aplicación es sumamente arbitraria, dependiendo de la zona del territorio español en que se encuentre el menor, variando incluso la forma y las causas por la que se realiza dentro de una misma Comunidad Autónoma (véanse las conclusiones del Informe Especial del Defensor del Pueblo Andaluz, mencionado más arriba, los diferentes criterios de actuación en la provincia de Cádiz, puerta de entrada de los inmigrantes en nuestro país, respecto del resto de provincias andaluzas; o la forma de actuación en la Comunidad Autónoma de Madrid, tal como se ha expuesto en el auto mencionado). El hecho de que el número de casos sea mayor o menor no puede ser motivo para una diferente aplicación de la Ley³⁴³. Los menores tendrán que ser retornados a su país conforme a unos criterios claros, y estos criterios habrán de ser aplicados por igual en todos los casos si no se quiere vulnerar el principio de igualdad. Resulta preocupante que en el caso del menor inmigrante en que se ordena la repatriación, sea necesario nombrarle al menor un defensor judicial para defenderlo de la forma de actuar de la propia Administración, la cual es su tutora por resolución de desamparo, y se supone que debe procurar que se cumpla la legalidad vigente. Esto provoca incluso la huida de los menores de los centros de protección, que prefieren vivir en la calle antes que ser repatriados³⁴⁴.

342. http://www.hrw.org/spanish/informes/2002/callejon6.html#P811_138796.

343. Y el hecho es que el número de menores inmigrantes va en aumento de año en año, desde que comenzara este fenómeno a mediados de los años 90. Más allá de una simple cuestión de protección de menores, la llegada de menores inmigrantes solos a Cataluña es, según el *síndic de greuges*, RAFAEL RIBÓ, un «fenómeno estructural» que va en aumento y requiere políticas claras y estables, y la coordinación entre administraciones. Durante 2005, llegaron a Cataluña cerca de 500 menores extranjeros sin referentes familiares, según el Departamento de Bienestar (http://www.elpais.es/articulo/elpepautcat/20060203elpcat_16/Tes/cataluna/Ribo/pide/coordine/atencion/menores/inmigrantes). Denuncia MURILLAS ESCUDERO, J. M., igualmente, que, conforme al mandato imperativo de la LO 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, la Administración, ni estatal ni autonómica, podrá justificar una desatención a los menores extranjeros no acompañados argumentando la falta de medios y recursos, alegando el contingente de menores que tiene que atender en un momento determinado (Estudio Doctrinal, «Menores Inmigrantes: aspectos jurídicos», Aranzadi, Pamplona, 2003, cit., pg. 7).

344. Así se viene denunciando por sectores no gubernamentales y se conoce de esta situación fundamentalmente a través de los medios de información, saliendo a la luz noticias como la del día 14 de abril de 2006 en el Diario El País en que se informa de que diez ONG han denunciado ante el Defensor del Pueblo que en la Comunidad de Madrid se vulneran los derechos de los inmigrantes menores no acompañados, en su mayoría marroquíes, durante los procesos de repatriación. Responsabilizan a la Administración, entre otras cosas, de no

En el apartado dedicado al desamparo trataremos además los diversos criterios seguidos respecto de la medida de protección que se otorga a estos menores, así como la cuestión de los protocolos seguidos para la determinación de la minoría de edad, que ponen asimismo de manifiesto la clara inseguridad jurídica en que se encuentran estos menores.

3.4. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL SOBRE EL PRINCIPIO DEL DERECHO AL MANTENIMIENTO Y REINSERCIÓN AL MEDIO DE ORIGEN

El artículo 6 del CEDH, propugna que *toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley*. La defensa de los derechos de los menores, y, en concreto el derecho del mantenimiento en el medio de origen, suelen dar lugar a procesos jurisdiccionales, en los que, como se verá más adelante, además de las cuestiones de fondo, es la propia lentitud de la resolución de los mismos la que determina la posible reinserción.

La realidad es que la separación de menores de su familia de origen y la posterior solicitud de reinserción ha dado lugar a una amplísima jurisprudencia, tanto constitucional, como del TEDH, así como a múltiples resoluciones de las Audiencias Provinciales y en los Juzgados de Primera Instancia. En toda esta casuística se repite el derecho del menor al mantenimiento en su hogar familiar, así como el derecho a mantener relaciones familiares una vez separado o el derecho a que, por los poderes públicos, se provean las condiciones necesarias para la reinserción. E igualmente en algunas ocasiones se defiende la vertiente positiva del derecho, esto es el derecho a la separación e intervención de los poderes públicos o al no retorno.

Por lo que respecta al Tribunal Constitucional, se ha pronunciado sobre la protección de menores a través de la vía del amparo constitucional, en ocasiones con base al derecho a la defensa, otras en aplicación del derecho a la integridad moral de los menores; normalmente con ocasión de resoluciones jurisdiccionales controvertidas relativas a menores inmersos en procesos preadoptivos³⁴⁵. Casos como el niño de El Royo, la niña de Benamaurel o el de Dos Hermanas, que además han tenido gran repercusión mediática y social y han puesto de manifiesto que son muchas las situaciones en que no se cumple con el mandato del CEDH

tener en cuenta las circunstancias personales de cada menor. La Delegación del Gobierno asegura que se estudia cada expediente con detenimiento antes de decidir la reagrupación. Los menores están escapando de los centros. Prefieren vivir en la calle ante el temor de que los encuentre la policía. (https://mipais2.elpais.es/articulo/espana/ONG/denuncian/violacion/derechos/menores/inmigrantes/repatriados/elpporespmad/20060414elpepinac_17/Tes/).

345. La nueva redacción de la Ley de Adopción internacional, al incluir en el texto del artículo 154 la mención a que *la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica*, está reconociendo ese derecho a la integridad moral de los hijos, defendido a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

de que dichos procesos se concluyan en un plazo razonable. Considerando que previamente a acudir al Tribunal Constitucional, se han agotado las demás instancias jurisdiccionales, y que a veces incluso, se solicita la suspensión de la ejecución de la resolución judicial, en tanto el Tribunal Constitucional decide sobre el fondo del asunto, la realidad es que los menores sí se ven inmersos en complicados y largos procesos. Y aún sin llegar al Tribunal Constitucional, los procesos de adopción en que los padres se oponen al desamparo, al acogimiento preadoptivo, niegan posteriormente el asentimiento a la adopción y se vuelven a oponer a la adopción, aún sin usar otras vías de recurso pueden dar lugar a la espera de años para obtener una resolución definitiva³⁴⁶.

Como ejemplo de lo expuesto, la Sentencia del Tribunal Constitucional, 114/1997³⁴⁷, que estima el recurso de amparo presentado por inadmisión de la petición de suspensión de la vista del procedimiento de adopción de una menor, por no respetarse el derecho de defensa de la madre (se realizó la vista del procedimiento de adopción sin estar presente el abogado por no haber podido asistir debido a una huelga de Renfe). No entra la resolución a conocer las causas que dieron lugar al desamparo (resolución que no había sido impugnada), ni sobre las causas del sucesivo acogimiento y adopción del menor (la madre, de 15 años en el momento del nacimiento, al parecer pone en peligro la vida del menor por falta de cuidados), sino que reconoce el derecho de ésta a la defensa, señalando que el hecho que el antiformalismo de estos procedimientos no puede llevar a que no se respeten las garantías básicas del artículo 24 de la Constitución, según doctrina sentada por el propio Tribunal. La resolución ordena que anular el auto de adopción y retrotraer las actuaciones al momento del señalamiento de la vista del recurso de apelación. El inconveniente: el menor ya lleva en ese momento más de cuatro años con su familia de acogida.

Si bien se hará una exposición jurisprudencial amplia con motivo del estudio del desamparo, sí conviene resaltar en este momento algunos criterios sentados por el Tribunal Constitucional sobre la reintegración familiar. No entra el Tribunal a conocer de aquellos casos en que lo que se esgrime como causa de amparo es la simple aplicación de las normas sobre medidas de protección, a pesar de que se han dirigido los particulares en más de una ocasión al mismo con dicha reivindicación, sino aquellos en que existe vulneración de los preceptos susceptibles de amparo. Así en Auto del Tribunal Constitucional 137/1992, de 25 de mayo de 1992 (RTC 1992, 137 AUTO), el Tribunal Constitucional examina el recurso de amparo interpuesto por la madre biológica de unos menores, de los que tras solicitar la guarda de los mismos, y al no poderse reintegrar posteriormente con ella, se de-

346. CORRAL GARCÍA, E., en «El derecho a la integridad moral del menor...», ob. cit., pg. 2001, pone de manifiesto el hecho que aunque los procesos estén viciados desde un principio, tanto por errores administrativos como judiciales, a lo que se une la lentitud de la maquinaria judicial, finalmente lo más acorde con el interés de los menores en los casos planteados es el mantenimiento del *status quo*, es decir, que los niños sigan con la familia de acogida y no vuelvan con sus progenitores, aunque éstos tengan derecho a ello.

347. BOE núm. 171 de 18 de julio de 1997.

claró el desamparo y su acogimiento familiar. En este caso no se acuerda la reintegración familiar por la Audiencia Provincial y se mantiene la declaración de desamparo, ya que la madre había incurrido en un «descuido» respecto de la educación de sus hijos. Si bien es cierto que la madre alega que ella sólo pidió la guarda de sus hijos, y sin embargo terminaron en un acogimiento de carácter preadoptivo, esgrime el Tribunal Constitucional que la normativa vigente (artículo 173.2 del Código Civil) permite la constitución del acogimiento con independencia de que la solicitud fuera de guarda. La posibilidad de que solicitada la guarda, a pesar de la obligación de los poderes públicos de intentar siempre la reinserción, si ésta fracasa, no implica que no pueda la Entidad pública asumir la tutela y tomar otras medidas en interés del menor, y así lo han recogido expresamente las legislaciones autonómicas³⁴⁸.

Respecto de la forma de reintegración de los menores a su familia de origen, existen múltiples resoluciones que se pronuncian sobre la necesidad de hacerlo de forma progresiva en la mayoría de los casos. Así, el Auto del Tribunal Constitucional 28/2001, de 1 de febrero (RTC 2001, 28 AUTO), sobre el caso del niño de El Royo, estudia expresamente la cuestión de la forma de reintegración del menor con su madre biológica. Habiendo considerado los órganos judiciales de la jurisdicción civil el riesgo para la salud y el desarrollo personal y familiar del menor que podía ofrecer su convivencia con su madre biológica, optaron por no reiniciar de plano la convivencia, sino, tal como señaló la Audiencia Provincial, realizar el proceso de reintegración paulatinamente y adoptando las debidas precauciones. El Auto del Tribunal Constitucional 21/2002, de 25 de febrero (RTC 2002, 21 AUTO), con motivo de pronunciarse sobre la suspensión de la ejecución del auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, previa a la resolución de recurso de amparo interpuesto por los acogedores preadoptivos de una menor, realiza una exposición sobre la forma de reintegración de los menores. El Juzgado núm. 7, en ejecución de la resolución de la Audiencia Provincial de Sevilla que ordena la revocación de resolución de desamparo de los menores y la no constitución de acogimiento preadoptivo, analiza la forma en que por el Juzgado se ha ordenado dicha reintegración, y no accede a la petición de suspensión, ya que, tal como manifiesta *habiéndose acordado por dicho Juzgado un programa de acercamiento de los dos menores con su madre biológica* (consistente en una primera fase, durante tres meses, de visitas tuteladas y, posteriormente otros 6 meses, en colaboración con el Departamento de Psiquiatría en un centro público de forma igualmente supervisada, para pasar por último a una exploración judicial que determinara, junto a informe pericial la evolución de la relación materno-filial y la conveniencia de proseguir con el régimen iniciado), *permaneciendo los menores en el ámbito afectivo y convivencia en el que se*

348. El artículo 30.1 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de La Infancia de la Región de Murcia señala que *la situación de guarda se extingue por la desaparición de las causas que la motivaron o por la constitución de la tutela*. La resolución de desamparo se puede dictar incluso durante la tramitación de procedimiento de guarda, cuando de la instrucción del mismo se concluya que el menor está desamparado, en este sentido el artículo 39 del Decreto 42/2002 de 12 de febrero de desamparo, guarda y tutela del menor de Andalucía.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

encontraban antes de interponerse la demanda de amparo (...) procede denegar la solicitud de suspensión de la ejecución de la sentencia de la Audiencia Provincial.

La interposición de recursos, ante cualquier instancia jurisdiccional, por parte de las personas que tienen la guarda de los menores, tiene en muchos casos por objeto el consolidar los lazos de unión con los mismos, haciendo que el simple paso del tiempo haga imposible la reintegración del menor a otro núcleo familiar, en ocasiones el biológico, en ocasiones al que disfrutaban con anterioridad por adopción. Es por ello relativamente frecuente que en estos procesos se solicite la suspensión previa a la resolución, del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclame ante la instancia jurisdiccional. El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la suspensión y en concreto lo ha hecho sobre la suspensión en procesos relativos a protección de menores. Para que se produzca dicha suspensión han de darse dos premisas (artículo 56.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional):

a) Que la ejecución ocasione un perjuicio que haga perder al amparo su finalidad.

b) Que de la misma no se siga una perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero.

Hemos visto más arriba cómo se pronunció el Tribunal Constitucional en el Auto 21/2002, de 25 de febrero, en contra de la suspensión, consolidando así la situación de los menores con sus, entonces, guardadores de hecho. Sobre la demanda de amparo formulada por éstos, se pronunció el Tribunal Constitucional, en Sentencia 124/2002, de 20 de mayo (RTC 2002, 124)³⁴⁹, considerando que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los acogedores. En este caso los menores habían permanecido en el núcleo familiar de éstos, si bien ejecutándose el plan de reintegración familiar. La Audiencia Provincial ha tenido por tanto que volver a pronunciarse sobre el caso, ordenando de nuevo que los menores se reintegren con su madre. Sin embargo, la dilación en los procesos jurisdiccionales y los entresijos judiciales en que se han visto inmersos los menores han dado lugar a que la reintegración, a pesar de ser ordenada, no se haya podido materializar. De hecho, la madre ha sido objeto de una indemnización sin precedentes mediante Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 30 de diciembre de 2005 (AC 2006, 70). Luego, debemos cuestionarnos, si los menores tienen derecho a mantener su familia de origen, pero el sistema jurisdiccional no funciona ágilmente, la realidad es que este derecho, en muchas ocasiones no tendrá un cumplimiento eficaz. Quizás nos encontramos ante un sistema perverso, y a su vez ineficaz, que formalmente se muestra garantista de unos derechos que no es capaz de proteger.

En otros, como el Auto del Tribunal Constitucional 206/2000, de 18 de septiembre de 2000 (RTC 2000, 206 AUTO), en el conocido caso de la niña de Bena-

349. BOE núm. 146, de 29 de junio de 2002.

maurel, se pronuncia el Tribunal a favor de la suspensión de ejecución del auto del Juzgado ordenando la reintegración de la menor con su familia adoptiva, por considerar que ha quedado acreditado en el incidente de suspensión, que existe un riesgo real de que se causen graves daños en la integridad psíquica de la menor de ejecutarse el auto impugnado, que conllevaría la gradual reintegración en la familia adoptiva. En definitiva, señala el Tribunal, *la ejecución de la resolución judicial controvertida afecta a bienes de imposible restitución a su estado anterior de ser menoscabados, por lo que procede su suspensión.*

El Auto del Tribunal Constitucional 147/2002, de 23 de julio (RTC 2002, 147 AUTO) resuelve sobre la petición de suspensión del padre biológico de un menor, que en el momento de resolución cuenta con tres años de edad, habiéndose incorporado a la familia preadoptiva cuando tenía un año de edad. El argumento fundamental, esgrimido por el Tribunal en esta ocasión es que de accederse a la suspensión, y de no ser estimada posteriormente la demanda de amparo constitucional presentada por el padre, el menor se vería obligado a cambiar por dos veces de su entorno afectivo y de convivencia, lo que podría causarle graves perjuicios en la formación de su personalidad, por lo que no accede a la petición. No se trata por tanto de que el Tribunal anteponga a la familia biológica o de origen o a la preadoptiva, sino que realiza un juicio de intereses entre ambas con respecto al menor, ponderando los derechos afectados.

Ha sido argumento esgrimido con cierta asiduidad ante el Tribunal Constitucional, la defensa del derecho a la integridad moral del menor (artículo 15 de la Constitución), con relación al paso del tiempo, para evitar la reintegración familiar³⁵⁰. Es paradigmática en este aspecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 221/2002, de 25 de noviembre de 2002 (RTC 2002, 221)³⁵¹, iniciada por demanda de amparo del Ministerio Fiscal. En el conocido caso de la niña de Benamaurel, la menor fue desamparada y adoptada legalmente en el año 1987, un año después de su nacimiento. Con posterioridad, en el año 1993 fue declarada en situación legal de desamparo por presunto maltrato de sus padres adoptivos. Por ello la menor pasó a una nueva familia de acogida, con los que permaneció entre 1993 y 1995, hasta que se ordenó el cese de dicha situación con motivo de los presuntos abusos sexuales de sus nuevos acogedores. Con motivo de la oposición de la madre adoptiva a la resolución de desamparo, el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla, ordenó su reinserción con dicha familia. Requiere el Juzgado en dos ocasiones a la Junta de Andalucía para que inicie el proceso de reintegración, pero debido al carácter traumático de la relación de la menor con su familia adoptiva, solicita la Administración y se adhiere el Fiscal, la suspensión de la ejecución, acordando el Juzgado la misma, debido a los perjuicios que causaría a la menor dicha ejecución. De nuevo, en el año 1998, la menor pasa de acogimiento residencial a

350. PÉREZ LUÑO, A. E., trata la intimidad como derecho fundamental y la dignidad humana como fundamento de la intimidad en «Estado social y democrático...», ob. cit., pg. 330, identificando la dignidad humana con lo que en ocasiones se denomina libertad moral y en estrecha relación con la igualdad, entendida como paridad social de las personas.

351. BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2002.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

acogimiento familiar, en un nuevo núcleo familiar, hasta que poco después, en el mismo año, la Audiencia Provincial resuelve que hay que reintegrarla a sus padres adoptivos, requiriendo el Juzgado a la Administración que dejara sin efecto el nuevo acogimiento. Se dirige incluso la menor, con su familia acogedora al Juzgado de Paz de Benamaurel, insistiendo en su derecho a ser oída en el procedimiento, uniéndose a esta petición el Ministerio Fiscal, y formalizándose finalmente la audiencia ante el Juzgado núm. 7. En ese momento, el Juez, en aplicación del artículo 158.3 del Código Civil acuerda atribuir a la Administración la guarda de la menor, disponiendo que se mantuviera la situación de guarda de hecho con los últimos guardadores, *debido a que el retorno de la menor con su familia adoptiva era gravemente dañoso, pernicioso y contraproducente para su integridad psíquica*. Dicha resolución fue revocada por la Audiencia Provincial de Sevilla en Auto de 3 de febrero de 2000 (AC 2000, 56). En nuevo auto del Juzgado núm. 7 se acuerda suspender cautelarmente la ejecución ordenada por la Audiencia Provincial, en tanto se resuelva el recurso de amparo formulado ante el Tribunal Constitucional, en el que alega que se ha vulnerado la integridad moral de la menor con relación a su libre desarrollo de la personalidad. Los distintos avatares que ha tenido que soportar la menor, el transcurso del tiempo y la edad y circunstancias de la menor provocan, según la demanda, un cierto deterioro psicológico de la misma. Precisa el Tribunal Constitucional en sus fundamentos jurídicos, respecto de la cuestión que nos ocupa, que su misión es verificar si la decisión de la Audiencia Provincial de revocar el Auto del Juzgado de Primera Instancia, como consecuencia de la petición formulada para evitar el daño psíquico que podía ocasionar el retorno con la familia adoptiva, se ha justificado debidamente, en orden a salvaguardar la integridad moral de aquélla. Hace notar el Tribunal Constitucional que para apreciar una vulneración del artículo 15 de la Constitución, *no es preciso que la lesión de la integridad moral se haya consumado (...) sino que exista un riesgo relevante*. Señala que en la adopción de nuevas medidas por el Juez de Primera Instancia se han tenido en cuenta el hecho de que *la menor se encontraba ante una nueva etapa de su existencia, que no había sido tenida en consideración con anterioridad, ya que no se trata de volver a analizar una pretérita causa de desamparo, sino de adoptar medidas ex novo, para evitarle perjuicios*.

Si bien es cierto que la actitud del Juzgado y de la propia Administración ha sido criticada³⁵², lo cierto es que el Tribunal Constitucional, en el momento de la

352. BERCOVICZ RODRÍGUEZ-CANO, en su artículo titulado «¿Protección de menores versus protección de progenitores?», ob. cit., pgs. 11 y ss., pone la nota en el uso que se hace de la declaración de desamparo y destaca las consecuencias prácticas que conlleva una declaración de desamparo que pudiera ser descertada. Cuando un menor está en situación de desamparo y se decide integrarlo en un núcleo familiar, la posibilidad de retorno con su familia biológica puede resultar muy complicada. Este caso así lo refleja, y el autor destaca que «la situación de desamparo sólo puede declararse en circunstancias de extrema necesidad, no puede depender de meros criterios educativos. En este caso se pone de relieve los enormes costes que supone una decisión descertada...» se ha llegado a una situación de imposible solución sin el sacrificio de las relaciones afectivas de la niña, de las relaciones afectivas de su padres adoptivos o de las relaciones afectivas de su familia de acogimiento. Todos ellos merecen en principio respeto, y sin embargo, ello no podrá traducirse en su deseable satisfacción.

decisión ha de contemplar los hechos tal como afectan a la menor en el instante en que dicta resolución. El menor va cambiando con el paso de los años y esta circunstancia ha de tomarse siempre en consideración, cuando se ha de proceder a la reintegración familiar. El Tribunal Constitucional admite el amparo con base al derecho a la integridad moral y este derecho no debe perderse de vista en la adopción de medidas en el sistema de protección. Ello unido al hecho que lo que el niño o la niña fue en el momento del desamparo, pasados varios años puede haber variado, por sus circunstancias sociales y emocionales. El derecho a la reintegración, por tanto, choca frontalmente con el paso del tiempo. Por ello es esencial que, para que el sistema de protección funcione de forma segura, se procure evitar en lo posible, la dilación en la toma de decisiones y en la resolución de los recursos jurisdiccionales. A ello hay que unir el derecho del menor a ser oído en el proceso. En el caso examinado la menor tenía una opinión firme sobre sus deseos de permanecer en el núcleo familiar en que se encontraba, y, sin embargo, las decisiones judiciales, sin tomar en consideración dicho deseo, confirmaban su obligación de reintegración. Estamos ante la vertiente negativa, de no intervención y del derecho al mantenimiento del medio de origen (en este caso el acogedor), que debe ser objeto de defensa tanto como el de reinserción.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2004, de 19 de abril de 2004 (RTC 2004, 71)³⁵³, se vuelve a enfrentar a otra nueva demanda interpuesta por los acogedores de una menor, en que se utiliza el argumento de la vulneración de la integridad moral como causa para la no reintegración de la menor, en este caso, a su madre biológica. Habiendo ordenado la Audiencia Provincial de Sevilla la reintegración, pasando previamente por un período de acoplamiento, a través del ingreso en un centro de protección, por el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla núm. 7 se acuerda con base al artículo 158.3 del Código Civil, la no reinserción por los perjuicios psicológicos que ello pudiera causar a la menor. Se estudia por el Tribunal Constitucional los paralelismos de este caso con el de la Sentencia del Tribunal Constitucional 221/2002, de 25 de noviembre (RTC 2002, 221)³⁵⁴, en que se acordó de plano estimar el amparo, ya que quedó demostrado que se había vulnerado el derecho a la integridad moral (el *lapsus* de tiempo de la menor con la familia de acogida era ya de 6 años y la reintegración era con la madre adoptiva, que no biológica, lo que el Tribunal Constitucional parece valorar más, con base al artículo 172.4 del Código Civil). Sin embargo, en este caso estima el Tribunal Constitucional que la orden de la Audiencia Provincial de reintegrar a la menor era adecuada a derecho (la misma llevaba un año y medio en la familia de acogida, y por la Audiencia se había valorado, que si bien habría un daño presente, compensaba el hecho de la reintegración futura a su madre natural), pero toma en consideración el tiempo transcurrido en la resolución del caso e indica de nuevo que se debe remitir a la Audiencia Provincial para su resolución, considerando las nuevas circunstancias y el paso del tiempo, para que no se vulnere ahora el derecho a la integridad moral.

353. BOE núm. 20, de 18 de mayo de 2004.

354. BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2002.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

En todos estos casos ha tenido que examinar el Tribunal Constitucional dos cuestiones esenciales:

1.—Determinar si la integridad moral tiene un contenido más amplio que la simple ausencia de torturas o tratos degradantes. Concluye el Tribunal Constitucional que conforme al Auto del Tribunal Constitucional 333/1997, de 13 de octubre (RTC 1997, 333 AUTO), el derecho a la integridad moral determina un ámbito protegido independiente del empleo de torturas, penas o tratos inhumanos degradantes. El concepto «daños psicológicos» al menor se integra en el ámbito protegido por el artículo 15 de la Constitución.

2.—Si se vulnera el derecho a la integridad moral no sólo por una conducta ya realizada, sino también cuando se pone este derecho en situación de riesgo. Se pronuncia de forma afirmativa el Tribunal Constitucional, al expresar que *no es preciso que la lesión de la integridad moral se haya consumado, si no que a efectos de que el derecho invocado se estima lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse*. (El Ministerio Fiscal y la familia acogedora acudían al argumento, en el caso de Benamaurel de que «existe un riesgo de que la menor pueda padecer nuevos deterioros psicológicos se practica el procedimiento acordado»).

Las medidas de separación de los hijos de sus padres, según criterio del TEDH han de ser *necesarias en una sociedad democrática*, y han de estar *previstas por la ley*, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de CEDH. En Sentencia de 16 de septiembre de 1999 (TEDH 1999, 35), caso Buscemi contra Italia, en que el padre demanda contra la medida de ingreso en centro de su hija y la restricción del derecho de visitas, el Tribunal estima que las medidas no sólo eran necesarias sino que fueron pertinentes y equilibradas, estando previstas en el artículo 333 del Código Civil italiano.

Sin embargo, el principio de subsidiariedad de la actuación pública se invierte cuando las circunstancias lo requieren. La jurisprudencia del TEDH se ha pronunciado en diversas sentencias en este sentido, al disponer que el artículo 8 del CEDH genera obligaciones positivas del Estado para garantizar un respeto efectivo de la vida familiar. En Sentencia de 26 de junio de 2003 (JUR 2004, 73133), caso Marie contra Portugal, sobre sustracción internacional de una menor, manifiesta el Tribunal que las autoridades portuguesas no desplegaron todos los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho del demandante al retorno de la niña, y, en concreto, apunta *que el Tribunal considera que corresponde a cada Estado contratante el dotarse de un arsenal jurídico adecuado y suficiente para asegurar el cumplimiento de las obligaciones positivas que le incumben en virtud del artículo 8 del Convenio*. Respecto del criterio del TEDH al interpretar las demandas relativas a mantenimiento de la medida, considera que en tanto sigan vigentes las causas que dieron lugar a la retirada, se debe mantener la medida. En la Sentencia de 24 de marzo de 1988 (TEDH 1988, 2), caso Olsson contra Suecia, se pronuncia el Tribunal sobre la demanda contra el mantenimiento de medidas de los padres de tres menores que

habían sido retirados y enviados a hogares de acogida, acordando el mantenimiento de las mismas ya que no se adoptaron con el fin de impedir el reagrupamiento de la familia, sino con el objetivo legítimo de proteger la salud y los derechos y libertades de los menores. Y en Sentencia de 27 de abril de 2000 (TEDH 2000, 221), caso K. y T. contra Finlandia, al analizar el rechazo de las autoridades nacionales a terminar con la medida de separación (*care order*), estudia cómo el situar a los menores en una familia de acogida por un largo plazo de tiempo, sin considerar los avances en la situación de los padres, estimando la presunción de que un acogimiento de larga duración era la mejor medida, así como la falta de un esfuerzo serio por parte de las autoridades de considerar la terminación de la guarda pública, han constituido una violación del artículo 8 del CEDH.

Se han pronunciado las Audiencias Provinciales sobre la necesidad de la prevalencia de la familia de origen, con motivo de la resolución de recursos contra la declaración de desamparo y de la oposición contra el acogimiento, así como de resoluciones de no idoneidad de la familia extensa.

Así, con respecto a la ratificación de la resolución de desamparo, la Sentencia Audiencia Provincial de León de 21 mayo de 2004 (AC 2004, 902), declara que *la prevalencia de la familia natural ha de ceder cuando las circunstancias concurrentes ponen de manifiesto el perjuicio que para el bien del menor, tanto en lo físico como en lo psíquico, supondría esa permanencia bajo la guarda y custodia de la familia natural*. En el caso analizado, la madre del menor tiene una minusvalía psíquica, carece de ingresos y además, tampoco se valora la conveniencia de que la abuela materna se haga cargo del mismo, debido a las relaciones violentas que mantiene con la madre. En Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 mayo de 2004 (JUR 2004, 173760), relativa a la oposición al desamparo de cuatro menores formulada por la madre, se hace constar que se declaró a los menores en situación de riesgo en el año 1988, y hasta 2003 no se declara la situación legal de desamparo de los cuatro hermanos y, si bien desde la separación de los menores del núcleo familiar se observa una mejoría, se estima que debe confirmarse la declaración de desamparo, con una duración inicial de un año, prorrogable en función de los resultados de la intervención. Expresa el Tribunal que el carácter extraordinario de las medidas de protección con relación a los menores no es tal, tornándose relativo, si las medidas de protección son más favorables para ellos, tanto en lo físico como en lo espiritual, por lo que el retorno a la familia natural ha de ceder, ha de quedar a un lado. En resumen, la medida de protección del menor o de los menores, ha de estimarse adecuada, útil, idónea, provechosa, cuando la convivencia de aquellos con su familia natural no se revela conveniente. En el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de enero 2004 (JUR 2004, 61196) se expone la situación de cuatro hermanos que han sido declarados en situación de desamparo y propuesto el acogimiento de los mismos, se hace constar que no se acredita una mejor alternativa familiar, pues la reintegración en la familia de origen es criterio que queda sujeto jerárquicamente al del interés de los menores. El Código dice que «se procu-

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

rará» la reinserción, habiéndose constatado que en el caso concreto, fracasó el intento de que los niños quedasen dentro de su grupo familiar.

En la aplicación del principio de prioridad de la familia propia, es frecuente que las resoluciones jurisdiccionales entren a examinar la posibilidad real de que el menor sea atendido por otros familiares que no sean los padres, a veces a través de juicios sobre valoraciones de idoneidad y otras sobre el examen de las circunstancias del caso, cuando aun no habiendo solicitud de valoración de idoneidad, sí existen familiares interesados. Y se analiza en muchas ocasiones la actividad realizada por la Entidad pública de cara a localizar a estos familiares. Ésta es una actuación complicada, ya que hay que cuestionar qué tipo de investigación tienen que hacer los servicios de protección, y cuánto han de esperar para decidir que el menor se beneficie de familia no extensa. Lo habitual es solicitar a los padres que sean ellos mismos los que comuniquen a la Entidad pública la identidad de los familiares que pueden atender al menor³⁵⁵. Pero si la Entidad pública es conocedora de la existencia de cualquier familiar, debe poner en conocimiento de los mismos la posibilidad de acogimiento, a fin de garantizar que se han hecho las actuaciones, que dentro de lo razonable, son necesarias, antes de que el menor salga con familia ajena.

Es relativamente frecuente que las resoluciones judiciales y administrativas ordenen que cuando los menores retornan a su medio de origen, se arbitren medidas de seguimiento y control, ya que es habitual la existencia de situaciones intermedias, en que, sin que se pueda considerar que los parientes o los padres no están capacitados para atender a los menores, sí existen motivos para pensar que de no hacerse un seguimiento de la situación, la evolución pudiera no ser positiva. Esta situación suele presentarse con relación a los abuelos de los menores, mostrándose la jurisprudencia proclive, en términos generales, a favorecer la reinserción con los mismos a pesar de que, en ocasiones, su edad y circunstancias no sean las más adecuadas, poniendo por encima la afectividad que éstos puedan proporcionar a los nietos, con independencia de que la declaración de idoneidad no corresponda a los parámetros previstos por las Comunidades Autónomas en la legislación de desarrollo. No establece el Código Civil unos criterios de idoneidad para el ejercicio de la tutela y, analizada la jurisprudencia, se puede observar que los criterios de idoneidad exigidos son más laxos cuando se aplican por los Tribunales que cuando lo hace la Entidad Pública³⁵⁶. La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de

355. En este sentido se actuó, según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 15 de marzo de 2005 (AC 2005, 393).

356. Existe una profusa legislación desarrollada por las Comunidades Autónomas, en que se establecen los procedimientos para la valoración de la idoneidad y la selección de familia para cada menor, con alta cualificación técnica y con un papel muy activo de los futuros acogedores y adoptantes. (Así, el artículo 33.1 de la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, que dispone que *quienes soliciten de la Administración de la Junta de Andalucía el acogimiento familiar o la adopción de un menor deberán someterse a un proceso de valoración de idoneidad, en base a los criterios biológicos y psicosociales que se establezcan reglamentariamente y sin perjuicio de los requisitos legalmente establecidos*. Igualmente, en el Artículo 61 de la Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores se habla de idoneidad para cualquier tipo de acogimiento familiar.) Dicha regulación no existe en los

modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, ha reconocido formalmente el papel prioritario que los abuelos ejercen con relación a sus nietos. Siguiendo con el análisis de la actuación de los Tribunales, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 23 octubre de 2003 (JUR 2003, 276863), declara que, tras haber permanecido las menores en centro de protección durante dos años, y no habiendo quedado justificada por la Consejería correspondiente la no idoneidad de los abuelos paternos (únicamente alude a la existencia de dos hijos con problemas de salud mental en el domicilio), las menores deben ser acogidas por los mismos, ordenando su comunicación a la Fiscalía y a los Servicios Sociales competentes del lugar de residencia de los abuelos paternos, para la adopción de las medidas de vigilancia y control pertinentes, ya que si bien se considera necesaria la reintegración de las menores a su medio de origen, se observan carencias que hacen obligado un seguimiento de su situación.

Ocasionalmente, se acuerda incluso el acogimiento de los nietos con los abuelos, teniendo éstos una edad muy avanzada, como en el caso de la Sentencia Audiencia Provincial de Granada de 31 marzo de 2004 (JUR 2004, 128874), en que contando la abuela con 73 años de edad, ante la reclamación de la misma, frente a la resolución de no idoneidad de la Entidad Pública, al poner en la balanza el Tribunal la situación del menor, habiendo de decidir entre mantener al menor en un centro de protección y estar junto a su abuela, se inclina a favor de esta convivencia, a pesar de que se muestra consciente en su motivación el Tribunal de que pudiera ser que en el futuro la abuela no pueda continuar ejerciendo la guarda (el menor cuenta con cuatro años de edad), pero afirma: *se nos dirá si el acogimiento residencial podrá suplir el cariño que viene recibiendo el menor de su familia natural, cuando siempre hay posibilidad de remover la guarda, caso de surgir problemas graves de convivencia entre el menor y la persona a quien se le hubiere confiado e, incluso, cuando el bienestar del menor se ponga en peligro porque M. T., por razón de edad, ya no pueda prestarle la asistencia que hoy le presta.*

Se observa, sin embargo, en otras sentencias, la primacía de los padres naturales, aun cuando los abuelos estén haciendo una labor sustituta de los mismos, en el sentido de que en el momento en que los padres estén en condiciones de atender a los menores, deben ser éstos los que ostenten su guarda, así en la Sentencia de la Audiencia Provincial Orense de 21 noviembre 2005 (JUR 2006, 42451), en el caso

procedimientos judiciales o consulares –tutela, principalmente– donde no existe la intervención de la Entidad Pública y donde la idoneidad es apreciada por la autoridad judicial o consular. Destaca la intervención intensiva, y, a nuestro juicio, incluso abusiva, que se realiza en ocasiones en el núcleo acogedor o adoptante para la valoración de la idoneidad, así el artículo 15 del Decreto 45/2005, de Castilla-La Mancha, de 19 de abril de 2005, por el que se regula la adopción de menores, que señala que el número de entrevistas no podrá ser superior a seis, salvo que por causa justificada hayan de ser más. En este sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Zamora, de 26 de marzo de 2003 (JUR 2003, 123970), revoca la decisión de primera instancia que no otorgaba la tutela a unos abuelos; pero advierte que, antes de que sean nombrados tutores, debe realizarse una prueba pericial para determinar si estos abuelos son aptos para el ejercicio de la tutela.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

de una menor que ha permanecido en compañía de su abuela durante 15 meses, por circunstancias ajenas a la voluntad de la madre, ordena que la menor sea reintegrada con su madre y señala que *tanto la familia como la infancia están protegidas constitucionalmente* y el artículo 39.2º Constitución, *protege específicamente a las madres solteras que, junto con sus hijos, constituyen también una familia. Formando parte de este estatuto constitucional del menor su derecho a ser educado en el seno de su propia familia, por lo que la intervención administrativa tiene un carácter subsidiario respecto de la que corresponde a los padres y su tutela sólo subsistirá en tanto no desaparezcan las causas que la motivaron.*

A veces la posibilidad de inserción no se plantea con ocasión de la oposición al desamparo, sino cuando los menores se hallan en acogimiento familiar. Respecto de la posibilidad de que sean los padres los que determinen con qué familiar se deben reintegrar los menores, se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Málaga en diversas ocasiones y en concreto en Sentencia de 7 de julio de 2004 (JUR 2004, 257247) en el siguiente sentido: *es criterio unánime de la Audiencia de Málaga entender que los padres a los que se les ha privado de la patria potestad de sus hijos carecen de legitimación para señalar las personas a las que se debe de conferir el acogimiento.* En los casos en que no exista privación de patria potestad y haya que decidir entre varios acogedores, cuando sean familia extensa, habrá que entrar a valorar a todos ellos, decidiendo con base al interés superior del menor cuál es el núcleo familiar más adecuado para el mismo. En estas situaciones resulta de gran utilidad práctica reunir a los distintos solicitantes de acogimiento y procurar mediante la mediación familiar, llegar a un acuerdo respecto de qué familiar lo debe solicitar. Igualmente en los casos en que existen varios menores y se van a integrar en distintos núcleos, en familia extensa, es conveniente poner de acuerdo a los mismos, para que cada cual solicite el acogimiento de un menor o menores determinados. Lo contrario conlleva enraizadas discusiones familiares que al final revierten sobre los menores y finalizan en impugnación judicial. Por lo expuesto, la mediación familiar en estos casos, previamente a tomar decisión alguna, resulta crucial en interés de los menores³⁵⁷.

En ocasiones, la posibilidad de inserción se plantea cuando se propone el acogimiento preadoptivo, e incluso estando vigente el mismo mediante acogimiento provisional, lo cual implica que existe ya un tiempo previo de convivencia en un núcleo familiar, que hará más difícil, en su caso, la inserción. Así en el caso planteado en Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 10 de marzo de 2005 (JUR 2005, 108285), se pone de manifiesto la importancia jurisprudencial otorgada al principio de mantenimiento del menor en su familia de origen, debiendo agotarse todas las posibilidades de actuación con la familia biológica previamente a buscar otros núcleos familiares³⁵⁸.

357. La Ley de la Comunidad Valenciana 7/2001 de 26 de noviembre dispone en su artículo 13 que podrá ser objeto de mediación *cualquier conflicto surgido en la familia.*

358. Apunta la misma que *el cambio de medida de amparo, de acogimiento residencial a acogimiento familiar preadoptivo, implica la ruptura de todo vínculo de los niños con sus padres consecuente a la adopción perseguida supuesta la irrecuperable falta de idoneidad o aptitud de los padres biológicos para*

Incluso en el juicio sobre necesidad de asentimiento para la adopción se plantea aún la posibilidad de reinserción en la familia biológica (a veces tras la constitución de acogimiento preadoptivo, y en otras cuando se plantea la adopción directa, ya que debemos recordar que no es necesario el acogimiento preadoptivo para formalizar una adopción, sino que ésta se puede proponer directamente, formalizando simplemente un acogimiento provisional por parte de la Entidad pública, en tanto decide el Juzgado). Éste es el caso planteado en la Audiencia Provincial de Málaga, en que se pronuncia en dos ocasiones sobre si el padre de una menor está incurso en causa de privación de patria potestad. Formulada propuesta de adopción, se oponen el padre y la madre a la misma. La Audiencia Provincial estima en Sentencia de uno de febrero de 2002³⁵⁹, que la madre está incurso en causa de privación; no así el padre, que ha estado en prisión desde fecha anterior al nacimiento de la niña, a la cual no lo conoce, pero estima la Audiencia que el hecho de la prisión, estando rehabilitado de su toxicomanía, no puede ser considerado argumento suficiente para la privación de la patria potestad, ya que, dice, se convertiría en pena accesoria a la privación de libertad. En esta situación, la menor quedó en guarda de hecho con los solicitantes de adopción, ya que ni el padre ni ningún otro familiar podían atender a la misma. Por lo expuesto, desde la Entidad pública se volvió a formular nueva propuesta de adopción al cabo de un año, ya que se consideró que el paso del tiempo desde la primera propuesta implica que no existe cosa juzgada, ya que existen nuevas circunstancias que hacen viable la demanda. La menor cuenta ya con cuatro años, nunca ha conocido a su padre y no hay ningún familiar que la pueda atender, no habiendo solicitado el padre visitas ni habiendo comparecido familiar alguno solicitando su acogimiento desde la primera Sentencia mencionada. Por ello la Audiencia Provincial dicta Sentencia el 30 de diciembre de 2005 (AC 2006, 70), en que pone la nota en el interés de la menor para ordenar que no es necesario el asentimiento del padre de la menor, y facilitar así la adopción de la misma. En los casos de largo internamiento en prisión de los padres, cuando no existe otro motivo que éste para declarar que los progenitores están incursos en causa de privación de patria potestad, se pueden producir situaciones de inseguridad jurídica como la que ha llevado a la menor del caso planteado a pasar 5 años de su vida con una familia, sin la certeza de que puedan

posibilitar a sus hijos el adecuado sustento material y moral. Sin embargo, a la vista de la pericial practicada es evidente la evolución positiva experimentada en la relación de los padres con sus hijos. Se atisba toda una serie de actuaciones de los padres tendentes a mejorar su situación personal, emocional y laboral y el ansia de lograr un contexto familiar y social que les permita conseguir de nuevo la custodia de sus hijos, y por parte de éstos un deseo permanente de vivir todos juntos con sus padres formando una familia. Por ello buscando un equilibrio entre el beneficio de los menores y la protección de la relación paterno-filial entendemos precipitado el cambio de medida acordado en la resolución administrativa de dos de octubre de 2002, de su pase a la situación de acogimiento familiar preadoptivo, creyendo necesario, antes de romper todo vínculo de la relación paterno filial que ello supone, mantener la situación de acogimiento residencial y que la Administración pública competente arbitre las medidas adecuadas de evaluación de la nueva situación y circunstancias actuales concurrentes en la apelante y su pareja, el otro progenitor y, en su caso, de medidas de aproximación de los niños a su padres naturales, antes de descartar definitivamente toda posibilidad de reintegración de los niños a su familia biológica que es fin perseguible.

359. Hemos tenido acceso a esta resolución, no publicada en las bases de datos jurisprudenciales, por la práctica profesional.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

llegar a ser sus padres adoptivos³⁶⁰. Si bien en todos estos años no se ha cuestionado la situación de la menor desde la perspectiva de su derecho a la familia biológica, parece que en la actual configuración del sistema de adopción en nuestro país, ese fuera el argumento para no constituir la adopción. No se entiende el sentido del procedimiento necesidad de asentimiento en la adopción, cuando de hecho la única familia biológica que se puede interesar por la menor es un progenitor que está en prisión desde el nacimiento de la misma y que continuará en esta situación por varios años. Ya hemos hecho hincapié en la importancia que el paso del tiempo tiene en los menores, así como el derecho a no insertarse en su medio de origen y mantener la vinculación con la familia adoptiva, en ciertos casos. Sería necesario, por tanto, ponderar el derecho de los menores a la seguridad jurídica cuando se aplican los criterios jurisprudenciales sobre necesidad de asentimiento a la adopción, ya que son muchas las ocasiones en que éste es el momento en que se paraliza el proceso adoptivo.

Respecto de las madres que dan a sus hijos en adopción, se puede plantear la situación de que los familiares quieran atender a ese menor, en contra de la voluntad de la madre. En ese caso, será difícil decidir si debe presidir la actuación el principio de reinserción con la familia biológica, ya que la madre ha mostrado su voluntad de no tener más relaciones con ese hijo, y, dejándolo en el ámbito de su familia no va a poder evitar este contacto. Habrá que considerar cuál es el interés del menor en este caso, pero la decisión entrará más en motivaciones de ética que en puros razonamientos jurídicos. Hay que cuestionar si la respuesta será diferente

360. SEISDEDOS MUIÑO, A. en «Suspensión versus privación de la patria potestad», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2001, cit., pg. 555, hace un estudio sobre la aplicación de la privación de patria potestad desde una postura objetiva y subjetiva a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del criterio sentado por las Audiencias Provinciales. Parte dicho estudio del caso de la privación de patria potestad basada en el hecho de estar en prisión el progenitor.

En el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1993 (RJ 1993, 478), se acordó por el mismo ratificar el criterio de la Audiencia Provincial, de que muerta la madre y estando en prisión el padre, se debe aplicar un criterio objetivo que implica que lo importante es determinar si existe imposibilidad física y moral del ejercicio de la patria potestad, sin profundizar en el hecho de si es o no voluntaria. Puesto que el artículo 170 no distingue entre incumplimiento voluntario e involuntario, no cabe tal distinción, bastando para la privación de la necesaria asistencia, el incumplimiento de la función que encarna la patria potestad. En este caso se ratificó la privación.

Sin embargo, planteado similar debate en Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3941), estando el padre en prisión para cumplir una condena de treinta años, el Tribunal apoya la tesis subjetivista, acordando que no se puede saber si es un buen padre o no el demandado por inexistencia de relación con el hijo y no por voluntaria inhibición. Se remite al artículo 156.4 del Código Civil y estima que estamos ante la concentración del ejercicio en el progenitor no imposibilitado, determinando en consecuencia la suspensión (no usa este término) de la patria potestad.

El actual Código Civil no contiene la expresión suspensión de la patria potestad nada más que en relación con el desamparo en el artículo 172. Sin embargo SEISDEDOS MUIÑO, A., sostiene que podría equipararse a la privación parcial que contempla el artículo 170. Sostiene la autora que en esta misma situación nos encontraríamos en los supuestos en que se aplica el artículo 103.2, en los casos en que el Juez estima que ninguno de los dos está en condiciones de ejercer la patria potestad y decide encomendar los hijos a otra persona o a una institución idónea confiriendo facultades de tutela.

en caso de que sea el padre del menor el que lo reclama o si son otros familiares (abuelos, tíos...), en contra de la voluntad de la madre. El TEDH, en Sentencia de 26 de febrero de 2004 (JUR 2004, 45079), caso Görgülü contra Alemania, ante la demanda planteada por un padre que tiene noticia de que la madre de su hijo ha dado a luz, y el menor ha sido entregado en adopción, aun cuando la pareja había acordado que el padre se haría cargo del menor, recuerda que en el caso de existir un vínculo familiar con un menor, el Estado debe actuar de manera que permita que ese vínculo se desarrolle, considerando que se ha vulnerado el artículo 8 del CEDH al no permitir el acercamiento del padre al hijo mediante un régimen de visitas adecuado, ya que, según el Tribunal, la jurisdicción nacional no ha tenido en cuenta los posibles efectos negativos que puede tener para el menor a largo plazo al ser separado de su padre biológico. En Sentencia de 26 de mayo de 1994 (TEDH 1994, 21), caso Keegan contra Irlanda, el Tribunal de Estrasburgo se encuentra ante una situación similar a la anterior, en que la madre del menor lo da en adopción, sin el consentimiento del padre, pero debido al tiempo transcurrido, si bien se reconoce la vulneración del artículo 8, y la procedencia del derecho a indemnización, la menor no puede reintegrarse con su padre. Habría que cuestionar si en caso de que sean otros familiares los que reclamen la adopción del menor, se pudiese considerar vulnerado el artículo 8 del CEDH.

Por último, con relación a la adopción, se plantean situaciones en que el concepto de familia de origen no resulta sencillo de resolver. Los menores que son objeto de adopción, mantienen en ocasiones relaciones con su familia biológica, a pesar de lo dispuesto en el artículo 178 del Código Civil de que *la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior*. Sin embargo el artículo 172.4 se refiere a la *reinserción en la propia familia*. Pongamos el caso de dos hermanas que han sido adoptadas cada una por una familia diferente. Siendo mayores de edad se desampara a la hija de una de ellas y la otra hermana (biológica, que no legal) solicita su adopción. Cuando se dirija a los Servicios de protección a solicitar la adopción, ¿se le debe dar el tratamiento de familia extensa o familia biológica o se tratará como familia ajena? El tratamiento que reciba su solicitud y el procedimiento de valoración serán diferentes en uno y otro caso³⁶¹.

4. EL DERECHO A MANTENER UN RÉGIMEN DE RELACIONES PERSONALES COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO AL MANTENIMIENTO EN EL MEDIO FAMILIAR DE ORIGEN

Son muy numerosos los estudios doctrinales que se han ocupado de forma exhaustiva de analizar el derecho de visitas de los menores con las personas de su entorno. Nos interesa, sin embargo, extendernos únicamente sobre este derecho

361. Ver por ejemplo el título III del Decreto 282/2002 de Acogimiento Familiar y Adopción de Andalucía de 12 de noviembre, en que la forma de solicitud y la prioridad para la adopción depende de si se trata de familia extensa o ajena.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

de los menores con relación al sistema de protección, y, en concreto analizar los supuestos en que pueden existir situaciones de inseguridad jurídica³⁶².

Si los menores tienen derecho, como hemos expuesto, a mantener la vinculación con su familia propia, extensa o de origen; para mantener dicho vínculo se debe mantener un régimen de relaciones personales, sea cual sea la situación del menor, salvo que por resolución judicial se haya acordado lo contrario. La promoción del derecho a la relación es una base esencial del sistema, tal como se recoge en el artículo 160 del Código Civil ya que *los padres aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho a relacionarse con sus hijos menores...*, pero además, así como hemos contemplado el derecho a ser separado de la familia o el derecho a la no reinserción, igualmente habrá que examinar el derecho de los menores a no mantener relaciones personales con determinadas personas.

Articular la relación que mantiene cada menor con las personas que le rodean, implica tener en cuenta la situación peculiar en que se encuentra el mismo en cada momento y la medida de protección a que se encuentre sujeto, así como la relación con las personas con las que ejerce ese derecho, de forma que el seguimiento de ese régimen de relaciones podrá implicar cambios en dichas medidas³⁶³. Así, las relaciones de menores sujetos a medidas de desamparo se ampliarán o se extinguirán en función de que los padres de los mismos respondan a la intervención psico-social que se les exija, dependiendo en muchas ocasiones de la actitud de éstos y del vínculo afectivo así como del tipo de relación que mantengan, la reintegración de sus hijos al hogar familiar³⁶⁴. Igualmente, en los menores que se hallan en acogimiento, simple e incluso permanente, sus padres pueden provocar un cambio de medida en función de cómo realicen dicho plan. En ambos casos, los planes psico-sociales de trabajo y seguimiento con las familias de menores sujetos a

362. Entre otros: BOULANGER, F., «*Les rapports juridiques entre parents et enfants*», Economica, Paris, 1998; GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE, P. (Coord.), Sepin Jurídica, Madrid, 2005; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El derecho de visita», J. M. Bosh Editor, SL Madrid, 1997; «Tratado de Derecho de Familia».

363. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 25 de febrero de 1998 (AC 1998, 4123) menciona que la decisión concreta sobre este derecho *no ha de estar sometida a rigidez alguna pues se aceptan de ordinario fluctuaciones y cambios en el régimen de visitas en función de la edad del menor*.

364. Así, por ejemplo el artículo 31.1 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 dispone *que el director del centro informará, trimestralmente o cuando sea requerido para ello, a la Dirección General de Protección del Menor y la Familia sobre la situación personal de los menores acogidos, comunicando el grado de cumplimiento del régimen de visitas de sus padres y familiares, y elevando propuestas motivadas sobre las medidas de amparo más adecuadas a sus necesidades*. Y el artículo 4.4 del Decreto 46/2000, de 1 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de Menores de Asturias señala que *si de la apreciación de las circunstancias del menor acogido realizada durante el seguimiento se dedujera la conveniencia para aquél de la modificación del contenido del acogimiento o la cesación del mismo se realizarán las actuaciones oportunas a tal fin. Si se estimase necesaria la modificación del régimen de visitas, con respeto a la competencia judicial establecida en los artículos 161 y 173.3 del Código Civil, podrán realizarse las actuaciones de mediación procedentes, e incluso adoptarse las medidas provisionales tendentes a dicha modificación, sin perjuicio de la eventual obligación de proponer la misma al Juez*.

medidas, incluirán un apartado de decisiva importancia, cual es el modo de relación de los menores con su familia³⁶⁵.

En el tema que nos ocupa, en el marco de la familia extensa, se ha reconocido en los últimos años por la normativa y la doctrina la importancia de la figura de los abuelos. Es muy frecuente que menores que se hayan inmersos en el sistema de protección (en centros de acogida, en acogimientos simples o permanentes, con familia extensa o ajena, en adopción...) tengan unos abuelos con los que mantener un régimen de relaciones. Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, ha modificado los artículos 90, 94, 103, 160 y 161 del Código Civil, dando un protagonismo privilegiado a los abuelos, frente a otros parientes y allegados, tanto en los casos de crisis familiar como en el caso de dejación de funciones por parte de los progenitores³⁶⁶.

Resulta inevitable al hablar de relaciones personales hacer una parada y acercarnos a otras disciplinas científicas que se han ocupado de las consecuencias de cómo se llevan a cabo estas relaciones. Ha sido objeto de gran desarrollo y de aceptación, por parte de la Psicología y la Pediatría la teoría del apego (*theory of attachment*), y en los informes psicológicos que se lleven a cabo, con relación a menores en el sistema de protección, así como en los planes de intervención y documentos reguladores de relaciones personales, o en las resoluciones jurisdiccionales, es esta teoría, la que se toma en consideración para decidir sobre la necesidad de establecer, fomentar, restringir o suprimir las relaciones de los menores con las personas que les rodean y, especialmente, con sus padres³⁶⁷.

Se puede definir la teoría del apego como una manera de entender porqué los seres humanos tienden a formar vínculos específicos y duraderos con otras

365. Entre otros, el artículo 51 del Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción de Cataluña señala que *la propuesta de medida del acogimiento simple para una persona o familia hecha por los equipos técnicos deberá tener en cuenta y valorar los aspectos siguientes: ...c) El plan de mejora que se debe seguir para favorecer su retorno a la familia biológica, siempre que sea posible. El plan deberá incluir el régimen de visitas aconsejable.*

366. ACEVEDO BERMEJO, A., en «Las relaciones abuelos-nietos: régimen de visitas, reclamación judicial», Tecnos, Madrid, 2006, hace un extenso estudio de la cuestión y pone de manifiesto cómo antes de esta reforma legislativa, como Asesor Jurídico de la Asociación de Abuelos/as ABUMAR, tuvo constantes noticias del sufrimiento de muchos abuelos que ven cómo se diluye la relación con sus nietos sin que hasta la reforma de la Ley hayan podido hacer nada para evitarlo, ni hayan sabido cómo o a quién recurrir. COLÁS ÉSCANDÓN, A. M., en «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia...», ob. cit., pgs. 108 y siguientes, efectúa un estudio del derecho a las relaciones personales con los abuelos en los casos de nietos biológicos en situación de guarda de hecho, acogimiento y adopción, con fundamento en el beneficio, como regla general, para el desarrollo personal, psicológico y afectivo del nieto que supone la relación con los abuelos.

367. La Sentencia de 5 de octubre de 1999 de la Audiencia Provincial de Almería (AC 1999, 8284), señala que son muchos los estudios de orden psicológico sobre la forma y duración del régimen de visitas, estando generalmente admitido que en bebés hasta seis meses de edad es recomendable que las visitas sean frecuentes, de corta duración y en lugares cotidianos para el menor... Sin embargo en el caso de un chico de 17 años, la Audiencia Provincial de Guadalajara, en Sentencia de 9 de mayo de 1996 (AC 1996, 1315), declara que no es preciso

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

personas y porqué las interrupciones y los conflictos en estas relaciones pueden dar lugar a trastornos psicológicos, psicosomáticos y psicosociales. Los vínculos de apego son necesarios a lo largo del ciclo vital pero son aún más importantes en la niñez temprana, ya que tienden a influir de manera importante el desarrollo de la personalidad³⁶⁸. En 1951, BOWLBY presentó a la Organización Mundial de la Salud, su informe sobre las conclusiones a las que había llegado en su investigación con el título de *Maternal Care and Mental Health*, en el que analiza las consecuencias que los niños que habían sido privados de sus madres, especialmente los criados en instituciones, sufrían en su desarrollo emocional, intelectual, verbal, social y físico; cuando alcanzaban la adolescencia estos niños tenían problemas a la hora de formar relaciones sociales, el comportamiento delincuyente y los problemas de personalidad parecían ser el sino de aquéllos que habían pasado por experiencias de separación, parecía que la falta de afecto, de relación continuada e íntima con la figura de apego durante la primera infancia, era probable que condujera a una personalidad trastornada³⁶⁹. La ruptura del vínculo se puede producir, por tanto, cuando no se realiza correctamente un régimen de relaciones personales o cuando se interrumpen definitivamente las mismas, bien por los propios padres o personas que atienden al menor, bien por la Entidad pública, en su caso, con intervención judicial, sobre la base de la necesidad de proteger al menor.

De todo lo expuesto se deduce la importancia que tienen las relaciones personales de los menores en la adopción de medidas y en los cambios que se van operando en las mismas³⁷⁰. El hecho de que exista o no la relación familiar implicará la posibilidad real de mantener o no la vinculación con el medio de origen, ya que, como hemos expuesto, son muchas las resoluciones jurisdiccionales que, si bien estiman que teóricamente se debe producir la reinserción, por ejemplo por no haber sido correcta la declaración de desamparo, la realidad es que esa reinser-

establecer régimen de visitas alguno, ya que la edad del menor implica la necesidad de dejar a su arbitrio la forma de relacionarse con su padre.

368. Originalmente, la teoría del apego emergió de los trabajos de John Bowlby y Mary Ainsworth. Bowlby (1907-1990) era un psiquiatra y psicoanalista británico, que a finales de la década de 1930 investiga sobre la naturaleza y el propósito de las relaciones íntimas que formamos las personas a lo largo de nuestras vidas y especialmente en la infancia, formulando una teoría que explicara la razón por la que una interrupción sería de las relaciones particulares de la infancia parecía causar grandes estragos en el bienestar psicológico y en el comportamiento social de los individuos así privados (http://www.attachmentnetwork.org/about_s.html).
369. Así lo menciona HOWE, D., en «La teoría del vínculo afectivo para la práctica del trabajo social», Paidós, Barcelona, 1997, cit., pgs. 61 y ss.
370. A modo de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de enero de 2006 (JUR 2006, 84798), en que se justifica el paso de acogimiento residencial a acogimiento simple con base al seguimiento efectuado de las salidas de los menores al domicilio familiar, describiendo cómo *prolongar el internamiento en centro con mantenimiento de las visitas de fines de semana, cuya evolución, como se ha visto (con falta de estabilidad de la madre en el ámbito personal y material, empeoramiento del menor en cuanto a su situación emocional y psicológica, y falta de capacidad protectora de la madre cuando el niño permanece con ella los fines de semana), circunstancias que se han evidenciado persisten en el tiempo, no está resultando positiva ni beneficiosa para el niño, equivaldría a perpetuar una situación que está siendo perjudicial para el menor a la espera de una mejoría de la madre, con garantías de permanencia en el tiempo.*

ción no puede ejecutarse por los daños morales que podría operar en el menor cuando la relación se ha roto³⁷¹.

Por lo que respecta a la limitación y suspensión de los regímenes de relaciones personales de los menores en el sistema de protección, no existe diferencia sustancial con relación a cualquier otro menor que no esté en el sistema. Pero si debemos estudiar especialmente, de cara a analizar la inseguridad que de ello podría derivar, la posibilidad de suspensión cautelar de visitas por parte de la Entidad pública, así como el tratamiento de la suspensión de visitas en los casos de acogimiento preadoptivo.

4.1. CONCEPTO Y REGULACIÓN DE RÉGIMEN DE RELACIONES PERSONALES Y REGULACIÓN LEGAL

F. RIVERO HERNÁNDEZ³⁷², al definir de qué relaciones se trata, dice que el derecho de visita tiene por objeto un conjunto de relaciones, varias en su presentación (desde la simple visita en sentido estricto hasta estancias y convivencia de varias semanas y cualquier forma de comunicación) y cuan profundas y auténticas sea posible, entre dos personas, de las cuales una es un menor de edad; personas que no sólo tienen alguna dificultad de verse y relacionarse de forma normal, sino que puede haber algún obstáculo jurídico para ello.

Se ha pronunciado la doctrina y la jurisprudencia sobre el derecho a mantener un régimen de relaciones personales como un derecho-deber por parte de las personas que lo ejercen³⁷³. El régimen de visitas no se entiende como un derecho absoluto respecto de los menores, sino que es relativo, de forma que la posibilidad

371. En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de enero de 2004 (JUR 2004, 61693), en el caso planteado, frente a la oposición de los padres biológicos al acogimiento preadoptivo de su hijo, la Audiencia Provincial señala que tras la declaración del desamparo no se dio una oportunidad real a los padres para demostrar su rehabilitación, siendo en principio el régimen de visitas de una hora a la semana y suspendiéndose con posterioridad, pasando al menor a acogimiento preadoptivo. Declara que tras haber roto el vínculo afectivo del menor por la falta de relación con el mismo, *no es lícito ni ajustado a Derecho constitucional ni ordinario, pues el interés del menor es siempre prioritario, que debamos volver a desamparar al menor, y tal haríamos si hoy, con arreglo a Derecho, dejáramos sin efecto la medida de acogimiento preadoptivo en el sentido que impetra la parte apelante de retorno a la familia biológica –atención en propia familia manteniendo la tutela pública– pues meridianamente claro está que a día de hoy, Juan se halla perfectamente integrado en una familia normalizada.*

372. «El derecho de visita», J. M. Bosh Editor, SL Madrid, 1997, cit., pg. 18.

373. Así, GAYA SICILIA, R., en «El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos», en Anuario de Derecho Civil, T-LV, fascículo I, enero-marzo, Madrid, 2002, cit., pg. 96; o VERDERA IZQUIERDO, B., en «Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados», Diario La Ley, año XXIII, núm. 5669, Madrid, 2002, cit., pg. 7, afirman que nos encontramos ante un derecho cuya naturaleza jurídica puede ser calificada de derecho-deber, derecho-función, o derecho de finalidad altruista, en la medida en que no se concede únicamente para satisfacer los intereses de su titular, sino los del menor visitado, respecto de quien sí que puede hablarse en puridad de un derecho subjetivo. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de marzo de 2004 (JUR 2004, 120285), indica que *no nos encontramos ante un derecho propio y verdadero de los familiares a satisfacer sus propios deseos, sino ante un complejo derecho-deber, que se encuentra encaminado, fundamentalmente, a satisfacer las necesidades afectivas y educativas de los menores.*

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

de su ejercicio está subordinada al interés de los hijos, teniendo una naturaleza dual, como derecho-deber o derecho-función, lo que implica que el derecho a visitar está íntimamente ligado al deber de visitar y, por consiguiente, al correcto ejercicio de este deber³⁷⁴.

Se puede comprobar como en ocasiones la doctrina³⁷⁵, la legislación³⁷⁶ y la jurisprudencia³⁷⁷ aluden a derecho de visitas y en otras a relaciones familiares. Estimamos que estos dos términos no son conceptualmente adecuados. El primero porque parece aludir al hecho de la visita, lo que puede dar lugar a confusiones³⁷⁸. En el diccionario, visitar se define como ir a ver a uno en su casa por cortesía. Evidentemente el menor separado de sus padres no está siendo visitado por cortesía. Además, las relaciones a que hacemos referencia son mucho más amplias que la simple visita física, ya que puede haber relación por correo, telefónica, por e-mail... que igualmente debe ser regulada. El segundo, relaciones familiares, también resulta inexacto, ya que los menores tienen derecho a relacionarse con otras personas que no son familiares. Consideramos que el término más correcto para aludir al tema que tratamos, es el de relaciones personales del menor, ya que por su amplitud, recoge todo tipo de relaciones, tanto por su forma como por las personas con las que se desarrollan³⁷⁹. Sin embargo, dado el amplio uso por la doctrina y la jurisprudencia, a pesar de que en el título de este capítulo aludimos a ese término, haremos también uso de los otros dos de forma indistinta.

374. En este sentido LÁRARO GONZÁLEZ, I. E. (Coord.), en «Los menores en el derecho español», ob. cit., pgs. 242 y ss.
375. RIVERO HERNÁNDEZ, en «El derecho de visita», ob. cit., pgs. 22 y ss. examina la evolución de la terminología usada en nuestro derecho y en el derecho comparado con relación al derecho que examinamos. Señala que en nuestra jurisprudencia sigue siendo frecuente el término derecho de visita, régimen de visitas, sin perjuicio de referencias menos frecuentes a derecho a relacionarse o derecho a relaciones personales. DÍAZ ALABART, S.: «El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados», *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio 2003, cit., pg. 352, señala que el derecho de visita en sentido amplio comprendería todos los tipos posibles de relación personal entre el nieto y los abuelos –correspondencia, visita, pernocta del nieto en el domicilio del abuelo–; mientras que en sentido estricto, aludiría concretamente a las visitas entre abuelos y nietos.
376. En los artículos 90 y 94 del Código Civil se distingue entre derecho de visitas y derecho de comunicación; en el artículo 160 CC se establece un derecho a las relaciones personales; y, finalmente, en el artículo 161 CC se distingue entre el derecho de visitas con el menor acogido y el derecho de relación. El artículo 9.3 de la CNUDN hace mención al derecho a mantener relaciones personales. La legislación autonómica en ocasiones usa un término y a veces otro (el artículo 35 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de La Infancia de la Región de Murcia, menciona los casos en que se suspenderán las visitas y las relaciones con la familia biológica; el artículo 13 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa se titula «Relaciones personales», pero en su contenido alude al término régimen de visitas; y el artículo 160 de la Ley 12/1996, de 29 de julio de Cataluña, de la Potestad del padre y la madre, que señala que *el padre y la madre, aunque no tengan el ejercicio de la potestad, tienen el derecho a relacionarse personalmente con su hijo...*).
377. Ver por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7734) emplea de forma indistinta el término relaciones personales o régimen de visitas.
378. Consideramos que son muchos los sectores implicados en su ejecución ajenos al mundo del derecho, psicólogos, trabajadores sociales, padres, allegados, menores y que el término visita puede parecer que excluye otros tipos de relaciones, tal como hemos podido comprobar en nuestra práctica profesional.
379. En el mismo sentido se pronuncia, con motivo del estudio de las relaciones entre los abuelos

El derecho a mantener relaciones personales, hay que ponerlo en consonancia con el derecho de participación recogido en el artículo 7 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, que ya en su Exposición de Motivos reconoce a los menores como *sujetos titulares de derechos, con una capacidad progresiva para ejercerlos, sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social*. Asimismo hay que relacionarlo con el derecho a ser oído en cualquier procedimiento judicial o administrativo en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social, mencionado en el artículo 9 del mismo texto legal, de gran relevancia en su aplicación a la hora de respetar al menor como sujeto íntegro y digno de ser oído al tomar decisiones sobre sus relaciones.

Como principio esencial en la regulación de las relaciones personales del menor, es necesario hacer referencia, a lo dispuesto en la CNUDN, en su artículo 9.3, que dispone que *los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres o mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*.y el artículo 10.2, que señala que *el niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres*.

El artículo 22 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, señala el derecho de información a los familiares, que consideramos ligado al derecho de visita, como premisa para el ejercicio de éste³⁸⁰. Es deber de la Entidad pública desde el momento que decreta por ejemplo un desamparo, informar a los padres o guardadores sobre el lugar donde se encuentra el menor y el régimen de relaciones, horario y forma en que se desarrollará. Se otorga, por tanto, un derecho de información amplio, con independencia de la medida de protección adoptada, y de si se ha establecido limitación o suspensión de visitas, con la sola excepción de que una resolución judicial lo limite.

La regulación del régimen de relaciones personales se encuentra diseminada en el Código Civil, en los artículos relativos a procedimiento matrimonial (90, 91, 94 y 103) y relaciones paterno-filiales (158, 160, 161 y 173). Si bien los artículos 90, 91, 94 y 103, establecen medidas en el ámbito de procedimiento matrimonial, estos artículos establecen principios que podrán ser invocados a la hora de establecer los regímenes de relaciones personales de menores sujetos a medida de protección³⁸¹.

y los nietos, en COLÁS ESCANDÓN, A. M., en «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia...», ob. cit.

380. Dispone que *la entidad pública que tenga menores bajo su guarda o tutela deberá informar a los padres, tutores o guardadores sobre la situación de aquéllos cuando no exista resolución judicial que lo prohíba*.

381. Así lo expresa PÉREZ MARTÍN, A. J., en «Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores», Lex Nova, Valladolid, 1995, cit., pg. 439.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

Recientemente han tenido lugar las siguientes reformas, que afectan a esta materia: Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores³⁸². En concreto, tal como dispone en su exposición de motivos, articula medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores. Para ello ha modificado el artículo 103 y el número 3 del artículo 158 del Código Civil. La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos³⁸³, en el primer párrafo de su exposición de motivos, expresa que *los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil*. Esta ley es de gran importancia en el sistema normativo de protección, puesto que es socialmente conocido el papel esencial que los abuelos están desempeñando en el cuidado de los menores cuando sus padres han hecho una dejación de sus funciones³⁸⁴.

La regulación del derecho de visita y relación de los menores sujetos a medidas se establece en el artículo 161 del Código Civil, modificado, como se ha expresado más arriba, por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, que dispone que *tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor*. Este artículo sólo hace mención a los menores acogidos. Debemos entender que se aplica igualmente a los menores que se encuentran en acogimiento familiar que aquellos que están bajo la guarda de la Entidad Pública mediante acogimiento residencial³⁸⁵.

382. BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2002.

383. BOE núm. 280 de 22 de noviembre de 2003.

384. COLÁS ESCANDÓN, A. M., en «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia...», ob. cit., realiza un estudio amplio de esta cuestión y menciona cómo parece que el legislador aborda esta reforma legal partiendo de la idea de que los abuelos pueden prestar una ayuda inestimable a sus nietos, en las situaciones de crisis matrimonial de sus progenitores, tanto por su parentesco, como por su experiencia vital. Entiende la autora que el fundamento de la misma debe encontrarse en esa relación de parentesco que une a un nieto con sus abuelos; en el cariño que, por natura, los ascendientes profesan hacia sus descendientes; así como en lo beneficioso que puede resultar para el nieto la experiencia de sus abuelos, y la ayuda y los consejos que, con base en ella, pudieran ofrecerle, favoreciendo de este modo su desarrollo personal, afectivo y social.

PINAZO HERNANDIS S. y FERRERO GUEROLA, C., en «Impacto psicosocial del acogimiento familiar en familia extensa: el caso de las abuelas y los abuelos acogedores», Revista Multidisciplinar de Gerontología 2003; 13(2): 89-101 [consultado 08/12/2006], disponible en: http://www.nexusediciones.com/pdf/gero2003_2/g-13-2-005.pdf, realizan un estudio detallado de este tipo de acogimientos y llega, entre otras, a la conclusión de que el acogimiento en la familia extensa es la solución más idónea para las problemáticas paternas que derivan en el cese de la convivencia con los hijos, ya que permiten al menor permanecer en un ambiente conocido, evitar el desarraigo familiar y mantener mayores contactos con las figuras paternas.

385. VARGAS CABRERA, B., «La protección de menores en el ordenamiento jurídico», Comares, Granada, 1994, ob. cit., pgs. 130 y ss.

Por lo que respecta a la legislación autonómica, han sido numerosas las Comunidades que en su legislación establecen peculiaridades en cuanto al contenido y forma de ejercicio de este derecho, a las cuales se aludirá a lo largo de este estudio.

En toda la legislación estudiada observamos que el único criterio que se alude para la determinación del concreto régimen de visitas de un menor es el del superior interés del mismo. Sin embargo no se expresa la obligatoriedad de motivación de la decisión del concreto régimen de visitas de un menor o la necesidad de motivar la limitación o denegación de las visitas, lo cual, a nuestro juicio, puede ser causa de inseguridad jurídica. Tampoco se establece el artículo 172 del Código Civil, la obligación de establecer un régimen de visitas en el mismo momento en que se dicta la resolución, con lo cual los familiares que quieran visitar estarán en una situación de inseguridad jurídica a este respecto: la norma establece que hay que informar sobre *causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada*. Nos parece demasiado vaga esta alusión a los efectos del desamparo, intuyendo que quizás el legislador ha querido que entre los mismos se informen sobre el derecho de visitas. En todo caso, la Entidad pública, consideramos que siempre que dicta una resolución de desamparo ha de señalar expresamente el régimen de visitas. Si bien no hemos encontrado estudio alguno al respecto, sí hemos tenido la oportunidad de comprobar a través de entrevistas con profesionales de los servicios de protección y de los centros de acogida, cómo los regímenes de visitas de los menores con medidas de protección son muy inferiores en cuanto a su frecuencia, respecto de los que se disponen en casos de crisis matrimonial. Puede existir justificación para esta limitación en los casos en que el menor está avocado, por las circunstancias, a una separación definitiva de su familia de origen. Sin embargo cuando se va a trabajar la reintegración las visitas deben ser desde el primer día lo más amplias posibles³⁸⁶.

Seguidamente pasamos a estudiar la determinación del régimen de relaciones de los menores en las distintas medidas de protección.

4.2. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE RELACIONES PERSONALES DE MENORES CON MEDIDAS DE PROTECCIÓN

El derecho de visita, en principio abstracto, se concreta en cada caso en un determinado régimen de visitas. Pasamos a analizar cómo en la determinación de las relaciones de los menores con los que les rodean habrá de tenerse en cuenta el interés del menor, su derecho a ser oído y el hecho de que se trata de un ser participativo que tiene derecho a ser tomado en cuenta en estas decisiones. Igualmente se ha elevado el derecho a la relación a la categoría de norma de orden público, como digno de una protección superior, con una mayor intervención judi-

386. Resulta especialmente grave el caso de madres a las que se retira un menor en el momento del nacimiento, disponiendo un régimen de visitas de una hora en semana en el centro de protección. Hay que considerar que mientras el menor está ingresado en el hospital lo habitual es que, aunque a la madre se le dé el alta hospitalaria, se le ofrezca una cama para poder atender a su hijo.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

cial en este sentido, y, a su vez, con una gran rigidez jurisprudencial en cuanto a los criterios para la restricción del mismo.

En la determinación del régimen de relaciones personales en cualquiera de las medidas de protección, el primer criterio que ha de tomarse en consideración será el del interés superior del menor. F. RIVERO HERNÁNDEZ, realiza un análisis³⁸⁷, de lo que se debe entender por interés del menor, su concreción y a quién corresponde determinarlo, en la materia que nos ocupa. El artículo 92 del Código Civil dispone que *las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años*. Regula este artículo dos aspectos esenciales a tomar en consideración en la determinación del régimen de relaciones personales del menor, sea cual sea su situación: el principio *favor filii* y la obligación de oír al menor. Para la identificación del primero, señala F. RIVERO HERNÁNDEZ³⁸⁸, desde un punto de vista humano, parece que no puede prescindirse de alguna referencia a la felicidad y bienestar personal del menor, al equilibrio emocional y afectivo que tanto puedan contribuir (positiva o negativamente) a la formación y desarrollo de la personalidad. Con relación a la obligación de oír al menor, M. LINACERO DE LA FUENTE³⁸⁹, señala que el derecho a ser oído se eleva en el artículo 9 de la LO 1/1996 a la categoría de derecho inherente al niño participando de la naturaleza de los derechos de la personalidad regulados en los artículos precedentes. Todo lo cual hay que relacionarlo con el artículo 162 del Código Civil, que dispone que *los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 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*. Consideramos que en el ámbito de la valoración del derecho a mantener relaciones personales, nos encontramos ante un derecho de la personalidad, en que al menor hay que oírlo, valorado como sujeto de derechos.

En cuanto al papel que tiene el derecho de relación en el sistema de protección, la jurisprudencia se muestra muy estricta en la limitación del mismo, por la trascendencia que dicha limitación supone en la vida del menor, elevando el

387. *La guarda y custodia de los hijos y derecho de visita tras la crisis matrimonial*, en «La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial», ob. cit., pgs. 62 y ss. En este sentido, como ejemplo de la necesidad de vincular este derecho a aspectos emocionales de la vida del menor, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 16 julio de 2004 (JUR 2004, 305958) señala lo siguiente: *Procede añadir a todo lo que precede los hechos nuevos últimamente producidos, de especial trascendencia en el punto que nos ocupa, cuales son la definitiva privación de la patria potestad a D^a Antonieta en virtud de Sentencia firme dictada por este mismo Tribunal y la tramitación de un procedimiento en el que se persigue la adopción de Ángel por sus actuales acogedores; esta situación supone que las visitas por parte de la madre biológica, en los términos que la Sentencia de instancia reconoce, serían en cualquier caso perturbadoras para la estabilidad emocional que la permanencia con una familia de acogida ha debido de proporcionar al menor, máxime si se considera el largo tiempo que el mismo lleva sin ver a su madre; es preferible y este Tribunal considera necesario que Ángel viva ya tranquilo en su nuevo entorno familiar, sin ingerencias de otras personas que, para él, son extrañas, protegiendo así su preferente interés personal*.

388. «La guarda y custodia de los hijos...», ob. cit., pg. 64.

389. «Protección jurídica...», ob. cit., pg. 136.

mismo a norma de orden público, permitiendo así una más flexible intervención judicial en el establecimiento y modificación de los regímenes de visitas³⁹⁰.

El TEDH trata en múltiples Sentencias, con motivo de demandas presentadas por infracción del artículo 8 del CEDH, el derecho de los menores a relacionarse con su familia biológica. El Tribunal se muestra, muy estricto en la cuestión del derecho de relación (*parental right access*). Ya que, considera, es de interés del menor que se mantengan sus lazos familiares, romper estos lazos significa romperle sus raíces, lo cual sólo se puede justificar en circunstancias muy excepcionales³⁹¹.

El establecimiento y seguimiento de los regímenes de relaciones personales tanto por la Entidad pública como por los Juzgados resulta una cuestión sumamente complicada. En primer lugar hay que intentar llegar siempre a acuerdos con los titulares del derecho a visitar y en segundo, por parte de la Administración se deben efectuar seguimientos de las relaciones para ir variándolas (en su caso mediante propuesta judicial). Tomar en consideración el interés del menor a la hora de determinar su régimen de relaciones personales, conlleva igualmente no

390. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 27 noviembre de 2003 (JUR 2004, 36743), examina la apelación planteada por la Dirección General de Acción Social del Gobierno de Cantabria contra la Sentencia de primera instancia en que se acuerda ratificar el desamparo de una menor, estipulando, a su vez un régimen de visitas a favor del padre de la menor. En este caso, junto a la decisión de desamparo, se fijan las visitas cuando la menor ya ha pasado de centro de protección a familia de acogida, esgrimiendo los apelantes, la incongruencia de la Sentencia del Juzgado, ya que nada pedía el padre sobre régimen de visitas. Sin embargo estima la Audiencia lo siguiente: *Así las cosas, cabría considerar incongruente la Sentencia, pero, por otro lado, no se puede olvidar que es reiterada la doctrina jurisprudencial que, en los casos en los que intervienen principios de orden público por la existencia de intereses superiores más dignos de protección, con aspectos referidos a la calidad imperativa de muchos de los preceptos que los regulan y a la singular valoración de algunas de sus reglas, como la atinente al «interés de los menores», que tutela a los miembros más desprotegidos del colectivo parental, se permite un mayor intervencionismo judicial y se flexibiliza el tradicional concepto de congruencia para alzaprimar aquellos intereses superiores. Perspectiva esta última que, aplicada al caso que nos ocupa, permitiría al Juez «a quo» introducir –sin vulnerar la congruencia externa e interna– un pronunciamiento relativo al régimen de visitas, posibilidad que además se vería reforzada por el tenor literal del artículo 158-2º CC. No obstante el razonamiento expuesto, la Sentencia termina por reconocer que no tiene sentido establecer un régimen de visitas para el acogimiento residencial, cuando la menor ha pasado ya a acogimiento familiar. Esta alusión al artículo 158 del Código Civil, como límite al mismo, en este sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 15 de marzo de 2000 (JUR 2000, 263609) señala lo siguiente: *El derecho de visitas del artículo 160 del C. Civil... tiene limitaciones fundamentales esencialmente, artículo 158.3 del mismo cuerpo legal, en el posible peligro o perjuicio que los menores puedan experimentar.**

391. Mencionado entre otras por la Sentencia del TEDH de 26 de febrero de 2004 (JUR 2004, 45079), caso Görgülü contra Alemania. Igualmente, en Sentencia de 27 de noviembre de 1992 (TEDH 1992, 74), caso Olsson contra Suecia, en el que si bien reconoce que el mantenimiento de la medida de ingreso en hogares de guarda de tres hermanos es acorde a lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio, sin embargo se pronuncia a favor de los demandantes en cuanto a la falta de acceso y la restricción del derecho de visitas de sus hijos. En la Sentencia del TEDH de 13 de julio de 2000 (TEDH 2000, 391), caso Scozzari y Giunta contra Italia, se privó de la patria potestad a los padres, se obstaculizó las visitas por parte de la madre desde el primer momento. El Tribunal subraya que el retraso por parte de las autoridades en facilitar a la madre el contacto con sus hijos constituye una violación del artículo 8 del CEDH, ya que no se ponderaron suficientemente las consecuencias que la ausencia total de contacto entre éstos y su madre podría tener en su futura relación familiar. A pesar de lo traumático de la experiencia de los menores con sus padres, una medida tan radical como la ausencia total de visitas sólo se puede justificar en unas circunstancias muy excepcionales.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

perder de vista las nuevas tendencias en cuanto a la forma llegar al establecimiento de los regímenes de relaciones, a fin de que las relaciones se sustenten en el buen entendimiento entre las partes, lo que conllevará el menor sufrimiento del menor y su mayor estabilidad emocional. Hacemos referencia a la mediación para la resolución de conflictos en cuanto al ejercicio del derecho que estudiamos³⁹². No cabe duda que si la Entidad pública tiene en cuenta los deseos de las partes y no realiza una adecuada mediación, un régimen de relación que en principio se podía establecer con sencillez, puede acabar en un conflicto jurisdiccional³⁹³.

En consonancia con lo expuesto más arriba, con relación a la redacción del artículo 161 del Código Civil, pasamos a exponer las distintas situaciones en que se puede establecer un régimen de relaciones personales de los menores afectados por una medida de protección, así como su limitación, ampliación o suspensión, en función de las circunstancias del caso. Si bien trataremos con detenimiento las distintas medidas de protección más adelante, en este momento simplemente haremos mención a aspectos específicos relativos a los regímenes de relaciones personales de los menores, su regulación, limitación, modificación o suspensión, en función de la medida de protección existente.

Como consideración previa, hay que hacer referencia al caso de menores abandonados, en que realizadas las gestiones oportunas, no se haya encontrado a ningún familiar, no será necesario establecer ningún tipo de régimen de relaciones, sino arbitrar, en su caso, los mecanismos para que el proceso de adopción del menor sea lo más rápido posible. En todas las demás situaciones, es necesario bien por la vía administrativa o judicial, regular las relaciones del menor con sus parientes y allegados.

392. Ha puesto de manifiesto la doctrina la necesidad de la publicación de una norma estatal que armonice la ordenación autonómica sobre mediación en todo el territorio nacional. Así lo manifiesta LUQUIN BERGARECHE, R., en «Acerca de la necesidad de una Ley estatal de Mediación Familiar en España», Aranzadi, Pamplona. 2006 (BIB 2006, 512).

393. BERNAL SAMPER, T., *Mediación extrajudicial*, en «Mediación y protección de menores en Derecho de Familia», Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2005, cit., pg. 17, define la mediación como una manera de gestionar los conflictos.

UTRERA GUTIÉRREZ, J. L., en *Soluciones extrajudiciales de conflictos familiares: arbitraje, conciliación, mediación*, en «Actualización del Derecho de Familia», Dykinson, 2005, cit., pgs. 144 y ss. estudia la crisis del proceso judicial contencioso como instrumento para la solución de los conflictos familiares y la singularidad de los conflictos y procesos de familia debido a su finalidad (pacificación del conflicto familiar); por la naturaleza de las relaciones jurídicas de que se ocupan (en su mayoría de carácter personalísimo y teñidas de una inevitable carga emocional); por la no coincidencia de entre las partes procesales y partes en conflicto (igual ocurre en los sistemas de protección, donde si bien la medida por ejemplo de desamparo implica la separación del menor de sus padres, conlleva igualmente la separación del resto de familiares).

Algunas Comunidades Autónomas han regulado la mediación: así la Ley 1/2001 de 15 de marzo de Mediación Familiar de Cataluña, Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar en Galicia o la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar en Canarias, Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

4.2.1. Régimen de relaciones personales de menores en atención inmediata

Hace referencia a la atención inmediata el artículo 14 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor³⁹⁴. En este momento no se puede considerar que se haya adoptado una medida de protección, y, en tanto no se adopta, en principio, los padres y demás familiares deben tener acceso total a relacionarse con su hijo. En caso de que haya duda sobre si procede decretar la situación de desamparo, se puede solicitar del juez la limitación o restricción de visitas, pero normalmente precederá a esta medida, la decisión de desamparar. De hecho, la falta de interés por parte de los progenitores, cuando en este primer momento su hijo está ingresado en un centro, y no acuden a visitar, puede ser un factor a considerar en la declaración de desamparo. Normalmente no da lugar a regular siquiera las relaciones personales del menor, ya que cuando los padres localizan al menor o bien se lo llevan consigo o se articulan otras medidas como la guarda o el desamparo.

La situación es diferente con relación a los menores inmigrantes no acompañados. En este supuesto, si el menor permanece ingresado en un centro, habrá que arbitrar un régimen de relaciones personales. Es habitual que estos menores tengan parientes a los que pueden acceder bien por carta o por llamadas telefónicas, y es necesario asegurar que ejercen este derecho de comunicación. Es muy usual, como veremos más adelante, que estos menores permanezcan en los centros de protección sin que se asuma su tutela, a veces durante meses e incluso años, por lo que se deben promover los medios necesarios para que el menor mantenga la relación con su familia de origen, así como para que pueda desarrollar relaciones en su entorno.

4.2.2. Régimen de relaciones personales de menores en guarda

La situación de guarda en centro de protección puede tener su origen en la solicitud de los padres o ser consecuencia de la declaración de la situación de desamparo o de la declaración judicial de guarda, conforme a lo dispuesto en el artículo 172 del Código Civil. El régimen de relaciones en cada caso varía sustancialmente, por lo que lo analizaremos por separado.

Respecto del documento en que se exprese cómo se ha de desarrollar ese régimen de relaciones, señala F. RIVERO HERNÁNDEZ, que tanto en la tutela, ex artículo 172.1 del Código Civil, como en la guarda ex artículo 172.2, los padres pueden y deben obtener y mantener relaciones personales con sus hijos. Pero expone que, en todo caso, por no tratarse de acogimiento familiar, no habrá lugar a la formalización por escrito como en el caso del artículo 173.2, ni la constancia por escrito de la *periodicidad de las visitas por parte del menor acogido*³⁹⁵. Sin embargo, la interpretación del artículo 172.2 del Código Civil, que dispone que *la entrega de*

394. Dispone que *las autoridades y servicios públicos tienen obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor, o cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal.*

395. «El derecho de visita», ob. cit., pg. 107.

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

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 por la Administración, y la seguridad jurídica que debe imperar en el sistema, a fin de que tanto los menores como sus familiares puedan saber claramente y de forma previsible, cómo y cuándo tendrán lugar dichas relaciones, implica que, a nuestro criterio, por razones de dicha seguridad, debe quedar constancia por escrito del régimen de relaciones.

a) Menores en guarda por solicitud de sus padres.

Cuando los padres solicitan la guarda, han de aceptar las condiciones del ejercicio de la misma: de un lado se puede realizar con familia o en centro de protección³⁹⁶, de otro los padres no podrán elegir el centro de protección en que ingresa en el menor, y además tendrán que adaptarse a las condiciones de guarda que establezca la Entidad pública³⁹⁷. Será preciso fijar el lugar y el horario de las visitas, las salidas que realizarán los menores, las llamadas telefónicas... Ello es así, porque si bien los padres siguen manteniendo intacta la patria potestad, el ejercicio de la esfera personal de la misma lo han delegado en la Entidad pública a través de la solicitud de guarda³⁹⁸. Por ello deben acceder a realizar un régimen de relaciones acorde con las normas de régimen interno del centro de protección y de acuerdo con las necesidades del menor (por ejemplo no podrán pedir salidas coincidiendo con el horario escolar del menor, o, en su caso, en los horarios de comidas). Cuando el ingreso se produce a consecuencia de la solicitud de la guarda, los padres han de firmar un documento en que se estipulan las condiciones de la misma, debiendo ser el régimen de relaciones personales tan amplio como sea posible, ya que el objetivo es que cuando se superen las circunstancias que dieron lugar a la misma, el menor se reintegre con su familia, y no debe perder, por tanto, el vínculo existente³⁹⁹. Por ello, siempre que los padres cumplan con el plan de

396. Así lo determina expresamente el artículo 172.3 del Código Civil, que señala que *la guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la Ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial.*

397. El artículo 37.5 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de Andalucía, señala en concreto 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 de la Junta de Andalucía.

398. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., en «El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas», Tecnos, Madrid, 1997, cit., pg. 230, matiza acertadamente que las facultades que corresponden a la Entidad Pública como guardadora, comprenden sólo la esfera personal de los deberes inherentes a la patria potestad. En el ejercicio de la guarda por la Entidad pública se incluye la regulación de las relaciones personales de los menores.

399. El artículo 39 del Decreto 42/2002 de Andalucía, regulador de la guarda, dispone que *el procedimiento podrá finalizar con la celebración de un convenio entre los solicitantes y los órganos administrativos competentes, en el que se establecerá d) el régimen de relaciones personales entre los menores y sus padres o tutores, parientes y allegados.* Otras legislaciones resultan menos explícitas al respecto, así el 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, dispone en su artículo 20.-1. *Que asumida la guarda del menor, se procederá a formalizar la entrega del menor por escrito, dejando constancia de que los padres o tutores han sido debidamente informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto de aquél, así como de la forma de ejercicio de aquélla.* La Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor de Asturias, en su artículo 41

reintegración familiar establecido durante la guarda, la flexibilidad debe ser el criterio imperante en el régimen de relaciones: no es necesario que se establezcan horarios rígidos, y los padres deben quedar involucrados en la vida diaria de sus hijos, a pesar de estar éstos bajo la guarda de la administración⁴⁰⁰. Debe existir un régimen mínimo de relaciones pactado con los padres, tanto si los menores se encuentran en guarda en centro como en familia, pero dicho régimen ha de ser flexible, de forma que la Entidad Pública no se vea obligada a dictar resoluciones continuamente ampliando dicho régimen. Será por tanto el propio centro de protección el que haya de decidir en el marco de esa flexibilidad cómo se desarrollan las relaciones, habiendo de comunicar a la Entidad pública cualquier incidente que estime oportuno a fin de variar el mismo⁴⁰¹.

No debemos perder de vista que la mayor responsabilidad de los padres, cuando se encuentran sus hijos en situación de guarda, es precisamente la de mantener el contacto con sus hijos, pudiendo provocar la falta de contacto con los mismos el cambio de medida e, incluso, el desamparo⁴⁰². Así, en el desarrollo legislativo efectuado por las Comunidades Autónomas, se procura asegurar este derecho estableciendo los mecanismos necesarios para que quede constancia por escrito del régimen de relaciones personales a que tienen derecho los menores y sus parientes o allegados, de forma que si se incumple quede acreditado documentalmente⁴⁰³.

b) Guarda como consecuencia de la declaración de desamparo.

Declarada la situación de desamparo y asumida la tutela del menor por la Entidad pública, la posición jurídica de los padres y allegados varía sustancialmente en lo referente al régimen de relaciones personales. En este caso, será la Entidad Pública la que decida cómo y cuándo se realizarán las mismas, aunque bien es

establece las condiciones de la guarda, y en concreto establece que *los padres y tutores de un menor cuya guarda sea asumida por la Administración del Principado de Asturias conservarán los derechos de representación legal, de administración de bienes y de visitas sobre el menor y de forma muy especial el derecho de reintegración del mismo a su medio familiar de origen.*

400. PÉREZ SALAZAR-REZANO, M. (Coord. GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE, P.), en «Tratado de Derecho de Familia», ob. cit., pg. 209, expresa con relación a la separación y el divorcio como criterio cuando existe mutuo acuerdo entre los progenitores el de la flexibilidad, pero junto a éste se ha de adoptar un régimen concreto para el caso de que la previsibilidad no funcione.
401. Así, si un menor se encuentra en guarda en un centro se puede estipular en el convenio un día en semana de salida y una tarde de visita, pero en la práctica, bajo la cláusula de la flexibilidad el menor podrá ser acompañado por su madre al médico o podrá visitarle su padre otro día en semana o sacarlo de paseo.
402. En este sentido se pronuncia VARGAS CABRERA, B., en «La protección de menores en el ordenamiento jurídico», ob. cit., pg.80.
403. Por ejemplo el artículo 13 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, de Andalucía, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa, dispone 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. 2. A tal efecto se suscribirá por los padres, tutores o guardadores y los menores de más de doce años, un documento que regule el ejercicio del derecho de visitas, en el que se recogerán, entre otras condiciones, el lugar, horario y forma de dichas relaciones. En caso de desacuerdo, podrá solicitarse su regulación mediante resolución judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

cierto que habrá de tomar en consideración las obligaciones laborales de los padres, la cercanía o lejanía del domicilio familiar al centro, etc. al establecer los horarios y días de visitas y, en su caso, salidas.

Existen unas pautas habituales en los regímenes de visitas, tanto en los centros de protección como en los acogimientos familiares (dependiendo de la edad del menor y variando en función de las circunstancias del caso). Pero siempre ha de establecerse un régimen de relaciones personales. En entrevistas efectuadas a profesionales de los servicios de protección, hemos podido comprobar que en el momento del ingreso, se establece el mismo tomando en consideración las circunstancias que dieron lugar a la separación del menor de su entorno familiar, así como las personales y laborales de los que lo quieren visitar⁴⁰⁴. Si bien es la Entidad pública la que fija este régimen de visitas, habrá de formular propuesta judicial de limitación a dicho régimen cuando la establezca uno más limitado del que suele establecer en otros casos similares, y, siempre que los familiares no estén de acuerdo con el régimen establecido, pueden formular oposición al Juzgado⁴⁰⁵. En todo caso la actitud de la Administración no ha de ser la pasividad, sino por el contrario, ir limitando, suspendiendo o ampliando en función de la evolución del caso⁴⁰⁶. Como señala A. J. PÉREZ MARTÍN, cuando se ha declarado la situación de desamparo, los familiares y allegados, pueden solicitar que se les fijen unos días de visita. Recomienda el autor que en este caso la Entidad Pública observe lo siguiente⁴⁰⁷:

- Pronunciamiento expreso sobre la petición
- Que la resolución se dicte rápidamente
- No se puede obligar a los padres, parientes y allegados a que formulen una petición cada vez que quieran ver al menor. Si deberán hacerlo cuando soliciten una variación en el régimen de relaciones, por ejemplo quieran sacar los fines de semana a su hijo del centro, dentro del plan de reintegración familiar que se haya estipulado.
- Nunca se utilizará el silencio negativo. En caso de que la entidad pública estime conveniente limitar o suspender las visitas, habrá de acudir a la autoridad

404. MAYORAL NARROS, I. V. (MARTÍNEZ GARCÍA, C., Coord.), *El acogimiento residencial*, «Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías», ob. cit., pg. 195, señala que en las progresivas revisiones del programa educativo individualizado, habrá que delimitar las formas en que la relación con la familia se realizará, incrementándose la misma de forma paulatina y adaptada, en función del compromiso mostrado por los miembros del sistema familiar, de cara a eliminar cualquier elemento de desprotección social del menor.

405. Imaginemos que lo habitual es una visita semanal de 2 horas en el centro de protección cuando el desamparo ha sido recientemente declarado, en tanto se conoce a la familia y se aborda un régimen de visitas más amplio. Si en lugar de este régimen se estableciera uno quincenal y sólo de una hora, podría considerarse que existe una limitación.

406. En el caso descrito por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de abril de 2004 (JUR 2004, 154231), se ordena expresamente el incremento de las visitas de unos menores ingresados en centro de protección, y en el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 20 de diciembre de 2004 (JUR 2005, 56431).

407. «Adopción, acogimiento y tutela...», ob. cit., pg. 525.

judicial, y comunicarles esta decisión de forma inmediata a los solicitantes de la visita.

– La resolución administrativa deberá notificarse en forma a los interesados, haciéndoles saber los recursos que pueden interponer contra la misma. El régimen de relaciones familiares, cuando se fija con el desamparo, se hace mediante resolución administrativa, que podrá ser recurrida conforme a los trámites de los artículos 779 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero es frecuente que posteriormente tengan lugar modificaciones, en cuanto al ejercicio y la duración, que habitualmente no se reflejan en resoluciones puramente administrativas, si no más bien en documentos como planes de reinserción o en entrevistas personales con los padres en que se adoptan determinados acuerdos.

Se ha pronunciado profusamente el TEDH sobre esta cuestión. Ha declarado que no es su competencia sustituir a las autoridades nacionales en el ejercicio de sus responsabilidades en la regulación del sistema público de protección, en la guarda de menores o en los derechos de los padres a los que se les han retirado a los hijos, sino revisar a la luz de la Convención las decisiones tomadas por las autoridades en el ejercicio de dicho poder de apreciación. El Tribunal reconoce que el margen de apreciación de las autoridades nacionales a la hora de decidir la necesidad de retirar a un menor de sus padres es muy amplio, pero corresponde al Tribunal escrutar en cada caso si las limitaciones de acceso de los padres a los hijos y viceversa se han adoptado tomando en consideración el derecho a la vida familiar. Es necesario, en cualquier caso que se plantee, tener en cuenta las circunstancias peculiares y el momento temporal en que se desarrollan las relaciones⁴⁰⁸.

Tal como hemos indicado, la actitud de los padres, con relación al régimen de relaciones personales con sus hijos, resulta determinante en la revocación de las resoluciones de desamparo, tanto en sede administrativa como judicial y a la hora de decidir sobre la adopción. El hecho de que los padres no pidan visitar o incumplan el régimen establecido habrá de ser tenido en cuenta, por cuanto afecta a la estabilidad emocional del menor, pronunciándose la jurisprudencia en este sentido⁴⁰⁹. Por ello el seguimiento de las visitas y la evaluación de la calidad de las

408. Así, la Sentencia del TEDH, de 27 de abril de 2000 (TEDH 2000, 221), caso K. y T. contra Finlandia, resuelve sobre la oposición de los padres de unos menores por la retirada de los mismos y sobre la dificultad de desarrollar un régimen de relaciones (*access restrictions and prohibitions*). En el momento de resolver el Tribunal, los menores llevan ya 7 años separados de sus padres y en acogida familiar. Se pronuncia el Tribunal en el sentido de que si bien es cierto que ha habido una vulneración del artículo 8 del CEDH, ya que considera que la orden de guarda (*care order*), se dictó de forma arbitraria por las autoridades nacionales, considera sin embargo, que el régimen de visitas, si bien pudo ser excesivamente restrictivo en etapas anteriores, en el momento en que dicta Sentencia es adecuado (una vez al mes), debido al largo período que han permanecido los menores sin sus padres.

409. Así en el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 2 de marzo de 1993 (AC 1993, 372), se decide no revocar la situación de desamparo de un menor considerando lo siguiente: *No pudiendo desdeñarse los efectos decisivos que nos ocupan, el dato acreditado en autos, merced a informe del Instituto Navarro de Bienestar Social que desde que el menor fue declarado en situación de desamparo –recuérdese en el mes febrero 1990–, el señor V. no ha visitado a su hijo, ni solicitado en la forma oportuna que le fue señalada por tal entidad pública, la concesión de las oportunas visitas a su hijo.*

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

mismas son esenciales de cara a la determinación de un cambio de medida. No obstante la jurisprudencia se muestra siempre proclive al mantenimiento de la relación siempre que ello sea posible, habiendo de contribuir a ello la Entidad pública en lo que le compete⁴¹⁰.

c) Relaciones personales en situación de guarda judicial.

También nos encontramos con menores que son ingresados a raíz de una guarda judicial. En este caso, el régimen de visitas puede ser fijado por el juez en el mismo auto que acuerde el ingreso. Sin embargo esto no es frecuente, por lo que en este caso habrá de ser fijado por la Entidad pública. Puede ser que el ingreso se acuerde en el marco de un procedimiento de secuestro de menores, en el que el juez acuerda la guarda en un centro de protección en tanto se decide con qué progenitor ha de estar el menor, en estos casos, el centro debe prestar especial cautela a las visitas que reciba el menor, ya que puede haber riesgo de un nuevo secuestro. Será esencial la comunicación con el juzgado competente, sobre las relaciones que puede mantener el menor.

d) Forma de ejecución de las relaciones personales en los centros de protección.

Los centros de protección juegan un papel muy importante en el control del régimen de relaciones personales de los menores y en su forma de ejecución. En recientes regulaciones sobre los centros de protección, las Comunidades Autónomas abordan, entre otros aspectos, dichas relaciones del menor⁴¹¹. Del análisis de dicha legislación, así como de las entrevistas realizadas a profesionales que trabajan en centros de protección destacamos los siguientes aspectos:

1º Dado que el primer objetivo que se debe marcar el sistema de protección ha de ser la reintegración familiar, todo menor ingresado en centro debe contar

410. Es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de julio de 2003 (JUR 2003, 269129), que estima las salidas de las menores los fines de semana... *previa supervisión por los servicios sociales de la habitabilidad y salubridad de la vivienda y la no presencia en el mismo del esposo de la progenitora*. Y existen autos judiciales en que tras resolver la oposición al desamparo, y ratificar dicha situación, se acuerda que el menor continúe en el centro de protección, pero con un proceso de acercamiento a sus padres. Así el Auto de 8 de febrero de 2001, del Juzgado de 1ª Instancia de Málaga núm. 5, en procedimiento de oposición de desamparo (al que hemos tenido acceso con motivo del estudio estadístico efectuado en esta provincia), tras constatar que se dan todos los requisitos para declarar dicha situación, señala: *no obstante se constata la intensa relación de afectividad de los menores con los padres, así como la gran distancia geográfica existente entre la localidad donde viven los padres y el centro de acogida donde se encuentran los menores, lo que unido a los escasos medios económicos de los padres genera una imposibilidad de aumentar el régimen de visitas fijado, todo lo cual se traduce en un evidente sufrimiento de los menores que no debe ser consecuencia inevitable de la medida de protección. En base a todo ello en ejecución de esta resolución se adoptarán las medidas necesarias, oída la Entidad pública y el Ministerio Fiscal, a fin de aumentar el contacto de los menores con sus padres*. Fruto de esta resolución judicial fue el cambio de centro de protección de los menores, a uno ubicado geográficamente cerca de la residencia habitual de los padres.

411. Entre otros, el Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, de Acogimiento Residencial de menores en Andalucía y el Decreto 40/2000, de 15 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de los centros de atención a menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma Canaria (BOC, núm. 44, de 10 de abril de 2000).

con un programa o proyecto socioeducativo en que se refleje, de acuerdo entre la Entidad pública y el centro de protección, la promoción progresivamente más amplia del régimen de relaciones familiares, de cara a garantizar que las condiciones que hagan posible ese retorno a la familia de origen⁴¹².

2º Se debe asignar 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 caso de los menores extranjeros, además hay que observar los cambios horarios, a fin de que este derecho se pueda materializar.

3º Se debe destinar un espacio adecuado para que los familiares de los menores puedan efectuar las visitas autorizadas. Si bien sería deseable que las visitas se realizaran de forma privada cada familia con sus hijos, la realidad es que se suele hacer de forma conjunta, lo que provoca la falta de intimidad y en ocasiones la transferencia de información no deseable de unos familiares a otros.

4º Las comunicaciones y visitas se celebrarán respetando la intimidad de los menores. No obstante, cuando así quede establecido judicialmente o por la Entidad pública las relaciones podrán ser supervisadas por profesionales del Centro. Se dan en la actualidad muchos supuestos de menores que han sido víctimas de malos tratos, especialmente psicológicos y en que se hace necesaria la supervisión. En ocasiones la relación de los padres influye en que el menor no acepte otras medidas, como un acogimiento en familia alternativa⁴¹³. Respecto del seguimiento de las visitas, resulta en ocasiones aún más complicado ya que existe un gran número de menores de otras nacionalidades en los centros de protección, y es difícil que el personal del centro pueda realizar un seguimiento de las llamadas telefónicas o las visitas, cuando la comunicación se establece en idiomas de lo más diverso.

5º Si el comportamiento en algún centro, de un familiar resultase conflictivo o peligroso para la integridad de los menores o de las demás personas del Centro, se podrá interrumpir la visita por el personal del mismo. Dado que no todos los centros tienen medidas de seguridad, y especialmente en el caso de los pisos o casas, es frecuente acudir en estos casos a la policía.

6º Los Centros deberán potenciar las relaciones sociales de los menores, promoviendo los contactos de los mismos con su entorno y las visitas de amigos y compañeros al propio Centro. Si bien sería deseable que los menores se pudieran relacionar cuando están en un centro igual que cuando están en una familia, la

412. MAYORAL NARROS, I. V. (MARTÍNEZ GARCÍA, C., Coord.), *El acogimiento residencial*, «Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías», ob. cit., pgs. 195 y 201, señala la necesidad de crear un triángulo de trabajo entre los representantes legales, el menor y el recurso residencial, en que se propicie el intercambio de información, siendo las visitas, salidas y comunicación con los padres la base esencial de la posible reintegración. Igualmente señala la importancia del proyecto educativo del centro de protección de cara a garantizar el mantenimiento del vínculo familiar.

413. Puede suceder que el menor esté de acuerdo con dicho acogimiento, pero tras no visitar la madre, por ejemplo, en 2 meses, ocurre que justo antes de salir con la nueva familia, aparece aquella. El menor puede recibir mensajes negativos e incluso amenazas, que son difíciles de controlar por el personal del centro.

realidad es que la estructura de los mismos no permite habitualmente que ello sea posible.

7º Desde distintos sectores se pone de manifiesto la necesidad de una mayor especialización en la tipología de los centros, especialmente con relación a los menores adolescentes y los menores inmigrantes no acompañados⁴¹⁴.

4.2.3. Régimen de relaciones personales de menores en acogimiento familiar

La regulación de las relaciones personales en el acogimiento se detallan en los artículos 173.2 y 161 del Código Civil. Éste dispone que *tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres corresponde para visitar y relacionarse con él podrá ser regulado o suspendido por el juez*. Los diferentes tipos de regímenes de relaciones vendrán marcados por el tipo de acogimiento, en familia extensa o alternativa o de carácter simple o permanente, así como si se establece en vía administrativa o judicial⁴¹⁵.

Cuando se formaliza un acogimiento, bien en vía administrativa o judicial, se establecen, normalmente en documento aparte, las condiciones del acogimiento. Cuando el acogimiento cuenta con el consentimiento de los padres, se consensúan la forma y la frecuencia con que se efectuarán las visitas⁴¹⁶. Sin embargo cuando el acogimiento se formaliza en sede judicial, sin el consentimiento de los padres, será la Entidad Pública, tomando en consideración el criterio de los acogedores y oídos los padres y el menor, quien proponga al juzgado cómo se desarrollarán las relaciones. Este régimen de visitas estará vigente mediante la formalización de acogimiento provisional, en los términos del artículo 173.3 del Código Civil⁴¹⁷. En caso

414. Sobre esta cuestión MAYORAL NARROS, I. V. (MARTÍNEZ GARCÍA, C., Coord.), *El acogimiento residencial*, «Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías», ob. cit., pg. 185, señala que han de promocionarse recursos para menores con graves deficiencias físicas o psíquicas, menores con adicción a drogas, y con problemas de socialización, inadaptación o desajuste social. En entrevistas con profesionales de los centros de protección, se pone de manifiesto igualmente que la permanencia durante años por parte de menores inmigrantes en centros de protección, plantea situaciones complicadas con relación a los regímenes de relaciones personales de estos menores. Ello es así porque cuando el menor ya está documentado y lleva mucho tiempo ingresado (pensemos que hay menores que llegan al centro a edades muy tempranas, de hasta 10 ó 12 años), echa mucho en falta ver a su familia y demanda poder trasladarse a su país unos días para verla. En la práctica se conocen casos de menores, que ante la falta de apoyo de la Administración tutora para que realicen el viaje de ida y vuelta, se fugan unos días de los centros y realizan solos el viaje de ida y vuelta.

415. Señala RIVERO HERNÁNDEZ, F., en «El derecho de visita», ob. cit., pg. 105 que en la regulación legal se observa cómo parte el legislador de la premisa de que la normalidad es el derecho a relacionarse entre padres e hijos, por no estar afectado en el acogimiento el ejercicio de la patria potestad, a pesar de que se hace una excepción a la normal convivencia de los hijos con los padres ex artículo 154 del Código Civil.

416. Por ejemplo se realizan en casa de los acogedores cuando son familia extensa o una tarde en semana en la sede de la institución colaboradora cuando es familia alternativa, disponiéndose posteriormente su ampliación. Puede ocurrir en los acogimientos con familia alternativa, que ésta acceda a conocer a los padres de los menores, entablándose relaciones entre acogedores y aquellos que dan lugar a relaciones muy fluidas, que se autorregulan y que llevan a regímenes de relaciones muy amplios.

417. Que dispone 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*.

de que los padres no estén de acuerdo podrán oponerse ante el juzgado. El régimen de relaciones personales que se fije será de muy distinta índole cuando se trate de acogimiento simple o permanente.

Al primero debe de acompañar un plan de mejora o el plan de integración familiar, por lo que las relaciones se deben ir aumentando paulatinamente, siempre que el proceso de reintegración familiar funcione⁴¹⁸. El plan de integración familiar y social debe establecer los plazos de duración de las diversas etapas y las medidas alternativas de protección que se adopten para el menor, luego, debe establecer un acercamiento paulatino del menor a su familia, pasando de la simple visita en el centro, a las salidas sin pernocta, a los fines de semana y vacaciones, con el objetivo de ir controlando cómo se desarrollan esas visitas para poder reintegrar de forma definitiva al menor a su familia⁴¹⁹. Si por el contrario, el plan de mejora no funciona de forma deseable y si se pretende limitar el régimen de visitas, habrá que acudir a la autoridad judicial para que así lo disponga. No es descartable incluso que estando los menores en situación de acogimiento simple, pueda instarse la suspensión del régimen de visitas, si las circunstancias así lo requieren⁴²⁰. En todo caso el criterio que ha de primar para fomentar o restringir las visitas será el del interés del menor⁴²¹.

Si bien en los acogimientos permanentes los menores mantienen relaciones personales con sus progenitores, puede ocurrir que esto no sea así, y que no haya

La propuesta de la entidad pública contendrá los mismos extremos referidos en el número anterior. No obstante, la entidad pública podrá acordar en interés del menor, un acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto se produzca resolución judicial. La entidad pública, una vez realizadas las diligencias oportunas, y concluido el expediente, deberá presentar la propuesta al Juez de manera inmediata y, en todo caso, en el plazo máximo de quince días.

418. A modo de ejemplo, 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 previstos en la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores en su artículo 30.1. dispone que *se podrán regular las visitas y las relaciones con la familia de origen, con la intención de conseguir una mejor integración en la familia acogedora, y en su apartado 2º explicita que también se podrán regular las visitas para mantener la relación con su familia de origen, y preparar su retorno.*
419. Respecto de la frecuencia de las visitas en el acogimiento, cuando es de carácter simple, manifiestan PALACIOS GONZÁLEZ, J. y AMORÓS MARTÍ, P., en «El Acogimiento familiar», 2004, Madrid, cit., pg. 156, que las investigaciones han demostrado la correlación que existe entre los contactos continuos con los padres y la posibilidad de retorno. También remarca que los niños más visitados están asociados con el bienestar emocional del niño/a y los padres.
420. Como en el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 16 de marzo de 1999 (JUR 2003, 269129), en que expone el Tribunal que *habida cuenta que, además, la medida adoptada relativa a la supresión de las visitas, en la que especialmente incide la parte apelante, instando su revocación, fue oportunamente solicitada y adoptada por la Administración en interés del menor; sin que su improcedencia o injustificación se deduzca del testimonio de particulares, no existiendo base fáctica en apoyo de tal petición, cuando, por el contrario razones hay que llevan a mantener tal pronunciamiento, pues acogido e integrado el menor en familia no consanguínea, descartada precisamente su reinserción en la propia familia, desaconsejable surge un régimen de visitas en tal situación, cuando tampoco se han revelado por los recurrentes mínimos motivos para ello, ni su idoneidad o conveniencia.*
421. Tal como expresa el Auto de la Audiencia Provincial de Lugo de 7 abril de 1998 (AC 1998, 4714), que revoca el régimen de visitas establecido al constituir acogimiento con facultades de tutela, ya que, según expresa, *el padre no tuvo más que un único contacto con su hijo, no escribiéndole, ni llamándole por teléfono al centro donde estaba internado éste; manifestándose por el menor que «se encuentra muy a gusto con sus actuales padres y quiere seguir siempre con ellos, que no conoce a Javier M. C.».* Apreciándose igualmente (en un niño conflictivo con síntomas violentos y de

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

régimen de relación familiar, bien porque los padres no lo quieren, bien porque se solicite su suspensión al Juzgado por no ser conveniente al interés de los menores⁴²². También puede ocurrir que se constituya un acogimiento permanente aun cuando no haya visitas, estén o no suspendidas judicialmente. Esto sucede en menores a partir de una cierta edad, que mantienen viva la esperanza de que sus padres vuelvan a relacionarse con ellos. En estos casos es frecuente que cuando se cree el vínculo afectivo con los acogedores, el menor cambie de idea y quiera ser adoptado, al no recibir noticias de sus padres.

Resulta cada vez más frecuente la existencia de menores en el sistema de protección que se encuentran acogidos por familia extensa que reside en otras provincias, Comunidades Autónomas o en el extranjero y, ante esta dificultad, cuando se formalicen acogimientos con familias que vivan fuera del ámbito territorial de la Entidad Pública que lo realiza, el régimen de relaciones debe quedar garantizado habiéndose pronunciado al respecto alguna normativa autonómica⁴²³. En estos casos es preciso promover un esfuerzo por parte de los poderes públicos para que la relación personal de los menores con sus familiares no se pierda, y, en concreto para que se realicen, de hecho, los regímenes de relaciones con los padres, cuando no viven en el mismo ámbito territorial que los hijos⁴²⁴. Esta postura es mantenida igualmente por la jurisprudencia del TEDH⁴²⁵.

imitación de conductas inadecuadas observadas en su infancia anterior) la necesidad de una familia estable y normal.

422. El Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 8 de junio de 2001 (JUR 2001, 237044) acordó desestimar el recurso interpuesto contra el Auto de primera instancia en que se constituye el acogimiento permanente y se suspenden las visitas, argumentando la Audiencia Provincial que los padres ni siquiera plantean en su recurso la conveniencia de que los niños no pierdan la relación con ellos porque les beneficia y favorece, sino que insisten en que no se les *pueda privar de derechos tan elementales a unos padres... (que) quieren estar con sus hijos el mayor tiempo posible. La decisión no puede basarse en este propósito egoísta, en el deseo de los padres de disfrutar con la presencia de sus hijos.*
423. Así, el artículo 59 del Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción de Cataluña, se pronuncia al respecto, ya que señala con relación al acogimiento simple, 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, en su caso, y hacer el seguimiento general de la medida*
424. BEEVERS, K., y PÉREZ MILLA, J. J., señalan la importancia de tomar en consideración la dimensión internacional para que quede garantizado el derecho del menor al contacto mutuo con ambos progenitores, en «Comentario a la jurisprudencia española sobre el ejercicio del derecho transfronterizo de derecho de visita y estancia de menores», Aranzadi, SA, Aranzadi Civil núm. 13/2005, Pamplona, 2005 (publicación electrónica). Ponen de manifiesto los autores cómo en supuestos donde existe un ejercicio transfronterizo del derecho de visitas y estancias, no tomar en consideración el factor espacial es la causa de decisiones judiciales poco acertadas. Igualmente la Administración, en su intervención regulando y mediando al establecer los regímenes de relaciones, ha de tomar en consideración este aspecto.
425. La Sentencia de 23 de septiembre de 2003 (TEDH 2003, 54), caso Sophia Gudrún Hansen contra Turquía, incide en el aspecto de que la actuación de los poderes públicos en la aplicación del artículo 8 del Convenio no puede ser arbitraria y en que cuando exista un vínculo familiar, el Estado debe actuar, en principio, de forma que permita que este vínculo se desarrolle, así como adoptar medidas para que padres e hijos puedan reunirse. En este caso entendió que se vulneró el derecho a la vida familiar porque las autoridades turcas no hicieron los esfuerzos necesarios para garantizar los derechos de visita de la demandante.

Es determinante en el cambio de un tipo a otro de acogimiento el seguimiento del régimen de visitas, tal como venimos expresando. Sin embargo, el cambio de acogimiento más drástico que puede suceder, por la trascendencia en la ruptura de la relación familiar, se produce cuanto se decide, estando el menor en acogimiento simple o permanente, pasar a un acogimiento preadoptivo o a una adopción directamente. Y suele ser la falta o incumplimiento de las visitas lo que lleva a esta decisión, argumento por demás considerado como de primer orden por los Juzgados a la hora de decidir sobre la propuesta de la Entidad Pública.

4.2.4. Régimen de relaciones personales de menores en el acogimiento preadoptivo

Analizada la situación de un menor y llegados a la conclusión de que la propuesta más favorable para el mismo es el acogimiento preadoptivo, lo habitual es que la Entidad Pública solicite al Juzgado, junto a la propuesta de acogimiento preadoptivo, la suspensión de visitas con la familia biológica. No existe ningún precepto legal en el Código Civil que disponga que es incompatible el acogimiento preadoptivo con el establecimiento de un régimen de visitas, lo cual ha supuesto una situación, a nuestro criterio, de inseguridad jurídica. En la legislación autonómica, en algunos casos se indica la necesidad de suspender el régimen de relaciones⁴²⁶. Si bien la suspensión del régimen de relaciones personales parece una petición congruente con la futura adopción, sin embargo, el Juez puede determinar que no se adopte esta medida cautelar en tanto decide. Puede dar un tratamiento de u otro las relaciones personales, estimando que el acogimiento va a desembocar en una adopción y que las relaciones personales del acogido con su familia biológica pueden perjudicar la consolidación de la adopción futura. M. LINACERO DE LA FUENTE⁴²⁷, propone de *lege ferenda* el siguiente párrafo a incluir como apartado segundo del artículo 161 del Código Civil: *en el acogimiento preadoptivo se suspenderán las visitas y las relaciones con la familia biológica a fin de conseguir la mejor integración en la familia acogedora, salvo que ello resulte contrario al interés del menor*. Y, de hecho, la mayoría de las resoluciones judiciales se inclinan por no dar visitas a la familia biológica en tanto se sustancia el procedimiento de acogimiento preadoptivo, aludiendo a términos como la tranquilidad del menor en su situación, y, en definitiva a su seguridad emocional y jurídica⁴²⁸.

426. Así el artículo 13.2 de la Ley 37/1991 de Cataluña, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, que dispone que *en los casos determinados en el apartado 1 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 igual sentido el artículo 35.2 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia.

427. «Protección jurídica del menor», Montecorvo, Madrid, 2002, cit., pg. 339.

428. E igualmente existe mucha jurisprudencia que apoya esta postura, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de enero de 2002 (JUR 2002, 123824), en el caso de un menor que se hallaba en acogimiento permanente y se propone el cambio a preadoptivo, señala el Tribunal: *ni dicho progenitor mantiene, por propia decisión, contacto alguno con el menor desde hace tiempo, ni dichas relaciones, en una etapa anterior, se manifestaban como beneficiosas para dicho sujeto infantil. No existe, de otro lado, perspectiva alguna de reincorporación del mismo al seno de la familia biológica, sin que la permanencia indefinida en un centro dependiente de la Comunidad*

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

Respecto de la medida cautelar de suspensión por parte de la Entidad pública, adoptada a la vez que se constituye el acogimiento preadoptivo provisional *ex* artículo 173.3 del Código Civil, tampoco existe un criterio unánime sobre la posibilidad de que sea la Entidad pública la que suspenda, ya que nada dice al respecto el Código Civil. Por tanto, cuando se entrega el menor a la familia adoptiva, después de preparar a éste para su nueva situación, cuando su edad lo requiere, y la familia lo recibe en su hogar, no puede tener la certeza de que esta situación conlleve la no existencia de régimen de visitas.

Que la suspensión de visitas pueda ser acordada cautelarmente por la Entidad pública en tanto se decide por el Juzgado la solicitud de suspensión (incluso la cautelar) resulta conveniente en el proceso de adopción⁴²⁹. Ello es así porque de lo que se trata es de romper el vínculo del menor con su anterior núcleo familiar y de dar seguridad tanto al menor como a su familia respecto de su situación, consolidando los lazos familiares⁴³⁰. No existe un criterio uniforme sobre la posibili-

de Madrid, tal como propugna el recurrente al solo fin de poder llevar a cabo unas comunicaciones que el mismo ha abandonado hace tiempo, ofrezca las mejores perspectivas posibles en orden a un desarrollo armónico e integral del menor, apareciendo, por el contrario y en principio, que la solución propugnada por la entidad proponente, en orden a una definitiva integración plena en la familia de los acogedores, es la más acorde al interés de aquél. La de la Audiencia Provincial de Valencia de 17 de julio de 2003 (JUR 2003, 269112), se pronuncia de forma categórica al respecto al disponer que *en cuanto al régimen de visitas interesado por el apelante debe decirse que la Sala en modo alguno considera conveniente tal régimen máxime habida cuenta de que tratándose de un acogimiento preadoptivo ello implica un pronóstico de no retorno con la familia biológica, incoherente con el establecimiento de un sistema de comunicación como el que se pretende.* En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 13 de febrero de 2006 (JUR 2006, 128116), que dispone que *el acogimiento familiar preadoptivo de la menor E. procede a favor de los acogedores que los servicios sociales de la Junta de Castilla y León estimen pertinentes, denegando el régimen de visitas a la madre biológica pues tal régimen entorpecería la finalidad última del acogimiento familiar que es la plena participación del menor en la vida de la familia acogedora.* En el caso resuelto por el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén de 18 de marzo de 1997 (AC 1997, 472), en que en primera instancia se aprobó la constitución de acogimiento preadoptivo, fijando un régimen de visitas con la abuela biológica. Formulado recurso por la Administración, la Audiencia decidió confirmarla en lo que hacía referencia a la constitución del acogimiento, pero reverla en lo referente al régimen de visitas. La Audiencia decidió suprimir el derecho de la familia biológica del menor de relacionarse con él en función de la desvinculación afectiva del menor con sus familiares y como fórmula para lograr una mejor integración en la familia de acogida. Así, se señala expresamente que *su desarraigo familiar (...) entraña desde luego una desvinculación afectiva seria, que hace menos traumática su conveniente desconexión y facilita de este modo 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 dadas las singulares circunstancias personales que lo presiden.*

429. En este sentido se pronuncia el artículo 4.4 del Decreto 46/2000, de 1 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de Menores de Asturias, que señala *podrán realizarse las actuaciones de mediación procedentes, e incluso adoptarse las medidas provisionales tendentes a dicha modificación, sin perjuicio de la eventual obligación de proponer la misma al Juez.*

430. VALERA GARCÍA, C., «Comentarios a la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor», *ob. cit.*, pg. 277, plantea incluso, la posibilidad de que dicha suspensión de visitas se acuerde únicamente por la Administración, sin perjuicio de la posible revisión judicial, ya que dice, si la Ley concede lo más, esto es, la suspensión de la patria potestad, le estaría permitido a la Administración lo menos. Motiva dicho razonamiento igualmente en el hecho de que lo que ha pretendido la norma es desjudicializar los escalones primarios de protección, así como potenciar el papel de las Entidades Públicas y consagrar la agilidad y la inmediatez en los procedimientos de protección de menores.

dad de que la Entidad pública suspenda cautelarmente el régimen de relaciones personales en tanto se pronuncia el Juzgado sobre la medida cautelar⁴³¹.

La decisión judicial de otorgar visitas en el acogimiento preadoptivo puede tener las siguientes consecuencias:

a) Si el menor tiene cierta edad, los acogedores corren el riesgo de que aquél revele a su familia biológica los datos de identificación de éstos, con lo que se pondría en riesgo el acogimiento, pudiendo los acogedores desistir del mismo⁴³².

b) Si el menor tiene menos edad, en principio, los acogedores podrían aceptar, siempre con el riesgo de que en el transcurso de los recursos judiciales, hasta que el acogimiento deviniera firme y se acordara con posterioridad en la solicitud de adopción una nueva suspensión, el menor puede estar en las circunstancias mencionadas más arriba.

Sí queda justificada la fijación de un régimen de relaciones en el caso de que el acogimiento preadoptivo se realice con familia extensa. Imaginemos que hay consentimiento de los padres, en este caso, el acogimiento preadoptivo podría hacerse en vía administrativa, y en caso de consentimiento de ambas partes, podría estipularse un régimen de visitas. Sería el supuesto de un menor que por circunstancias de enfermedad no ha podido ser criado por su madre y se lo da a su hermana. La madre consiente y cree lo más conveniente la adopción, pero puede seguir relacionándose con el menor. La situación varía cuando se trata de familias desestructuradas, en que habiendo relación con los padres, éstos son inconstantes en las mismas. Hay que plantearse en este supuesto si es mejor pedir la suspensión de relaciones, ya que la tramitación del acogimiento, en caso de oposición, puede

431. El Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de septiembre de 2003 (AC 2003, 1559) se pronuncia expresamente sobre esta cuestión, con relación a la redacción del artículo 13.4 del Decreto 42/2002 de 12 de febrero de desamparo, tutela y guarda de Andalucía (dispone que *mientras se resuelve judicialmente la solicitud de regulación, supervisión, limitación o suspensión de las 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*), estableciendo que *dicho precepto sólo autoriza a adoptar medidas imprescindibles para evitar un riesgo grave e inminente mientras los órganos judiciales resuelven*. Es decir sólo autoriza a adoptar provisionalmente aquellas medidas que no pueden esperar a la resolución judicial sin grave peligro de que los menores sufran daños irreversibles, pero no la exime de instar judicialmente la suspensión. La Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, en su artículo 68.2, sin embargo, señala que necesariamente esta suspensión cautelar habrá de ser instada al Juzgado (señala que *si no fuere 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*).

432. No hemos hallado en las bases de datos de jurisprudencia resolución alguna que se pronuncie sobre la no suspensión de visitas con la familia biológica estando un menor en acogimiento preadoptivo, pero conocemos dos resoluciones judiciales por la práctica profesional, dictadas en primera instancia en que se acordó un régimen de visitas. En uno de los casos el resultado fue que los adoptantes decidieron, tras permanecer dos meses los menores en su domicilio, en el momento de conocer la resolución judicial acordando visitas, desistir del acogimiento, ingresando de nuevo los menores en centro de protección (los acogedores eran padres de otra menor y el temor a que los menores acogidos de 2 y 6 años revelaran a la familia biológica su domicilio les hizo desistir por miedo a ser localizados).

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

ser larga, y el menor no debe verse perturbado por los padres biológicos, cuando ya se ha decidido que la mejor opción es quedarse con la familia de acogida.

También se dan los casos de menores que llevan conviviendo años con los acogedores preadoptivos, sin que se haya fijado régimen de relaciones y habiéndose suspendido las mismas, siendo finalmente denegatorias las resoluciones judiciales al acogimiento, por lo que es preciso establecer regímenes paulatinos de acercamiento, a pesar de que normalmente ya se ha roto el vínculo de apego con los progenitores⁴³³. Consideramos que uno de los mayores fallos del sistema es precisamente el hecho de que si los menores pierden la relación, por suspenderse el régimen de relaciones, y posteriormente se acuerda la no constitución del acogimiento preadoptivo, dicha relación puede haberse vuelto irrecuperable, precisamente porque ha quedado roto el vínculo con la familia de origen tras varios años sin relación. Consideramos que la cuestión a debate no debe ser si es posible o no establecer un régimen de relaciones personales de los menores cuando se inicia una convivencia de tipo preadoptivo. Cuando un menor sale con una familia con fines adoptivos la posibilidad de reintegración debería haber sido descartada de forma definitiva; por tanto no ser objeto de enjuiciamiento si debe haber o no visita, ya que de lo que se trata es de romper la relación con la familia biológica. Únicamente parece razonable plantear esta cuestión cuando el menor está siendo adoptado por miembros de la familia extensa, y, excepcionalmente, en supuestos de adopción por familia no extensa, de menores que por su edad pueden mantener el vínculo con algún miembro de la familia biológica.

4.2.5. Régimen de relaciones personales de menores en adopción

El artículo 178.1 del Código Civil señala expresamente que *la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior*; en el artículo 160 se limita el derecho de visita a los padres precisamente cuando haya sido constituida la adopción; y, por último, el artículo 180 en su apartado cuarto permite al adoptado reclamar judicialmente *la determinación de la filiación que por naturaleza le corresponda*. De la lectura de este articulado no se deduce necesariamente que no pueda existir un régimen de visitas con la familia de origen o natural estando un menor adoptado⁴³⁴.

433. Así el caso, analizado en capítulos anteriores, examinado por el Tribunal Constitucional en Auto 21/2002, de 25 de febrero (RTC 2002, 21 AUTO), que señala que *ciertamente, en la medida en que el interés de los niños pasa por quedarse con sus padres de acogida, la actual situación de acogimiento preadoptivo se transformaría en una guarda de hecho. Esto supone la asunción de todas las funciones derivadas del ejercicio de la tutela (arts. 259 y ss. CC), sin perjuicio de establecerse las medidas de control y vigilancia que se consideren oportunas (artículo 303 CC). Con el fin de facilitar la reanudación del contacto de la madre biológica con sus hijos, se establece un programa de acercamiento entre acogedores y madre biológica y un sistema de visitas supervisada*. En este supuesto se fijó un régimen de relación temporalizado que tenía por objeto acercar a los menores de forma paulatina a su madre, con la cual, debido a la suspensión del régimen de relaciones durante años, no habían mantenido contacto alguno.

434. En este sentido se pronuncia RIVERO HERNÁNDEZ, F., en «El derecho de visita», ob. cit., pg. 322.

Así, esta relación se puede dar en el caso de menor adoptado, cuando ha sido separado de otros hermanos que están igualmente en adopción. Por ello, cuando se va a seleccionar una familia para la adopción de un menor que va a mantener relación con alguno de los miembros de su familia biológica, los adoptantes han de ser informados sobre esta circunstancia y cooperar en el desarrollo de las mismas. Sin embargo, en la práctica, lo más frecuente es que sean los menores adolescentes los que reclamen la relación con sus padres o hermanos. En tanto sean menores de edad, el servicio de protección de menores competente, junto a los padres adoptantes, oyendo igualmente al menor, deberá decidir sobre la conveniencia de esta relación considerando el mejor interés del menor. A su mayoría de edad, gozará del derecho de investigar sus orígenes y mantener la relación que estime conveniente⁴³⁵. En el caso de menores adolescentes resulta verdaderamente complicado decidir sobre si se permiten o no las relaciones, ya que la respuesta positiva puede dar lugar al desencanto respecto de sus orígenes, mientras que la negativa puede provocar reacciones adversas hacia los padres adoptantes. Destacan los expertos en psicología la importancia y los beneficios que aporta al menor, sobre todo en la adolescencia, del conocimiento de su familia y lugar de origen, especialmente en los casos de adopción internacional, en que el menor a estas edades, a raíz de los cambios corporales que sufre, se cuestiona sus orígenes, significando la búsqueda de éstos, lejos de un alejamiento y separación de los padres adoptivos, un refuerzo de la vinculación mutua e implicando, normalmente una intensificación de los lazos afectivos⁴³⁶.

Hemos aludido más arriba a los problemas que puede suscitar el concepto de familia extensa o propia o de origen, de cara al ejercicio de derechos en el sistema de protección. En el caso de las relaciones personales cuando el menor ha sido adoptado, esta cuestión se subsana, ya que siempre es posible acudir al concepto de allegados, a fin de facilitar dichas relaciones. Con respecto a los abuelos, o de otros parientes que hayan tenido una relación estrecha con el menor, hay que cuestionar si el hecho de la adopción implica necesariamente la suspensión del derecho de relación⁴³⁷. Será necesario combinar el principio de interés superior

435. La Ley de Adopción Internacional ha introducido un apartado 5 al artículo 180 del Código Civil, que dispone: 5. *Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho.* Y algunas legislaciones autonómicas contemplan expresamente este derecho, y ponen al alcance del menor servicios de apoyo para ello, a modo de ejemplo, el artículo 10 del Decreto 282/2002 de Acogimiento Familiar y Adopción de Andalucía, de 12 de noviembre, dispone que *al alcanzar la mayoría de edad, los menores adoptados tendrán derecho a acceder a un servicio de mediación conforme al procedimiento que se habilite al efecto, con la finalidad de conocer a su familia biológica y su historia personal.* Sobre esta cuestión GÓMEZ BENGOCHEA, B., en «Derecho a la identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza», Dykinson, Madrid, 2007, en que realiza un estudio especialmente en los casos de adopción internacional.

436. MIRABENT, V. y RICART, E., compiladoras, en «Adopción y vínculo familiar», Ed. Paidós Ibérica, Barcelona, 2005, cit., pgs. 216 y ss.

437. En este sentido, COLÁS ESCANDÓN, A. M., en «Relaciones familiares de los abuelos con los nietos...», ob. cit., señala que si el menor tiene capacidad suficiente para entender y querer,

III. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

del menor y el derecho al mantenimiento de sus orígenes, junto a las dificultades que un régimen de visitas en estas circunstancias pueda provocar, a fin de determinar si deben o no mantenerse las relaciones. La ruptura de la relación puede quedar justificada en cuanto se entiende que previamente a la adopción se ha dado la oportunidad a estas personas de hacerse cargo del menor. Es posible también que aun queriendo ejercer su guarda, no estén capacitadas por ello, lo cual implica que sea posible considerar el derecho de visita (por ejemplo en el caso de una abuela discapacitada que no puede atender a su nieto). El principio de interés del menor será el que en última instancia prime en la decisión de mantener o no la relación.

Se han planteado casos en que la posible relación del menor adoptado, o en proceso de adopción se plantea respecto del propio padre biológico. En concreto ha conocido varias situaciones de este tipo el TEDH, cuando las madres dan a sus hijos en adopción y posteriormente aparecen los padres, los cuales eran desconocedores de la situación de su hijo. El Tribunal se muestra a favor de mantener la vinculación y la relación⁴³⁸.

En los procesos adoptivos será determinante el paso del tiempo en la decisión de la suspensión de las visitas y la ruptura de vínculo respecto de los padres biológicos. Iniciado un procedimiento de adopción, las familias se enfrentan a veces a situaciones verdaderamente largas en el tiempo, que a veces llegan a ser de una duración superior a los cinco años. Durante todos los procesos jurisdiccionales a que está sometido el menor y su familia, en cualquier momento se puede acordar que haya visitas, lo cual provoca inseguridad jurídica y emocional en los menores. Sin embargo lo habitual es que esto no sea así, y que únicamente se acuerden las mismas en caso de revocación de las decisiones de desamparo o acogimiento.

y existía con anterioridad a la adopción una relación afectiva con sus abuelos biológicos, las relaciones personales pueden, como regla general, seguir manteniéndose, pero ahora en calidad de allegados.

438. La Sentencia de 26 de febrero de 2004, caso Görgülü contra Alemania (JUR 2004, 45079), plantea el caso de una madre que da a su hijo en adopción a su nacimiento. Previamente al parto, había acordado con el padre que éste se haría cargo del menor, pero no cumple el acuerdo y no es hasta que el hijo está con una nueva familia que el padre reclama el reconocimiento de la paternidad y el derecho a ejercer la misma. Reconoce el Tribunal que se ha vulnerado el derecho a la vida familiar, pero en interés del menor considera que debido al tiempo transcurrido no es ya posible separar al menor de la familia adoptiva, dado los lazos emocionales y sociales que se han creado. Sin embargo afirma que siempre que exista un vínculo familiar el Estado debe actuar de manera que permita que dicho vínculo se desarrolle y ordena en su decisión que se facilite el contacto entre el demandante y su hijo.

Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo, atención inmediata, guarda y desamparo

1. INTRODUCCIÓN

Hemos definido, en el capítulo relativo a la seguridad jurídica, el sistema de protección de menores, como aquel conjunto de medidas jurídicas, sociales, educativo, pedagógico, etc. dirigidas a obtener su desarrollo integral, con respeto a los principios integradores del Derecho de Menores, dentro de un Estado determinado y conforme a los parámetros culturales del mismo, así como el sistema de recursos materiales y técnicos que tiene por objeto procurar la protección del menor. Hasta este momento hemos realizado un análisis del concepto de seguridad jurídica, acercándonos a ciertos principios y derechos esenciales del sistema. Nos centraremos en el resto del trabajo, en la seguridad jurídica de las medidas de protección de nuestro sistema legislativo, desde un punto de vista jurídico, si bien, será conveniente, en ocasiones, hacer referencia a conceptos e instrumentos, esencialmente psico-sociales, de trabajo, que coadyuvan a tomar las medidas jurídicas, a mantenerlas o a modificarlas. La perspectiva que adoptamos, y que mantendremos a lo largo de toda la exposición será, de un lado, conceptual y descriptiva de dichas medidas, y, de otro, crítica en cuanto a la seguridad jurídica, tanto de la propia medida en sí, como en relación con el resto del sistema jurídico. Esto es, pretendemos realizar un estudio sistémico de las medidas, analizando cómo se relacionan entre sí.

En la legislación desarrollada por las Comunidades Autónomas al definir el sistema de protección se usa el término protección de forma amplia, y a lo largo del articulado de las disposiciones normativas autonómicas se distingue entre las actuaciones preventivas y protectoras. La prevención tiene por objeto procurar que todos los menores se desarrollen de forma integral, sin entrar los poderes públicos directamente en la familia⁴³⁹. La protección, sin embargo, actúa cuando existen

439. LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. (Coord.), en «Los menores en el derecho español», ob. cit., pg. 350, señala que la prevención abarcaría cualquier actuación tendente a mejorar la situación económica y social del entorno del menor, de modo que quedaría englobada en este apartado toda la política tendente al fomento, desarrollo y mejora de los ámbitos más próximos al

indicios de que ese desarrollo no se realiza de forma adecuada por parte de los que tienen la obligación legal de atender al menor, bien desde su propio medio, bien separándolo del mismo, realizando por tanto una injerencia en la vida familiar, que, habrá de ser progresiva. Con las matizaciones que realizaremos en cada momento, tal como exponemos seguidamente, las medidas de protección a que se refiere nuestra Ley son las siguientes: situación de riesgo, atención inmediata, guarda, desamparo, acogimiento y adopción⁴⁴⁰.

En nuestro estudio seguiremos la estructura de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. El título segundo de la misma se denomina: *Actuaciones en situación de desprotección social del menor e instituciones de protección de menores*. Y en su Capítulo I regula *Las actuaciones en situación de desprotección social*. El primer artículo de dicho capítulo, el número 12, define las actuaciones de protección en los siguientes términos: *La protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda, y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por Ministerio de la Ley*. Incluye dicho capítulo igualmente el acogimiento familiar y la adopción en los artículos 20-24 y 25. Y el artículo 14 menciona la atención inmediata.

En los capítulos anteriores ya hemos hecho referencia a cuestiones relativas a la seguridad jurídica con relación a todas estas medidas. Debido a la amplitud de actuaciones comprendidas en la acción protectora, por razones metodológicas debemos acotar nuestro ámbito de estudio. Por ello, focalizaremos nuestra atención en cada medida de las reguladas en la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor en cuanto a su seguridad jurídica, atendiendo a los principios de progresividad y proporcionalidad que han de regir la aplicación de las mismas.

Así, en situación de riesgo trataremos sobre aspectos relativos al concepto, contenido, forma de su declaración, competencia y procedimiento. En este apartado haremos mención igualmente a dos temas que suscitan un gran debate social, por la cantidad de casos que plantean en la práctica jurídica diaria: cuestiones de seguridad jurídica en la protección del *nasciturus* y del menor adolescente; y, en concreto, los adolescentes en situación de conflicto social. La atención inmediata

menor (cultura, ocio, medio ambiente, etc.). Y en un sentido más restringido, la prevención como medida de protección de los menores está referida a actuaciones concretas en relación con las ayudas a las familias de distinto orden (económico, psicológico, educativo) que eviten justamente que las carencias de que pueda adolecer el menor le lleven a una situación de desamparo.

440. Estructura seguida en algunas legislaciones autonómicas. A modo de ejemplo, la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León en su artículo 43 señala el siguiente concepto de protección: 1. *La protección de los menores comprende el conjunto de actuaciones y medidas de intervención en situaciones de desprotección tendentes a su reparación en el menor tiempo posible para garantizar la integración de aquéllos en los grupos naturales de convivencia, de manera definitiva, segura y estable y en las condiciones básicas suficientes que posibiliten su participación normalizada en la vida familiar, social, económica y cultural, y su pleno desarrollo y autonomía como personas*. Y en su apartado segundo apunta: *Constituyen situaciones de desprotección las de riesgo, contempladas en los artículos 47 y 48 de esta Ley, y las de desamparo reguladas en los artículos 55 y 56 de la misma*.

será definida conceptualmente y nos detendremos especialmente en su aplicación a los menores inmigrantes no acompañados. Respecto de la guarda, analizaremos aspectos de inseguridad jurídica en casos solicitud de los padres tutores, como consecuencia del desamparo y guarda por orden judicial. En cuanto al desamparo, cuestionaremos el propio concepto, examinando los caracteres predicados del mismo, siempre desde el punto de vista de la seguridad jurídica; su relación con la guarda de hecho y la inscripción del mismo en el Registro Civil. Todo ello será objeto de análisis en este capítulo cuarto.

Dejamos para el capítulo quinto la seguridad jurídica desde el punto de vista de los efectos del paso del tiempo en el sistema de protección de menores, en este caso, con especial referencia a acogimiento familiar y adopción, mediante la técnica del estudio estadístico, y relacionado con los aspectos emocionales de la cuestión.

Hasta este momento hemos seguido el esquema de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, con relación a las medidas de protección en que interviene la Administración pública. Si bien éstas constituirán el objeto central de nuestro análisis, no podemos olvidar que existen otras medidas, estrictamente judiciales, que son igualmente protectoras. En el ámbito civil, el Código Civil, en su artículo 215 hace mención a la tutela ordinaria, la curatela y el defensor judicial y en el 303 se regula la guarda de hecho. Y en el Título VII, relativo a las relaciones paterno-filiales, sistematiza medidas abiertas (en el artículo 158.4) y la privación de la patria potestad (artículo 170). En el título IV, relativo al matrimonio, al disponer las medidas provisionales, establece igualmente disposiciones sobre guarda (en el artículo 103).

En el ámbito penal, concurren otras medidas que también resultan protectoras. Además de la aplicación en esta jurisdicción del artículo 158.4 del Código Civil, hay que destacar la protección que se regula en el artículo 173 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁴⁴¹, así como la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (que añade un nuevo artículo 544 tercero a la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴⁴²) y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protec-

441. Señala que *el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.*

442. Regula el mismo que *el Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas menciona-*

ción Integral contra la Violencia de Género que establece medidas judiciales de protección de los menores (en los artículos 65 y 66⁴⁴³).

Nos encontramos, por tanto ante un entramado de medidas, administrativas y judiciales, que, tal como estudiaremos a lo largo de nuestra exposición, a veces se superponen y entrecruzan. Resulta, en ocasiones, complicado determinar, cuál de las opciones del sistema es la que más seguridad jurídica le confiere al menor, así como fijar si sólo una de ellas es la adecuada o se puede elegir entre varias. Por ello analizaremos las distintas figuras y la conexión que existe entre las mismas, a fin de cuestionar si la seguridad jurídica impera en este sistema, así como las posibles carencias en sistema legal de protección y en los conceptos que engloba.

2. LA SITUACIÓN DE RIESGO

Hemos expuesto la importancia que tiene en el sistema de protección de menores el principio del mantenimiento del menor en su medio de origen. La figura de la situación de riesgo no puede tener otro sentido que detectar cuándo existen indicadores que prevean que un núcleo familiar necesita ayuda para evitar precisamente que el menor haya de salir de su familia natural. Vamos a tratar en primer lugar el concepto de situación de riesgo, para seguidamente, analizada la legislación y la jurisprudencia sobre esta materia, entrar en los siguientes aspectos relativos a la seguridad jurídica en el sistema de protección de menores: la declaración de la situación de riesgo, el procedimiento administrativo y los plazos.

Centraremos igualmente nuestro estudio en dos fases de la vida que han sido objeto de un tratamiento muy sectorial, pero que analizada la realidad, se plantean como situaciones que precisan un tratamiento legal uniforme y claro dada la cantidad de casos que se detectan en la práctica y la necesidad de un tratamiento legal adecuado: la protección del *nasciturus* y los menores adolescentes en situación de riesgo⁴⁴⁴.

2.1. CONCEPTO Y CONTENIDO

En una lectura detenida de la doctrina jurídica existente sobre protección de menores, observamos como es frecuente que los investigadores de esta materia

das en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.

443. El artículo 65 señala que *el Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera*, y el artículo 66 apunta que *el Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes*.

444. Todos los profesionales consultados en este estudio coinciden en esta necesidad.

IV. Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo,...

empresan su estudio abordando directamente la situación de desamparo⁴⁴⁵. Sin embargo, son cada vez mayores las referencias doctrinales a la situación de riesgo⁴⁴⁶.

La CNUDN no menciona expresamente el término situación de riesgo, pero ha señalado la obligación de los Estados de realizar actuaciones preventivas para evitar cualquier tipo de maltrato, mientras se encuentre bajo la custodia de sus padres u otras personas que lo atiendan, así como de poner los medios apropiados para ayudar a éstos a que el menor alcance el nivel adecuado para su desarrollo⁴⁴⁷.

La LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor introduce por primera vez el concepto de situación de riesgo en nuestra legislación estatal, aludiendo a ésta como una actuación preventiva y reparadora, en el artículo 17, en consonancia con la tarea de aseguramiento de la protección integral de los hijos que el artículo 39 de la Constitución encomienda a los poderes públicos⁴⁴⁸. Dispone en su apartado primero que *en situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo*

445. Manuales tan destacados sobre el sistema de protección de menores como los siguientes, no abordan la cuestión de la situación de riesgo, posiblemente por la perspectiva civilista que los guía, ya que el Código Civil no regula esta figura: BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., en «El Desamparo y la tutela automática de las entidades públicas», ob. cit.; IGLESIAS REDONDO, J. I.: «Guarda asistencial, tutela *ex lege* y acogimiento de menores», ob. cit.; LINACERO DE LA FUENTE, M., «Protección jurídica del menor», ob. cit. Es destacable la crítica realizada por PANTOJA GARCÍA, F., en «Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica», Colex, Madrid, 1997, cit., pg. 49, en que señala que la falta de regulación del riesgo en el Código Civil, priva de virtualidad civil a esta figura, al no regular su efectos jurídicos, que desde luego tiene para el menor, los padres o tutores, y la propia entidad pública, de tal modo que estos efectos no pueden tratarse del mismo modo que los derivados de la declaración de desamparo, ni la actuación del Fiscal puede encontrar el mismo cauce que en el caso del desamparo.

446. Parece que existe una mayor conciencia de la importancia desde el punto de vista jurídico del tratamiento de la situación de riesgo, tal como se refleja en los manuales más recientes sobre esta materia, así: DE PALMA DEL TESO, A., en «Administraciones públicas y protección de la infancia»; LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. (Coord.), en «Los menores en el derecho español».

447. El artículo 27 CNUDN dispone: 1. *Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.* 2. *A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.* 3. *Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.*

Y el artículo 19.1 con relación al maltrato apunta que las medidas de protección contra el maltrato han de incluir fórmulas de prevención del mismo.

448. Este concepto ya había sido usado anteriormente en la legislación autonómica, así el artículo 15 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor o el 48 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid.

BOULANGER, F., en «*Les rapports juridiques entre parents et enfants*», ob. cit., pgs. 195 y ss. realiza un estudio de derecho comparado sobre la actuación pública a través de medidas de protección de menores. La prevención como paso previo a la actuación protectora y por tanto de inmición en la familia, tiene su primer exponente en Europa en Los Países Bajos, con una Ley de 1922, integrada en el Código Civil, que crea un sistema de prueba para aquellos menores que se encuentren en una situación de riesgo de degradación física o moral. En el derecho inglés la prevención se remonta a la *Children Act* de 1948, en que se encomienda a la Administración local y a los Comités de la Infancia actuar preventivamente ante los incumplimientos parentales.

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.

En esta definición, la situación de riesgo se diferencia esencialmente de la de desamparo en que no requiere la asunción de la tutela por ministerio de la ley. Esto es, si la situación pasa a mayor gravedad habrá que recurrir al desamparo⁴⁴⁹. Se trata de un concepto sumamente amplio, en el que no se ha acudido al sistema de listas precisamente por lo variado de las circunstancias que dan lugar al mismo, al igual que ocurre con la figura del desamparo⁴⁵⁰. Algunas legislaciones autonómicas si han acudido a este sistema de listas para determinar las causas que pueden dar lugar a la declaración de riesgo⁴⁵¹, pero la mayoría hace alusión únicamente al concepto sin acudir a una enumeración de causas⁴⁵².

Respecto de las actuaciones que deben emprender los poderes públicos en caso de situación de riesgo, al artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, dispone *se deberán garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y la 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*⁴⁵³. Ordena igualmente que *una vez detectada la situación de riesgo,*

449. Señala LINACERO DE LA FUENTE, en «Protección jurídica del menor», ob. cit., pg. 245, que las situaciones de riesgo se caracterizan por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, limitándose la intervención de la Administración a intentar eliminar, dentro del grupo familiar, las situaciones de riesgo. Las situaciones de riesgo responden a uno de los principios rectores de la acción administrativa, en concreto, el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, a través de medidas como el apoyo a la familia previsto en numerosas leyes autonómicas.

450. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., «El desamparo y la tutela automática...», ob. cit., pg. 17, aborda la situación de riesgo, de forma tangencial, y para distinguirla del desamparo, no alcanzando aquélla la gravedad suficiente para justificar la separación del núcleo familiar. Expone la autora que surge la duda de qué debe entenderse por situación de riesgo, ya que se trata de un concepto jurídico indeterminado, que engloba un gran número de supuestos, siendo la Administración la que debe decidir qué supuestos se consideran como tales.

451. Como el artículo 45 de la Ley Foral de Navarra, 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia o el artículo 48 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León.

452. Es el caso del artículo 2 de la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la infancia de Valencia.

453. El Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2006-2009, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2006 (<http://www.mtas.es/inicioas/observatoriodeinfancia/novedades/PLAN.pdf>) propone como objetivo la necesidad de abordar de forma transversal e integral la atención a la infancia y adolescencia mediante la implicación de todos los que trabajamos en la garantía, promoción y defensa de sus derechos, mediante acciones transversales y conjuntas de las instituciones, así como acciones que tengan por objeto la prevención o la superación de desigualdades territoriales respecto a la promoción y defensa de los derechos fundamentales de la infancia y la adolescencia. Sobre la tipología de prestaciones familiares en España, LÓPEZ LÓPEZ, M. T., y otros, en «Políticas públicas y familia», Grupo Editorial Cinca, SA, Madrid, 2006, realiza un estudio del comportamiento de las políticas públicas de protección y ayuda a la familia en España durante las dos últimas décadas, así como de la tipología de las prestaciones familiares.

IV. Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo,...

la Entidad pública pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia⁴⁵⁴.

Resulta a veces confuso distinguir entre prevención y protección cuando hablamos de riesgo social. Pero ya hemos aludido más arriba, que atendiendo a la lectura de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor la situación de riesgo ha de ser contemplada como medida protectora, en su vertiente preventiva⁴⁵⁵. A la situación de riesgo le podemos atribuir un doble carácter:

Preventivo, en cuanto tiende a que no se llegue a declarar el desamparo.

Protector, en cuanto que los poderes públicos están entrando en la familia, al existir indicios de desprotección y tomando medidas que evitan la misma⁴⁵⁶.

454. El «Informe sobre la situación de los Servicios Sociales Comunitarios en Andalucía» del Defensor del Pueblo Andaluz, 2005 (http://www.defensor-and.es/informes/ftp/ie-ssc/inf-ssc.htm#_Toc114984302), pone de manifiesto la importancia que tiene el dispositivo básico o de primer nivel del Sistema Público de Servicios Sociales en la prevención y atención social, que es fundamentalmente a través del que se canaliza, no sólo en Andalucía, sino en el resto de las Comunidades Autónomas la prevención de las situaciones de riesgo.

455. Algunas legislaciones autonómicas han optado en su articulado por remarcar este carácter protector. Entre otras la Ley 4/1994 de 10 de noviembre Protección y Atención a Menores de Extremadura, en su artículo 10, señala que *se entiende por medidas de protección de menores aquellas actuaciones de carácter administrativo o judicial encaminadas a prevenir o erradicar situaciones de desamparo de menores*; Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores de Aragón, que en el capítulo dedicado a la protección de menores dispone que *son instrumentos de la protección de menores: los recursos preventivos y de apoyo a la familia o a las personas bajo cuya responsabilidad se encuentre el menor, la guarda y el acogimiento, la promoción del nombramiento de tutor, la propuesta de adopción y el internamiento*; la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor de Asturias, en su artículo 2, en que da el siguiente concepto de protección: *A los efectos de esta Ley, se entiende por protección de menores, el conjunto de actuaciones, integradas en el marco del sistema público de servicios sociales, que la Administración del Principado de Asturias, en su condición de entidad pública, realice con la finalidad de promover el desarrollo integral del menor, así como prevenir y remediar cuantas situaciones de indefensión detecte, atendiendo, en todo momento, al interés primordial del menor y procurando su integración familiar y social*; la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares que en su artículo 56 señala que *a los efectos de esta Ley, se entiende por protección de la persona menor de edad el conjunto de medidas y actuaciones que se dirigen a garantizar el efectivo ejercicio de los derechos reconocidos a la infancia como colectivo, y las destinadas a prevenir e intervenir en las situaciones de desprotección en las que puedan hallarse las personas menores de edad, con el fin de garantizar su desarrollo integral y promover su inserción en un contexto social y familiar normalizado*, la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco, en su artículo 49 incluye en las actuaciones de protección: *el conjunto de medidas y actuaciones destinadas a prevenir e intervenir en situaciones de riesgo y de desamparo en las que puedan verse involucrados y tendentes a garantizar su desarrollo integral y a promover una vida familiar normalizada, primando, en todo caso, el interés de la persona menor*.

456. La Orden de 20 de junio de 2005 de Andalucía, por la que se regulan las bases para otorgar subvenciones a las Corporaciones Locales para la realización de programas de Tratamiento a Familias con Menores, y en orden al programa de tratamiento a familias con menores, señala en su artículo 3, que *el tratamiento consistirá en la administración a las familias de un tratamiento específico e integrador que permita la adquisición de pautas rehabilitadoras que compensen la situación de riesgo que pueda afectar directa o indirectamente al bienestar de los menores, con una doble finalidad: a) Preservar los derechos y promover el desarrollo integral de los menores en su medio familiar, normalizando su situación, b) Posibilitar el retorno del menor a su familia de origen, en aquellos casos en los que, tras la adopción de una medida de protección, se contemple la reunificación familiar como la alternativa prioritaria y más adecuada para el menor*.

Es muy variado el tratamiento de la situación de riesgo que se realiza en las distintas Comunidades Autónomas desde un punto de vista legislativo, ya que algunas leyes dan un tratamiento muy amplio a esta cuestión, especialmente las más recientes⁴⁵⁷ y otras, sobre todo las primeras en dictarse, ni siquiera la mencionan⁴⁵⁸.

En la legislación autonómica se observa cómo se tratan las situaciones de riesgo como alternativa a la situación de desamparo⁴⁵⁹, ya que sólo en circunstancias que conlleven una irreversibilidad de la desasistencia, en tanto se mantenga el menor en su medio, se habrá de optar por declarar el desamparo⁴⁶⁰. En los casos en que se observen carencias de tipo personal, educativo o afectivo, que puedan ser objeto de corrección o encauzamiento en el seno de la propia familia, será la declaración de riesgo, una alternativa necesaria a la declaración de desamparo. Al aludir el texto del artículo 17 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, a situaciones que no requieran la asunción de tutela, hay que cuestionar si la guarda administrativa del menor regulada en el artículo 172.2 del Código Civil, en que hay una separación efectiva del medio de origen, es una medida que se adopta en situaciones de riesgo. No se contempla como tal, por la ubicación sistemática que se realiza de esta medida en las legislaciones autonómicas. Como ejemplo, el artículo 22 de la Ley 1/1998, de 20 de Abril de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía dispone que *se consideran situaciones de riesgo aquellas en las que existan carencias o dificultades en la atención de las necesidades básicas que los menores precisan para su correcto desarrollo físico, psíquico y social, y que no requieran su separación del medio familiar*. Como puede apreciarse, hace una distinción al decir que no requieran separación del medio familiar, que no hace la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, la cual habla de que *no requieran la asunción de la tutela por Ministerio de la Ley*, por lo que parece que se opta por entender que la guarda no está incluida entre las medidas de protección que conlleva la declaración de la situación de riesgo.

457. Así, la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León, la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha o la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, dedican un capítulo completo a esta cuestión.

458. Entre otras, la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores de Extremadura no dedica ni un solo artículo a la situación de riesgo; en la legislación catalana se ha regulado en 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 y de la adopción, y de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social, la situación de conflicto social, pero no así la situación de riesgo; la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia y la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la infancia de Valencia no mencionan la situación de riesgo.

459. Por ejemplo, la Ley 4/1994 de 10 de noviembre Protección y Atención a Menores de Extremadura, en su artículo 10, señala que *se entiende por medidas de protección de menores aquellas actuaciones de carácter administrativo o judicial encaminadas a prevenir o erradicar situaciones de desamparo de menores*; y la Ley de la infancia 3/1995, de 21 de marzo, de la Región de Murcia, no menciona expresamente la situación de riesgo, sino que alude a *medidas de apoyo y prevención, arbitrando un sistema de apoyo a las familias biológicas del niño o a las personas bajo cuya responsabilidad se encuentre éste, que impida que situaciones de carencia desemboquen en el desamparo del menor u otras situaciones de riesgo, y que favorezca su permanencia en el núcleo familiar*.

460. En este sentido, ARCE RAMÍREZ, E., en «Los menores extranjeros en situación de desamparo», *Lex Nova, Revista de derecho de familia*, núm. 5, octubre 1999, cit., pg. 56.

2.2. LA DECLARACIÓN DE LA SITUACIÓN DE RIESGO

No se establece en la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor si es necesaria una declaración formal de la situación de riesgo mediante resolución administrativa expresa, ni alude a procedimiento alguno, ni a plazos, ni a la competencia sobre la declaración⁴⁶¹. En el artículo 17, en su segundo párrafo, únicamente dispone que *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*. Esta falta de una regulación más explícita ha desembocado en una situación de inseguridad jurídica, como veremos seguidamente, con consecuencias muy graves en cuanto a las declaraciones de desamparo y, posteriormente en los procesos de acogimiento y adopción de los menores.

Consideramos que al hacer referencia el artículo 17 a que *la situación debe ser apreciada*, habría que entender que en algún momento se debe realizar una declaración formal mediante resolución administrativa, de la situación de riesgo por los siguientes motivos:

1.–Para que los padres o personas que atienden al menor, sepan qué deben hacer para garantizar el derecho al mantenimiento en la familia de origen, lo cual se concreta en planes de intervención familiar y prestaciones familiares⁴⁶², así como para que se pueda demostrar el uso que han hecho de los recursos que se les hayan podido ofrecer⁴⁶³.

2.–Para que quede justificado ante el Juzgado, en el momento de la oposición al desamparo, o en la constitución del acogimiento o la adopción, que la resolución se adoptó de forma consecuente con los principios de progresividad y proporcionalidad que debe imprimir el proceso de toma de decisiones en el sistema de protección de menores⁴⁶⁴. El hecho de que en algunas Comunidades Autónomas no se

461. Sobre esta cuestión, DE PALMA DEL TESO, A., en «Administraciones Públicas y protección...», ob. cit., pgs. 160 y ss.; MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., «El desamparo de menores», ob. cit., pg. 25.

462. Por ejemplo el artículo 5.2.f) del Decreto 93/2001, de 22 mayo, regulador del Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor de Valencia, dispone que *la familia del menor deberá ser informada adecuadamente de cada una de las medidas de protección que se adopten, así como de su cese o modificación. Asimismo, la familia del menor tendrá derecho a que le sea ofrecido un programa de intervención, con el deber de cumplirlo, con el objeto de disminuir la situación de riesgo o perjuicio para el menor*.

463. El artículo 22 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención de Andalucía, por ejemplo, señala que *la apreciación de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social individual y temporalizado que, en todo caso, deberá recoger las actuaciones y recursos necesarios para su eliminación*. En otros casos, como en el artículo 42 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, se prevé una declaración expresa del riesgo, que conlleva la adopción de medidas de protección que se concretan en medidas de apoyo a la familia, implicando la obligación cooperar en la consecución de los compromisos y objetivos que su prestación comporte.

464. En Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona (AC 1997, 2277), el Tribunal rechazó la pretensión de la Entidad pública de constituir un acogimiento preadoptivo optando por la solución de imponer medidas de protección familiar. Y es que a su juicio, *siempre será un problema de difícil solución, decidir si cuando la situación de desamparo del menor es debida a deficiencias físicas o psíquicas y sobre todo a carencias económicas, puede ser justo y humanamente aceptable*,

haya dado una regulación adecuada a la situación de riesgo implica que si bien hay núcleos familiares con los que se realiza trabajo social, porque realmente están en riesgo, no consta formalmente que esta situación se haya declarado. Tal como venimos señalando, la importancia de esta declaración estriba en que si posteriormente se declara el desamparo, en el procedimiento se ha de probar mediante documentos formales que se ha trabajado con la familia, que es conocedora de la situación de riesgo y de las consecuencias de realizar un cambio positivo una vez declarado, así como de los plazos durante los cuales se ha trabajado la situación de riesgo para erradicarla⁴⁶⁵.

En el caso contemplado en la Sentencia de la Audiencia Provincial Sevilla de 12 de junio de 2000 (JUR 2000, 283139), el Tribunal examina los antecedentes que llevan a unos menores a ser entregados en acogimiento preadoptivo: la madre padecía adicción alcohólica, lo que dio lugar, tras un episodio de abandono a que fueran declarados en situación de desamparo y entregados en acogimiento preadoptivo. La madre prueba ante la Sala que tras dicho episodio puso todos los medios a su alcance y superó su adicción, pero la Administración no trabajó la situación de riesgo, y no actuó de forma progresiva al no intentar mantener a los menores en su domicilio. Por ello, la Audiencia Provincial concluye lo siguiente: *eran posibles otras actuaciones, tales como un seguimiento íntimo respecto de la pronta y rigurosa rehabilitación de la madre, que en efecto así discurrió, que permitiese el rápido regreso de los menores con ella, o bien considerar que la entonces embriaguez de aquella constituía simplemente un factor o situación de riesgo a que se refiere el artículo 17 de la reiterada LO 1/1996 que no requiere la asunción de la tutela por ministerio de la ley, en cuyo caso la actuación de los poderes públicos debió orientarse a disminuir los factores de riesgo, poniendo en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla, y realizando el seguimiento de la evolución del menor en la familia*⁴⁶⁶.

aunque pueda ser beneficioso para el menor arrebatarlo a su familia biológica y entregarlo a otra, que sin duda tendrán mayor capacidad económica que los padres biológicos, pero, que no quiere decir que los sentimientos y los lazos de sangre y con base en ellos el cariño tenga inferior valoración que el bienestar económico, que al parecer es el único medio que queda en este mundo para medir los sentimientos. Que por ello se entiende que la primera medida del artículo 5 ya citado debe ser la aplicada, mediante la atención y cuidado en la propia familia del menor, con ayudas de soporte psico-social, de aspecto personal o económico de la Administración, procurándose siempre que sea posible, aplicar medidas que no comporten la separación del menor de su hogar, y de su entorno familiar natural, si conviene al interés del menor, todo ello sin perjuicio de que si las medidas tomadas no dieren el resultado apetecido en un tiempo prudencial, lo que dependerá en gran medida de la familia biológica del menor, que con tanto empeño lo reclaman, tenga que tomarse por dolorosa y traumática que resulte la medida, hoy rechazada de acogimiento familiar preadoptivo.

465. Es ejemplar en este sentido la «Guía de actuación de los servicios sociales dirigidos a la infancia en el Territorio Histórico de Álava», Diputación Foral de Álava, Departamento de Asuntos Sociales, Instituto Foral de Bienestar Social, 2004, cit., pgs. 45 y siguientes, que describe el proceso de intervención marcando los plazos del mismo.

466. Tal como hemos analizado en el capítulo tercero, apartado tres, relativo al derecho de los menores al mantenimiento en su medio de origen, este caso fue objeto de revisión por el Tribunal Constitucional en cuanto a la suspensión de la ejecución del mismo ordenada en Primera Instancia, en el Auto 21/2002, de 25 de febrero, pronunciándose en contra de la suspensión, y sobre la demanda de amparo formulada por los guardadores de hecho, se pronunció de nuevo el Tribunal Constitucional, en Sentencia 124/2002 de 20 de mayo (BOE núm. 146, de 29 de junio de 2002), siendo objeto de una indemnización de 1,4 millones de

IV. Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo,...

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 15 julio de 2004 (AC 2004, 990) señala cómo el sistema ha de aplicar medidas de forma progresiva, considerando las siguientes *pautas interpretativas de la realidad*: 1) *Necesaria coordinación de la defensa de los intereses del menor con la integración en su propia familia.* 2) *Interpretación restrictiva del concepto de «Desamparo».* 3) *No confundir las situaciones de «riesgo» con los de «desamparo».* 4) *En los supuestos de «riesgo», elaboración de un plan técnico de apoyo a la familia a cargo de los servicios sociales correspondientes, a fin de lograr la reinserción del menor en ella*⁴⁶⁷.

2.3. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE LA SITUACIÓN DE RIESGO

La Constitución en su artículo 148.20, otorga competencia a las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social y la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en su artículo 25.2.k), atribuye al municipio competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social. Sin embargo, la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, no ha señalado la forma en que se ha de reflejar la declaración de riesgo, ni si ha de hacerse mediante resolución administrativa o mediante la intervención obligatoria a través de planes de trabajo familiares. El artículo 17 únicamente hace referencia que la situación de riesgo ha de ser apreciada, así como a que habrá que realizar actuaciones para reducirla. No señala expresamente que haya que realizar una resolución formal ni un plan de intervención familiar.

En este panorama legislativo, se han producido una diversidad de regulaciones autonómicas dispares, de forma que en algunas Comunidades hay un procedimiento riguroso para su declaración y en otras ni siquiera se dicta resolución declaratoria, otorgando la competencia a veces a la administración autonómica, otras a la entidad local y, a veces, actuando aquélla de forma subsidiaria a ésta.

Pasamos a analizar en el siguiente cuadro, una por una, la situación en cuanto a competencia para declaración del riesgo y el procedimiento en cada Comunidad Autónoma. Se observa que si bien todas las Comunidades Autónomas en su legislación respectiva tratan de una forma u otra la situación de riesgo, sólo se alude expresamente a la necesidad de dictar una resolución administrativa declarando el

euros la madre de los menores por Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 30 de diciembre de 2005 (AC 2006, 70).

467. Para la declaración de desamparo, *se requiere la intervención de la Sociedad para suplir las carencias de los individuos (padres o tutores) en una materia que jurídicamente ha de calificarse como de «orden público».* Ahora bien, *esa intervención no puede desconocer los principios internacionales, Constitucionales y legales que la amparan y fuera de los cuales corre el riesgo de pecar de un grado de intervencionismo estatal impropio de una sociedad democrática, desarrollada y de corte occidental. Es decir, salvo los supuestos de violación de los derechos del menor las opciones educativas, culturales y económicas de los progenitores no pueden ser objeto de corrección por el Estado. De lo contrario, se correría el riesgo –en aras del principio de igualdad– de tener que amparar y tutelar a un importantísimo número de menores con ejemplos paternos alejados de las tesis oficiales.*

mismo, con un procedimiento *ad hoc*, en la Comunidad Autónoma de la Rioja y Cantabria. Asimismo otras hacen referencia a la necesidad de dictar resolución, sin aludir al procedimiento, como Baleares, Canarias, Castilla y León (en este caso es de aplicación el procedimiento de la Ley 30/1992 de RJAP y del PAC). Y otras no hacen referencia ni a la competencia ni a la forma de declaración de la situación de riesgo. Ello no significa que no se trabaje la situación de riesgo en el resto de Comunidades, sino que aún sin declaración formal, se actúa mediante técnicas de trabajo social para abordar la situación de riesgo⁴⁶⁸.

Comunidad Autónoma	Competencia para dictar la resolución de declaración de situación de riesgo	Procedimiento
Andalucía	No se contempla	No se contempla ⁴⁶⁹
Aragón	No se contempla	No se contempla ⁴⁷⁰
Principado de Asturias	No se contempla	No se contempla ⁴⁷¹
Islas Baleares	Competencia de los Consejos Insulares	Artículo 15 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia ⁴⁷²

468. LÓPEZ SÁNCHEZ, F. y otros, en «Necesidades de la infancia y protección infantil, actuaciones frente a los malos tratos y desamparo de menores», Centro de Publicaciones del Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 2005, cit., pg. 11, remarca la necesidad de que además la intervención de los servicios sociales se realice una forma planificada, teniendo en cuenta no sólo el cómo, sino también el porqué y para qué se interviene, proponiendo criterios e indicadores en los que basar las decisiones y orientando la intervención, actuando en el doble papel de ayuda-control que han de manejar los profesionales de los servicios sociales.

469. El artículo 22 de la Ley 1/1998 de los derechos y atención al menor de Andalucía dispone que la apreciación de la situación de riesgo conlleva la elaboración de un proyecto de intervención social individual y temporalizado, que en todo caso, deberá recoger las actuaciones y recursos necesarios para su eliminación. Y el artículo 19 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa apunta que en los casos en que se detecte la existencia de circunstancias que impliquen un riesgo para el desarrollo personal o social de los menores, la Administración de la Junta de Andalucía y la Local, colaborarán utilizando los recursos disponibles para evitar que se produzca la situación de desamparo, pero no ha dispuesto la legislación andaluza a quién corresponde la competencia ni procedimiento alguno de declaración.

470. No se contempla la competencia ni el procedimiento en la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón ni en el Decreto 79/1995, de 18 sobre Procedimiento de declaración de desamparo e instrumentos de protección. El artículo 57 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón señala que la apreciación de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social individualizado y con indicación de plazos para su ejecución, que, en todo caso, deberá recoger las actuaciones y recursos necesarios para su eliminación, manteniendo al menor en su entorno familiar.

471. La Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor del Principado de Asturias, anterior a la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, no menciona específicamente la situación de riesgo, haciendo referencia en su artículo 18, como primera medida de protección, al apoyo familiar para promover el bienestar y desarrollo integral del menor en su medio familiar de origen. No hemos encontrado en el desarrollo normativo posterior referencias a la competencia y procedimiento para declarar la situación de riesgo.

472. En los artículos 61 y 62 se alude a declaración y resolución de riesgo, pero no se ha regulado un procedimiento preciso para la declaración. El artículo 15 da competencia a los Consejos Insulares para la iniciación, ordenación, tramitación y resolución de los expedientes de declaración de situación de riesgo.

IV. Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo,...

Comunidad Autónoma	Competencia para dictar la resolución de declaración de situación de riesgo	Procedimiento
Canarias	Competencia Local/ autonómica (subsidiariamente)	Artículo 44 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores ⁴⁷³
Cantabria	Competencia autonómica	Artículos 16 y ss. del Decreto 58/2002, de 30 mayo ⁴⁷⁴
Castilla La Mancha	Competencia autonómica	Artículo 30 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor ⁴⁷⁵
Castilla y León	Competencia local/autonómica	Artículos 47 y ss. de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia ⁴⁷⁶
Cataluña	No se contempla	No se contempla ⁴⁷⁷

473. Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores, en su artículo 44 establece un procedimiento de declaración y la competencia para su declaración se señala en el artículo 12 otorga competencia a los Ayuntamientos para su declaración y subsidiariamente, en el citado artículo 44. 5, a la Comunidad Autónoma, al señalar que *en los supuestos en que el órgano municipal no proceda al inicio y resolución del procedimiento a que se refiere este artículo, el órgano autonómico competente en materia de atención a los menores, previo requerimiento al ayuntamiento correspondiente, podrá declarar la situación de riesgo de un menor y adoptar las medidas de asistencia necesarias. Esta resolución se notificará al ayuntamiento para la ejecución de las medidas acordadas.*

474. Decreto 58/2002, de 30 mayo por el que se desarrollan los Procedimientos Relativos a la Protección de Menores y a la Adopción y regula el Registro de Protección de la Infancia y Adolescencia de Cantabria. Ésta es la única norma en que se desarrolla de forma conjunta, un mismo procedimiento, de competencia autonómica según su artículo 81, para la declaración de situación de riesgo, guarda y desamparo, estableciendo todos ellos un plazo común de resolución de 6 meses, con efectos de caducidad, y, en la guarda, desestimatorios frente a la falta de resolución.

475. Según establece el artículo 30, *la competencia para apreciar la situación de riesgo corresponde al órgano competente de la Administración Autonómica, atendido el informe de los servicios sociales, con quienes elaborará conjuntamente el programa a desarrollar con el menor y su familia, en cuyo programa deberá constar la participación del menor y la colaboración de los padres.* En cuanto al modo de formalizar esta apreciación del riesgo, según consulta efectuada a profesionales de dicha Comunidad, existen diferencias en la forma de actuar en cada Delegación Provincial; aunque la regla general es elaborar el programa de actuación, sin resolución formal previa de apreciación del riesgo, y hacer constar en el mismo la colaboración del menor y de los padres, junto con la participación del profesional responsable del caso.

476. En su articulado la norma establece la necesidad de valoración e intervención en caso de riesgo social pero no contempla de forma específica procedimiento alguno, si bien en el artículo 53 señala que *el cese en la situación de riesgo se pondrá en conocimiento de las personas y entidades a las que se notificó en su día el inicio de las mismas.*

477. En Cataluña, Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción dispone que *las medidas a adoptar, siempre con informe previo de los equipos técnicos competentes y teniendo en cuenta el interés del menor, pueden ser: La atención en la propia familia del menor, mediante ayudas de apoyo psico-social, de índole personal o económica, de la administración.* El Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción en su artículo 13 matiza que *para proponer la medida de protección adecuada para la atención y el desarrollo integral del menor, se analizará y estudiará su situación de riesgo, y su realidad personal, social y familiar. El análisis se llevará a cabo en el propio medio natural del menor, o bien en los centros de acogida o en las familias acogedoras.* El artículo 166 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autono-

Comunidad Autónoma	Competencia para dictar la resolución de declaración de situación de riesgo	Procedimiento
Extremadura	No se contempla	No se contempla ⁴⁷⁸
Galicia	Competencia local	Artículo 4.2 del Decreto 42/2000, de 7 enero, regulador de la normativa vigente en materia de familia, infancia e adolescencia ⁴⁷⁹
Comunidad de Madrid	No se contempla	No se contempla ⁴⁸⁰
Región de Murcia	No se contempla	No se contempla ⁴⁸¹
Comunidad Foral de Navarra	Competencia para la declaración: Entidad Local; competencias de ejecución: Comunidad Autónoma	No se contempla ⁴⁸²
País Vasco	No se contempla	No se contempla ⁴⁸³
La Rioja	Competencia autonómica	Artículo 41 Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores ⁴⁸⁴

mía de Cataluña apunta que corresponde a la Generalitat, en materia de menores: *La competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación... en situación de riesgo.*

478. La Ley 4/1994, de 10 noviembre, de Normas reguladoras de Protección de Menores de Extremadura, anterior a la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor no regula la situación de riesgo y tampoco hemos encontrado referencias a la misma en la normativa posterior a dicha Ley.
479. Modificado por Decreto 406/2003, DOG núm. 222 de 14 de noviembre de 2003, que señala que *corresponden a los municipios, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de régimen local y en la Ley Gallega de Servicios Sociales, las funciones de prevención, apreciación e intervención en las situaciones de riesgo en las que puedan encontrarse los menores.*
480. El artículo 50 de la Ley 6/1995, de 28 marzo, sobre Normas reguladoras de las garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia señala que *la protección social de los menores que se encuentren en situaciones de riesgo social corresponde al Sistema Público de Servicios Sociales, para lo cual desde la Red de Servicios Sociales Generales se desarrollarán las actividades de prevención, atención y reinserción que sean necesarias, encuadradas en los programas correspondientes.*
481. La Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia no menciona expresamente la situación de riesgo, sino que alude a medidas de apoyo y prevención, arbitrando un sistema de apoyo a las familias biológicas del niño o a las personas bajo cuya responsabilidad se encuentre éste, que impida que situaciones de carencia desemboquen en el desamparo del menor u otras situaciones de riesgo, y que favorezca su permanencia en el núcleo familiar.
482. El artículo 8 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia destaca entre las competencias de las Entidades Locales de Navarra, *la detección, declaración e intervención de las situaciones de riesgo de los menores, especialmente en coordinación con los centros y unidades escolares y sanitarias de su ámbito territorial, salvo en los supuestos establecidos en las letras a y b del artículo 47.1.*
483. Los artículos 51 y ss. de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia regulan la situación de riesgo pero no hacen mención alguna a declaración formal del mismo.
484. Este artículo resulta significativo por la importancia que da a la declaración expresa del riesgo mediante resolución administrativa, indicando las consecuencias de su declaración y los plazos: 1. *La situación de riesgo ha de ser declarada mediante resolución motivada y expresa dictada por el titular de la Consejería a propuesta del que lo sea de la Dirección General competente en materia de*

IV. Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo,...

Comunidad Autónoma	Competencia para dictar la resolución de declaración de situación de riesgo	Procedimiento
Comunidad Valenciana	Competencia local: artículo 17 del Decreto 93/2001, de 22 mayo, Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor	No se contempla ⁴⁸⁵
Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla	No se contempla	No se contempla ⁴⁸⁶

Tal como venimos señalando, la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor ha establecido la necesidad de trabajar la situación de riesgo social, como previa al desamparo, pero no ha vinculado dicho trabajo a la necesidad de dictar una resolución o establecer un plan de trabajo temporalizado. Ha quedado gráficamente expuesta la diferencia que existe entre unos territorios y otros. Estimamos que esta situación provoca una gran inseguridad jurídica ya que la situación de riesgo es el pilar básico del sistema de protección: no se debe desamparar, salvo por razones de urgencia, a un menor sin dar previamente la oportunidad a sus padres de reconducir su situación, dándoles una oportunidad clara. Por ello, la regulación de la situación de riesgo, como previa al desamparo, debe ser clara y uniforme, al menos en lo que respecta a la forma de la forma de declaración, mediante resolución administrativa o mediante la intervención a través de un plan de intervención familiar, que asegure que se ha cumplido con el principio de prioridad de la familia biológica y de progresividad y que ofrezca además la posibilidad de defensa a los particulares. De esta forma cuando se decreta un desamparo, se podrá acreditar que se ha cumplido con dichos principios de forma documental.

Estudiaremos seguidamente la jurisprudencia existente sobre situación de riesgo. Lo primero que hemos observado es que resulta muy escasa, por no decir casi nula, la que se pronuncia sobre esta cuestión, ya que no existen apenas sentencias en las que se resuelva la oposición a esta medida. Estimamos que las razones para ello pueden ser la falta de regulación en muchas Comunidades Autónomas, y consecuente ausencia de acto administrativo que recurrir, así como la falta de

protección de menores. 2. En dicha resolución se adoptarán de manera motivada, la medida o medidas de protección que procedan, su plazo de duración, sus condiciones y objetivos, así como los mecanismos establecidos para su seguimiento. Se ha mantenido consulta con técnicos de esta Comunidad y confirman que se realiza siempre la declaración expresa de riesgo mediante resolución motivada y con pie de recurso.

485. Señala que *corresponde a las entidades locales la competencia para apreciar e intervenir en situaciones de riesgo y para ejecutar las medidas de apoyo familiar adoptadas con el objeto de disminuir o erradicar los factores que las provocan, así como realizar el seguimiento de la evolución del menor en la familia, salvo lo dispuesto en el Título III del presente Reglamento para la guarda voluntaria.*

486. No se contempla la situación de riesgo en el Real Decreto 416/1996 de 1 de marzo, por el que se crean las Comisiones de atención a la infancia en las ciudades de Ceuta y Melilla, ni en el Decreto de 20 de diciembre de 2000 por el que se aprueba definitivamente el Reglamento por el que se crea el Servicio de Infancia y Familia y se regulan la estructura y funciones de los Servicios de Atención a la Infancia en la Ciudad Autónoma de Ceuta.

recursos de la población a la que generalmente se dirige la medida, que, al no implicar separación del menor de su medio de origen, formula oposición sólo cuando ya se ha dictado resolución de desamparo.

Sin embargo, lo importante, de cara a nuestro trabajo, es determinar si, en caso de oposición, existe claridad en cuanto a la forma de defensa contra una declaración administrativa de la situación de riesgo. En el apartado dedicado al sistema normativo y distribución de competencias aludíamos a los problemas que la dualidad civil-administrativa plantea en cuanto a orden jurisdiccional competente y procedimiento administrativo, y seguidamente analizaremos esta figura en concreto. Para ello estudiaremos seguidamente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 21 de marzo de 2003 (JUR 2003, 123823), a raíz de la oposición de los padres a la medida de seguimiento dictada ante la situación de riesgo a un menor. En su demanda, los progenitores solicitan:

1.—La nulidad del procedimiento en aplicación del artículo 61.1 de la Ley 30/1992 de RJAP y del PAC (por falta de notificación, alegando la inseguridad jurídica que ello provoca en los padres).

2.—Que se acuerde que el menor no tiene que tener abierto expediente de protección y que no existe situación de riesgo.

3.—Que se dejen de realizar actuaciones de interferencia en la vida escolar y social del menor.

4.—Que se deduzca testimonio con relación a la conducta de la Administración sobre las afirmaciones que ha realizado del menor y su familia por haber realizado una injerencia arbitraria e ilegal en su vida privada.

La sala acuerda lo siguiente respecto de la competencia para conocer:

En aplicación del artículo 748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero⁴⁸⁷, estima que sólo puede conocer de los apartados segundo y tercero, ya que considera que el primero tiene por objeto una actividad fiscalizadora de la actividad administrativa (del propio procedimiento administrativo) y el cuarto, la aplicación del artículo 2º a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, relativo a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales⁴⁸⁸. Ambas cuestiones, declara la Sala, escapan de su jurisdicción, por lo que no entra a resolverlas (señala expresamente que *ambas cuestiones deben ser impetradas, en su caso, ante la jurisdicción contencioso-administrativa*), ya que su competencia se ciñe a determinar si la medida de seguimiento es acertada y oportuna y, dictaminar, por tanto, si existía la situación de riesgo que determinó la intervención de la Administración.

487. Que dispone que *las disposiciones del presente título serán aplicables a los siguientes procesos: 6. Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.*

488. En el que se señala que *el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.*

_____ IV. *Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo,...*

Nos encontramos, por tanto, que una misma resolución ha de ser revisada por dos jurisdicciones diferentes. La jurisdicción contencioso-administrativa entrará a conocer:

- De cualquier cuestión procedimental: la nulidad del artículo 62, que si es apreciada, dejará sin efecto la declaración de riesgo por puros motivos formales, en este caso la falta de notificación a los padres.
- De la injerencia que se realiza en la vida privada por parte de la Administración, por la vía de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, en este caso el derecho a la vida privada y el derecho a la intimidad.

La jurisdicción civil conocerá únicamente sobre el fondo del asunto, esto es, si la decisión administrativa, en este caso la declaración de riesgo, era acertada o no.

Como conclusión, observamos que a la jurisdicción civil no le concierne si hubo o no injerencia en la vida privada, o si el procedimiento de declaración se hizo garantizando derechos como la audiencia, sino únicamente si realmente existía situación de riesgo o no. A la jurisdicción administrativa no le atañe si hubo o no riesgo, sino el cómo se hizo la declaración: esto es, si se hizo conforme al procedimiento adecuado y la forma en que actuó la Administración (injerencia en la vida privada).

Parece que nuestro sistema jurídico ha olvidado en este punto que tan importante es tener en cuenta los aspectos procedimentales como los de fondo, y que ambos deben de ir de la mano, así como el hecho de que la población a la que se dirigen estas medidas es posiblemente la que con menos medios cuenta para impulsar procedimientos judiciales.

2.4. LA PROTECCIÓN DEL *NASCITURUS*

Para abordar esta cuestión, nos aproximaremos en primer lugar a los aspectos concretos necesitados de protección, para seguidamente analizar la legislación actual y llegar así a conclusiones sobre el estado de la protección del *nasciturus*. Y, debido a lo extendido entre la población de los casos de toxicomanía y alcoholemia, estudiaremos especialmente estas situaciones.

2.4.1. Necesidad de protección

Según un estudio realizado por Servicio de Pediatría del Hospital Universitario Materno-Infantil de Las Palmas de Gran Canaria, uno de cada 10 recién nacidos puede haber estado expuesto a drogas durante el período intrauterino. Se da en todos los estratos socioeconómicos, si bien es de mayor incidencia en los grupos

de población más desfavorecidos⁴⁸⁹. Señala el estudio igualmente que las drogas que mayor impacto producen en el recién nacido son la cocaína y la heroína, y el síndrome de abstinencia más llamativo y duradero lo presentaron los recién nacidos cuyas madres estaban en tratamiento con metadona. Igual de desalentadores son los datos relativos a la alcoholemia. Los niños que nacen de mujeres que han consumido alcohol durante la gestación padecen problemas como retraso mental, consistentes en mal aprendizaje, comportamiento anormal y malformaciones cardíacas y faciales, entre otros. En algunos casos, como los niveles de alcohol en la sangre del feto pueden ser muy elevados, el recién nacido sufre el denominado Síndrome Alcohólico Fetal que pone en peligro su vida⁴⁹⁰.

Existen igualmente estudios realizados en el ámbito de la psicología, en los que se llega a la conclusión de que los niños que han sido expuestos a sustancias tóxicas en el útero, como el alcohol, el tabaco o las drogas, presentan una elevada probabilidad de que su sistema nervioso reaccione por exceso o por defecto a sensaciones básicas como el tacto y el ruido. También hay mayores probabilidades de que tengan dificultades auditivas y de lenguaje o con el pensamiento espacial y visual, así como con la planificación motora y la secuenciación de acciones. Cualquiera de estos factores es susceptible de aumentar la aparición de problemas de aprendizaje, impulsividad, comportamiento antisocial y dificultad para establecer relaciones con los compañeros y para leer claves sociales e incluso para organizar el pensamiento y mantener un sentido de la realidad⁴⁹¹.

Desde el punto de vista médico resultan igualmente relevantes los problemas jurídicos derivados de los efectos secundarios de las toxicomanía, en concreto el contagio del VIH (y otras enfermedades como la hepatitis) y el síndrome de abstinencia post-natal. En el primer caso, la prevención del contagio de la madre al hijo precisa de una atención médica antes, durante y tras el parto. Si se presta dicha atención, la posibilidad de evitar el contagio será mayor. Pero para ello hay que detectar que la madre padece la enfermedad así como obtener su consentimiento para desarrollar el tratamiento oportuno⁴⁹². Y en los casos de toxicomanía, para tratar médicamente el síndrome de abstinencia en el menor, una vez nacido, es preciso contar con el consentimiento de los padres para realizar pruebas a fin de conocer si existe toxicomanía. Sin embargo no tenemos una regulación que proteja al menor en caso de que los progenitores no presten su consentimiento para detectar y tratar estas enfermedades, con lo cual, en caso de sospecha de su existencia,

489. MARTÍ MILAGROS, M., y otros, «Repercusión en el neonato de la drogadicción materna», BSCP, Canarias Pediátrica, Gran Canaria, 2001; [consultado 05/10/2007], disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2499639>. Y sobre los efectos de la cocaína en el *nasciturus* <http://www.nida.nih.gov/ResearchReports/cocaina/Cocaina5.html> y de la heroína: <http://www.nida.nih.gov/ResearchReports/Heroina/heroina4.html>.

490. MANZARBEITIA, J., datos extraídos del artículo «Una mutación genética protege a los recién nacidos de los efectos del alcohol», del Diario El País de 3 de marzo de 2006.

491. Estudiado por BRAZELTON, T. B. y GREENSPAN, S. I., en «Las necesidades básicas de la infancia, lo que cada niño precisa para vivir, crecer y aprender», Grao, Barcelona, 2005, cit., pg. 85.

492. Sobre esta cuestión DELGADO RUBIO, A., en «Conducta a seguir ante un recién nacido VIH (+)», Protocolos de la Asociación Española de Pediatría [consultado 06/02/2008]. Disponible en: <http://www.aeped.es/protocolos/infectologia/07-Conductarnvih+.pdf>.

los profesionales médicos la única alternativa que tienen es la de convencer a los padres para que presten su consentimiento⁴⁹³.

2.4.2. Análisis legislativo y jurisprudencial

El Preámbulo de la CNUDN tiene presente *que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.*

No se ocupa la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor de esta cuestión, ya que no menciona al concebido en ningún artículo. Algunas legislaciones autonómicas si lo han hecho de forma expresa. Así las de Cataluña⁴⁹⁴ y La Rioja⁴⁹⁵ aluden a medidas preventivas antes de nacer, sin aclarar si dichas medidas serán de situación de riesgo o pueden incluir el desamparo. Analizaremos seguidamente la jurisprudencia, en que únicamente se encuentran resoluciones judiciales relativas al *nasciturus* en Cataluña, en las que la medida adoptada fue el desamparo. Sin embargo, de la lectura del artículo 2 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción no se infiere que necesariamente se pueda adoptar esta la medida⁴⁹⁶.

Por lo que respecta a la protección en el resto de la legislación, el Código Civil dedica algunos artículos a la misma, partiendo del artículo 29 del mismo, como fundamento al reconocimiento de todo efecto favorable para el concebido, y regulando especialmente en cuestiones sucesorias y de alimentos⁴⁹⁷. En el ámbito penal, examinada la jurisprudencia, no se hallan casos en que la madre haya sido condenada penalmente por las lesiones causadas por maltrato prenatal en los casos de

493. En entrevista mantenida con el Jefe de Servicio de Pediatría del Hospital Costa del Sol de Marbella, comenta la falta de uniformidad de criterio de actuación que existe sobre este aspecto entre los profesionales médicos, al no haber regulación alguna que ayude al médico a saber cuándo y cómo puede someter a la madre a cualquier tratamiento o intervención para proteger al *nasciturus*, especialmente en el caso en que no presta su consentimiento.

494. El artículo 2, de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, dispone que *el organismo competente a que se refiere el artículo 1 tomará las medidas necesarias para conseguir la protección efectiva de los menores desamparados y, preventivamente, antes de nacer, cuando se prevea claramente la situación de desamparo del futuro.*

495. El artículo 32 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja prevé que *la Consejería competente en materia de Servicios Sociales tomará las medidas necesarias para conseguir 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.*

496. Hemos podido comprobar, por entrevista con profesionales de esta Comunidad Autónoma, que debido a la falta de claridad de este precepto, existen divergencias de criterios al aplicar la medida de desamparo, por lo que ciertos profesionales están a favor de declarar el desamparo al *nasciturus* y otros no.

497. Respecto del momento de la adquisición de la personalidad jurídica y su protección desde el ámbito del derecho civil, los tratados consultados estudian los aspectos esencialmente a efectos de derecho de sucesiones y alimentos, así como sobre la interpretación del artículo 29 del Código Civil, entre otros: CALLEJO RODRÍGUEZ, C., en «Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido», Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997, y ARROYO I AMAYUELAS, E., en «La protección del concebido en el Código Civil», Cuadernos Civitas, Madrid, 1992.

toxicomanías⁴⁹⁸ y tampoco consideramos adecuados para su protección los tipos penales regulados en los artículos 157 y 158 del Código Penal, enmarcados en el Título IV, titulado De las lesiones al Feto, en el Libro II relativo a los Delitos y sus penas, ya que en concreto el artículo 158 dispone que *la embarazada no será penada a tenor de este precepto*⁴⁹⁹. Con independencia de que no exista protección penal, no cabe duda de que el maltrato se está produciendo. Si la actuación de los servicios sociales no es efectiva, por no dejarse ayudar la madre, hasta el momento del parto, cuando sea hospitalario, o hasta la localización de la misma, en caso contrario, la situación del concebido se puede prolongar no sólo durante el embarazo sino una vez producido el nacimiento (y muy concretamente, en el caso de las mujeres toxicómanas, a través de la lactancia materna).

La única jurisprudencia que encontramos sobre la protección al concebido es referida a la Comunidad Autónoma de Cataluña, y en aplicación de la legislación civil propia. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 8 septiembre de 2005 (JUR 2006, 51682), acuerda el desamparo del *nasciturus* hijo de madre toxicómana y con el antecedente de otros cuatro hijos retirados. Entre otras, hacen igualmente referencia al desamparo del *nasciturus*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de junio de 2004 (JUR 2004, 209029) por tener los padres las facultades mentales al límite y haber fracasado el intento de que cumplan un plan de mejora y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de diciembre de 2005 (JUR 2006, 74757) que resuelve la oposición al acogimiento preadoptivo de una menor a la que se había dictado resolución administrativa de desamparo como *nasciturus*, sin que en ningún momento cuestione la Audiencia Provincial de Barcelona que no sea posible adoptar la medida de desamparo del *nasciturus*.

2.4.3. La inseguridad jurídica en la protección al *nasciturus*

De los datos médicos y psicológicos aportados, se infiere que existe maltrato en estos casos; de los datos jurídicos que no existe ni una regulación adecuada, ni protección efectiva del concebido.

Para empezar no queda claro que las medidas de protección en estos casos se deben tratar en el ámbito del desamparo o si es suficiente hablar de situación de riesgo. En contra de la declaración de desamparo debemos esgrimir el argumento de que, puesto que el menor no ha nacido, no existe la patria potestad, por lo que

498. En TOMÁS SALÁS DARROGHOA, J., «El concepto de feto en el derecho penal español», Revista de Asociación de Juristas de la salud, Pamplona, 2005 [consultado 12/12/2007], disponible en: <http://www.ajs.es/RevistaDS/VOLUMEN%2013/Vol13-13.pdf>, respecto de la polémica relativa al momento ha de ofrecerse protección penal a la vida humana, señala que de todas las posturas doctrinales existentes, destacan tres: fecundación, anidación y organogénesis y realiza un exhaustivo análisis de la cuestión.

499. En el mismo sentido se pronuncia NEVADO PORTERO, D., en «El delito de lesiones», Artículos jurídicos en Derecho, 2002, <http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0147.htm>.

ésta no puede ser suspendida⁵⁰⁰. Respecto de las medidas adoptadas como situación de riesgo, cuando la madre no quiere ser ayudada con programas específicos, la única actuación que emprenden los Servicios de Protección, es comunicar al Ministerio Fiscal la situación y a los centros hospitalarios, de cara a que en el momento del nacimiento del menor se adopte, en su caso, medida de protección⁵⁰¹. Sin embargo estas medidas son relativamente ineficaces, ya que en el momento en que la madre sale del ámbito territorial en que se ha comunicado la situación de posible maltrato, no se emprende medida alguna de protección. Al no existir una coordinación adecuada entre los diversos territorios de las Comunidades Autónomas, resulta muy fácil evitar este control.

No podemos olvidar que nos encontramos ante un triple conflicto de intereses: la libertad de la madre y la protección del hijo, unido a la posibilidad de que sea el propio padre el que solicite la protección de su hijo. Resulta por tanto obligado acudir a otras alternativas diferentes de las existentes, con una regulación de los aspectos señalados, así como la posibilidad, en los casos más graves, especialmente ante madres toxicómanas, de plantear la posibilidad del internamiento involuntario en centro de características adecuadas a la madre y al hijo, ya que sería la única forma de garantizar la protección del concebido⁵⁰².

2.5. LA PROTECCIÓN DEL MENOR ADOLESCENTE

No resulta fácil precisar la edad en que comienza la adolescencia. Nos encontramos ante un proceso en que empiezan los cambios a nivel relacional, de vínculo

500. LINACERO DE LA FUENTE, M., en «Protección jurídica del Menor», ob. cit., pg. 44, señala que la respuesta negativa al desamparo del concebido se sustenta en la imposibilidad del ejercicio del contenido del artículo 154 del Código Civil.

501. En el País Vasco, la protección del *nasciturus* se ubica dentro de las situaciones de riesgo, en la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, así en el artículo 52.2 prevé que *cuando las administraciones públicas competentes tengan conocimiento de que peligra el normal desarrollo del "nasciturus", lo pondrán en conocimiento del ministerio fiscal a fin de que adopte las medidas que estime oportunas para garantizar su bienestar hasta el momento del nacimiento. Todo ello, sin perjuicio de los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de Interrupción Voluntaria del Embarazo.*

502. Sobre esta cuestión IGLESIAS REDONDO, J. I., en «Guarda asistencial, tutela *ex lege* y acogimiento de menores», ob. cit., pg. 76, menciona el conflicto irresoluble entre la salud del concebido y la libertad de la madre, apuntando que puede dar lugar a la aplicación de la guarda asistencial judicial y la tutela *ex lege*, MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., *La situación de desamparo*, «Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías», ob. cit., pg. 99, apunta que con motivo del debate suscitado entre los profesionales, que da lugar a dicha publicación, surgieron las siguientes cuestiones, que si bien no hallaron una respuesta común, plantearon alternativas de futuro, dignas de ser estudiadas para mejorar la protección del *nasciturus*: a) Como medida alternativa al desamparo, sería preciso plantear la posibilidad del internamiento involuntario en centro de características adecuadas a la madre y al hijo. b) Respecto de las madres en tratamiento con metadona se cuestiona, dado los efectos adversos que provoca en el feto, que sea preciso detener este tratamiento en caso de embarazo. Coinciden los profesionales en que no se puede valorar la situación del mismo modo cuando lo que hace la madre es simplemente acudir a un dispensario de metadona que cuando sigue un programa de desintoxicación, pero que ciertamente el maltrato por el consumo de metadona se produce igualmente. c) En cuanto a la retirada de menores en el momento del nacimiento, se cuestiona la legalidad de esta actuación. Más aún, en causas ajenas a las toxicomanías

con la familia, de valores, de importancia en la valoración del grupo de iguales, que varía en cada menor en función de su madurez, y en que éste empieza a decir «adiós a la infancia, adiós a los padres»⁵⁰³. Por lo que respecta a la legislación, la mayoría de las normas que se refieren expresamente a la adolescencia no hacen referencia al momento de su inicio, y las que lo hacen la sitúan en torno a los trece años⁵⁰⁴.

No contempla la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor una protección específica para los menores en esta edad, pero tres situaciones que se tratan a continuación, que afectan a los adolescentes, reclaman una atención específica del sistema de protección: situación de conflicto o dificultad social, absentismo escolar y las toxicomanías. Debemos cuestionar, en estas tres situaciones, que normalmente aparecen de la mano, si la alternativa para los menores podría ser el internamiento en centro de protección a través del desamparo o de guarda judicial, o bien mediante la guarda solicitada por los padres, o si, por el contrario, debe considerarse una situación de riesgo y buscar alternativas diferentes a las anteriores. A la postre, se trata de analizar si la legislación ha tomado en consideración que la problemática planteada por los adolescentes, en muchos casos, se sale de lo que tradicionalmente se ha entendido por protección de menores a través de figuras como la guarda o el desamparo.

2.5.1. La protección del menor adolescente en la legislación

La LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor no menciona el término adolescencia en ninguno de sus artículos, como tampoco lo hace la CNUDN. Sin embargo, algunas legislaciones autonómicas sí han dedicado su atención a esta cuestión de forma singularizada, incluyendo la expresión adolescencia, de forma separada al de infancia, en el propio título de la Ley⁵⁰⁵. Con ello el mismo enun-

(abandono, dejación de funciones...), cabe la duda de si es preciso constatar que se repite la situación respecto de hijos anteriores o si son suficientes los antecedentes para la retirada.

503. TESIER, G., en «Comprender a los adolescentes», Octaedro, Barcelona, 2000, cit., pg. 7, pone en cuestión el concepto de adolescencia desde un punto de vista psicológico, así como la edad en que se inicia y termina, y señala cómo el período adolescente ha sido descrito como una crisis, a veces como un caos y hoy, más recientemente como un estado relativamente duradero, que los individuos abandonan con dificultad (y cita a ANATRELLA, T., que habla de que quienes se encuentran entre los doce y los veinte años viven una adolescencia interminable). ORTIZ BARÓN, M. J. y YARNOZ YABEN, S., en «Teoría del apego y relaciones afectivas», Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1993, sitúan su inicio en los 12 años y distinguen dos tramos diferenciados: de los 12 a los 15 y de los 15 a los 20.

504. El artículo 2 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco señala: *Se entiende por infancia el período de vida comprendido entre el nacimiento y la edad de doce años, y por niños y niñas las personas que se encuentran en dicho período de vida. Se entiende por adolescencia el período de vida comprendido entre la edad de trece años y la mayoría de edad establecida por ley o la emancipación, y por adolescentes las personas que se encuentran en dicho período de vida.*

505. Así: Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco, Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares (si bien en su articulado, de forma diferenciada al resto de legislaciones, hace referencia de forma genérica a la persona menor de edad, suponemos, por cuestiones de lenguaje de género), Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la

ciado de la norma señala desde su inicio la particularidad que ofrece esta etapa de la vida y el tratamiento, por tanto, diferenciado que el legislador y los que aplican la norma han de tener con las personas incluidas en esta etapa de su desarrollo. Resulta ejemplar la regulación que realiza 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 y de la adopción, y de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social de Cataluña⁵⁰⁶.

La protección de la adolescencia la abordan la mayoría de las Comunidades Autónomas con relación al conflicto social y, si bien la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor no ha regulado específicamente la situación de los menores en conflicto social, algunas Comunidades Autónomas sí lo han hecho. Por ello seguidamente nos centramos en este aspecto concreto. La actuación ante la situación de riesgo tiene por objeto evitar el desamparo, la actuación ante la situación de conflicto social se dirige a evitar y prevenir la marginación o exclusión social, y, de este modo evitar que puedan caer en el mundo de la delincuencia juvenil⁵⁰⁷.

Respecto de la terminología utilizada, la mayoría de Comunidades se decanta por la expresión conflicto social⁵⁰⁸. Así, Andalucía (artículo 40 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor), Aragón (artículo 78 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón), Baleares (artículo 105 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia), Castilla-La Mancha (artículo 62 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor), Galicia (artículo 37 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la Familia, la Infancia y la Adolescencia), Madrid (artículo 67 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia), Navarra (artículo 83 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia) usan el

Infancia y Adolescencia de Cantabria, 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 y de la adopción, y de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social de Cataluña, Ley 3/1997, de 9 de junio, de la Familia, la Infancia y la Adolescencia de Galicia, Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid, Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia.

506. En el artículo 5 bis a la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, se sirve de fórmulas alternativas a las clásicas: la asistencia diurna a menores sin hogar, para que abandonen la permanencia en la calle; programas de intervención socioeducativa, así como los talleres preparatorios para un trabajo, realizados en los centros de día; el alojamiento nocturno de corta duración para satisfacer las necesidades asistenciales de los menores, cuya duración no puede superar los treinta días; el ingreso, por necesidades reeducativas, en centros o unidades con restricción o supresión de salidas por un tiempo limitado, de forma que puedan desarrollarse programas individuales.
507. Sobre esta figura, DE PALMA DEL TESO, A., en «Administraciones públicas y protección», ob. cit., pgs. 168 y ss.
508. FERNÁNDEZ ROMERO, E., *Los jóvenes y los conflictos*, «Nuevos retos que plantean los menores al derecho», II Jornadas sobre Derecho de los Menores (LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y MAYORAL NARRROS I. V., Coords.), Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2004, cit., pg. 325, da una visión diferente de la tradicional de los conflictos, ya los entiende no como problema sino como oportunidad, proponiendo el uso de la mediación como alternativa para transitar conflictos, acompañando a los adolescentes en su proceso de desarrollo.

término conflicto social. Cataluña menciona a menores en alto riesgo social (artículo 43 de la Ley 8/2002, de 27 de mayo, de Cataluña, de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, y de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social). Y la legislación de La Rioja (en el artículo 40 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores) parece aludir a menores en conflicto social, mediante el término inadaptación, ya que los ubica en este artículo que define la situación de riesgo. En Valencia, se recurre igualmente al término inadaptación para referirse a los menores en que se ha declarado judicialmente medida de reforma (artículo 2 de la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la infancia).

En cuanto al concepto, en la legislación de las Comunidades Autónomas se define esta situación, en las disposiciones mencionadas, como aquella en que se encuentran los menores cuando por su situación de inadaptación pueden producirse daños a ellos mismos o a terceros. En algunas legislaciones los relaciona con menores a los que judicialmente se les ha impuesto medida de reforma, y en otras, con aquellos con los que, de no intervenir, existen muchas posibilidades de que incurran en hechos delictivos. La competencia de las Comunidades Autónomas en esta materia se establece por tres vías distintas:

1.—Conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en función de la edad de los menores, cuando pudiendo aplicarse la norma, no se hace únicamente en función del límite de los catorce años⁵⁰⁹.

2.—En la ejecución de las medidas de reforma juvenil, en el marco de los principios resocializadores de la misma ley⁵¹⁰. En Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 243/2004, de 16 diciembre (RTC 2004, 243)⁵¹¹, en que se estudia la competencia de las Comunidades Autónomas con relación a las medidas de reforma juvenil, deja claro el ámbito de la competencia de las mismas en cuestiones de reforma (únicamente ejecutivas) y de protección, pero igualmente deja señalada la competencia de las Comunidades Autónomas en cuanto a la reinserción de los menores: se trata de menores infractores, pero las medidas educativas y resocializadoras las

509. *Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores 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.*

510. La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en su Exposición de motivos señala que *han sido criterios orientadores de la redacción de la presente Ley Orgánica, como no podía ser de otra manera, los contenidos en la doctrina del Tribunal Constitucional, singularmente en los fundamentos jurídicos de las Sentencias 36/1991, de 14 de febrero, y 60/1995, de 17 de marzo, sobre las garantías y el respeto a los derechos fundamentales que necesariamente han de imperar en el procedimiento seguido ante los Juzgados de Menores, sin perjuicio de las modulaciones que, respecto del procedimiento ordinario, permiten tener en cuenta la naturaleza y finalidad de aquel tipo de proceso, encaminado a la adopción de unas medidas que, como ya se ha dicho, fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas.*

511. BOE núm. 21, de 21 de enero de 2005.

marca la Administración y apunta expresamente que *limitándose la intervención de las Comunidades Autónomas en la aplicación de las medidas judiciales sobre menores infractores, y dejando por tanto al margen cualquier consideración respecto de las acciones preventivas de la delincuencia infantil y juvenil, debemos afirmar que dicha intervención no debe agotarse insoslayablemente en la ejecución material de las medidas judicialmente acordadas sino que podrá extenderse a cuanto sea preciso e idóneo para la reincorporación del menor a la sociedad, especialmente mediante el diseño de programas y actuaciones, de carácter eminentemente educativo y responsabilizador, que apoyen los procesos individuales de reinserción*⁵¹².

3.—En aquellos casos en que no han concurrido supuestos penales contemplados en la ley, pero se observa que como actuación preventiva, dentro de la situación de riesgo, se deben emprender medidas protectoras, dirigidas a menores (niños o adolescentes) con los que deben realizar actuaciones de detección, prevención y neutralización de la situación de marginación o exclusión social en que se encuentran, ya que de no realizarse esta actuación preventiva por parte de los poderes públicos, existen muchas posibilidades de que caigan en el mundo de la delincuencia juvenil. Cuando se detectan estas situaciones, la Administración emprende medidas de carácter educativo y protector y proyectos de autonomía personal, preferentemente en su ámbito sociofamiliar para evitar que el menor derive al mundo de la delincuencia⁵¹³.

Existen legislaciones autonómicas que entremezclan en su regulación sistemática, la actuación administrativa dirigida a la prevención en casos de conflicto social, con la ejecución de medidas de reforma de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de

512. CARRERA DOMÉNECH, J., en «La orden de protección en el marco de la justicia penal de adolescentes», en Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm. 3/2005, Aranzadi, Pamplona. 2005 (BIB 2005, 1016) analiza la relación de la ejecución de medidas de reforma con relación al sistema de protección. En concreto respecto de la imposición del alejamiento, cuando los protegidos son precisamente los titulares de la potestad o de la tutela, o alguno de ellos, señala que puede originar una situación de desamparo o desprotección del menor, apuntando que en este tipo de casos, la autoridad judicial deberá disponer lo necesario para activar los mecanismos de protección legales con la urgencia requerida, mediante la aplicación de lo previsto en el artículo 158 del Código Civil, comunicando además la circunstancia a la Entidad Pública de protección competente por razón del territorio, la cual deberá también actuar con la máxima celeridad y eficacia, atendiendo a la legislación administrativa de protección aplicable.

Respecto de la medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, indica que se han producido muchas dificultades de orden práctico para su aplicación, fundamentalmente por la ausencia de personas o familias acogedoras.

513. En la resolución de conflictos con adolescentes es preciso acudir a técnicas alternativas y novedosas. CALVO GONZÁLEZ, J., en «Jueces de Paz Escolares», Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 699/2006, Pamplona, 2006 (BIB 2006, 78) señala que los escolares son en su ámbito, directos conocedores de los problemas cotidianos derivados de la convivencia social plural y la identidad intercultural, de donde «jueces de paz escolares» elegidos por y entre alumnos con liderazgo generacional y capacidad de identificar las causas subyacentes que provocan el clima de violencia, tanto pueden prevenir tales situaciones como favorecer el hallazgo de respuestas autónomas y equitativas, de justicia no formal ni necesariamente retributiva, aceptables para solventar diferencias, mejorar la integración y ordenar pretensiones concurrentes. Señala igualmente que el Consejo Escolar de Andalucía aportó recientemente cifras estremecedoras: 130.000 incidentes, 26.000 de ellos graves, computados en apenas 1.000 centros, con un perfil de alumno conflictivo en el tramo de edad entre los 11 y 12 años, lo cual nos puede dar una idea cuantitativa de la importancia de prestar atención a estas situaciones.

enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y medidas preventivas y protectoras. Así, el título IV de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón sistematiza, bajo la denominación *De los menores en conflicto social*, tanto medidas de prevención, como la reinserción y la ejecución de medidas judiciales; la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, en su capítulo sexto, dedicado a los menores en conflicto social, regula actuaciones preventivas relativas a los menores y a la ejecución de medidas de reforma juvenil. Sin embargo, otras separan, a nuestro juicio, de forma acertada una cuestión de la otra. Es el caso de la Ley 1/1998 de derechos y atención al menor de Andalucía realiza una separación metodológica, reglamentando de forma diferenciada a los menores en conflicto social –en el título II relativo a la protección–, y lo relativo a la reforma juvenil –en el título III relativo a la ejecución de medidas adoptadas por los Juzgados de Menores–. Entremezclar en el texto legal medidas de reforma con medidas de protección, no nos parece adecuado; el menor en situación de conflicto no ha cometido ningún ilícito penal, no se le aplica la legislación penal, y ningún Juzgado ha conocido de hechos en los que haya intervenido, luego se debe apartar la intervención protectora a que se somete al menor en situación de conflicto social de la actividad reformadora de la Administración⁵¹⁴.

2.5.2. La aplicación de la medida de desamparo a los menores adolescentes

Hemos mencionado en el capítulo relativo a los principios en el sistema de protección, el interés del menor y la importancia que tiene el derecho del menor a ser oído. En el caso de los adolescentes, desde el punto de vista de que se respete su voluntad, se acentúa ese valor, ya en su proceso de maduración hacia la edad adulta, no sólo habrá que oírlo, sino tomar en consideración cuál es su deseo. No debemos olvidar esta premisa antes de adoptar cualquier medida de protección, ya que el menor a veces no quiere ser protegido en la forma en que la Administración o los Juzgados disponen, aunque ello no será totalmente determinante.

Una vez que se han utilizado todas las alternativas de protección desde la situación de riesgo, para evitar las situaciones expuestas, en que el menor sufre problemas de inicio en el mundo de la delincuencia, toxicomanías, absentismo escolar, nos encontramos con el dilema de si la medida de desamparo, con el consiguiente ingreso en centro de protección se debe aplicar, así como de la eficacia real de la misma. Sobre el primer aspecto, en todos los casos en que el problema deriva de la propia voluntad del menor, habiendo puesto los padres la diligencia oportuna en su cuidado y educación, no se entiende cuál podría ser el sentido de suspender la patria potestad⁵¹⁵. El menor precisa protección de sí mismo, y atañe al deber de la Administración de colaborar con los padres en el cuidado de los hijos, pero una medida en la que se dispensa a los padres del ejercicio de la patria

514. Sobre esta cuestión se pronuncia DE PALMA DEL TESO, A., en «Administraciones Públicas y protección...», ob. cit., pg. 169.

515. Sobre esta cuestión MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., «El desamparo de menores», ob. cit., pg. 44.

potestad para poner a la Entidad pública en su lugar no parece que sea la forma adecuada de hacerlo. En este caso la mayor dificultad estriba en que las Entidades públicas no han arbitrado los medios sanitarios, educativos y sociales, en su caso, centros específicos para el tratamiento de menores con trastornos de conducta, para dar respuesta a las características del problema concreto que presente el menor. Pone de manifiesto el Defensor del Pueblo Andaluz, la paradoja en que se encuentran padres de menores con trastorno de conducta, que tras buscar alternativas ante los servicios educativos y sanitarios se presentan ante los Servicios de Protección de Menores a solicitar una plaza en un centro residencial en que se aborde la problemática de su hijo. Sin embargo, resulta imposible satisfacer la demanda del menor, concretada en el ingreso en un centro de tratamiento de conducta, pero no porque dicho recurso no exista, sino porque para acceder a los recursos existentes, tanto en Andalucía, como en otras Comunidades Autónomas, es necesario que previamente se proceda al desamparo del menor y a la asunción de su tutela por la Administración Pública⁵¹⁶. Por ello en sus conclusiones, no señala que la vía del desamparo sea la solución a estos menores, sino que recomienda que se elabore un protocolo de intervención con los menores con trastornos conductuales, y un plan concreto de intervención para cada menor que, partiendo de un diagnóstico integrado, determine el recurso público que debe atenderlo y especifique el papel que deben desempeñar en el proceso terapéutico todos los actores involucrados, tanto la propia familia, como los recursos sanitarios, educativos y sociales.

La situación varía cuando los padres o personas que atienden al menor no realizan las funciones inherentes a su relación con el mismo, y pueden ser propiciatorias de las conductas del propio menor. En este supuesto podría plantearse, como última alternativa, el ingreso en centro mediante desamparo⁵¹⁷.

En los casos de toxicomanías, igual que ocurre con las madres gestantes, una alternativa es el ingreso involuntario en centro para su desintoxicación mediante tratamiento ambulatorio. En estas ocasiones, si bien resulta dudosa la posibilidad del ingreso sobre la base de la aplicación del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que alude expresamente al internamiento por motivos psiquiátri-

516. Defensor del Pueblo Andaluz, «Informe Especial al Parlamento Andaluz sobre Menores con trastornos de conducta», BOPA núm. 778, de 12 de diciembre de 2007, Sevilla, 2007. Describe dicho informe cómo los familiares llegan porque el comportamiento del hijo o hija es absolutamente antisocial, con rechazo de la autoridad de sus progenitores, y muestran su preocupación ante la escalada de los acontecimientos, temerosos de que llegase a cometer –si no lo hubiese hecho ya– algunos hechos delictivos que lo condujeran a una senda de autodestrucción y marginalidad. Tras el peregrinaje, sin éxito alguno, ante diferentes Administraciones, finalmente acuden a los servicios de protección de menores donde saben que disponen de centros residenciales que ejecutan programas específicos de tratamiento de conducta. Paradójicamente, en dicho Servicio les informan que por tratarse de una familia competente, que atiende y se preocupa por el futuro del menor, éste no puede acceder a dichos recursos reservados para menores en situación de desamparo.

517. A este respecto CHINCHILLA, M. J. y otros: «Un fenómeno emergente, cuando el menor descendiente es el agresor», Universidad de Zaragoza [consultado 05/02/2007], disponible en: http://www.unizar.es/sociologia_juridica/viointrafamiliar/magresor.pdf.

cos, el Juez, en aplicación del artículo 158 del Código Civil, puede ordenar que el menor ingrese en un centro de este tipo, aún sin su voluntad.

Algunas legislaciones autonómicas recogen el absentismo escolar como causa de desamparo, sin realizar ninguna distinción por tramos de edades⁵¹⁸. Sin embargo, el internamiento en centro de protección en menores de corta edad puede ser una alternativa válida para solucionar la desatención al mismo y el absentismo escolar, pero en los casos de catorce o quince años puede no ser ésta una medida adecuada, ya que la voluntad del menor de permanecer en el recurso, que es abierto, es decisiva de cara a su escolarización⁵¹⁹.

Hay que plantearse al hilo de lo anterior si el cambio producido en la legislación respecto de la edad de escolarización obligatoria, de los catorce a los dieciséis años, beneficia al menor, o, en ciertos casos, se vuelve en contra del mismo⁵²⁰. El menor ha de estar escolarizado hasta los dieciséis años, pero hemos hablado de sujetos participativos y en evolución, con capacidad y madurez para tomar sus propias decisiones. Si el menor decide a los quince años que no quiere seguir estudiando, estaríamos teóricamente ante una causa para su desamparo, pero estaríamos yendo en contra de su voluntad. Por ello sería preciso estudiar caso por caso, si la escolarización obligatoria se debe prolongar hasta los dieciséis años, ya que la realidad es que los menores dejan de estudiar y la única alternativa que se les ofrece es una situación indefinida (estar en casa, en la calle o incurriendo en conductas delictivas, ya que no se le ofrecen alternativas laborales)⁵²¹. Esta situación ha sido en cierta medida paliada por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, que ha regulado los Programas de diversificación curricular en su artículo 27, pero en aquellos casos en que el menor ni siquiera está dispuesto a continuar su proceso formativo hasta los dieciséis años, hay que cuestionarse si la alternativa del desamparo es de su interés⁵²².

518. Como ejemplo el artículo 23 de la Ley 1/1998 de los Derechos y la Atención al Menor en Andalucía o el artículo 50 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra.

519. En «Informe sobre el Absentismo Escolar: un problema educativo y social», 1998 (<http://www.defensor-and.es/informes/ftp/absentis.htm> conclu), el Defensor del Pueblo Andaluz señala que cuando lo que predominan son los factores estrictamente personales del alumno, como puedan ser una personalidad excesivamente rebelde o un profundo desinterés por la educación, nos encontramos ante supuestos de absentismo que generalmente son solucionables con tratamientos de tipo pedagógico y/o psicológico. Sin embargo, cuando el absentismo escolar reiterado obedece a factores de tipo social o familiar, como suele ocurrir en la mayoría de los casos, entonces la solución del problema se convierte en un asunto complejo, e incluso, en bastantes ocasiones, en un ejercicio imposible. Se trata además de un problema que, de no ser solucionado a tiempo, puede convertirse, a corto plazo, en un importante problema para el sistema educativo (abandono y fracaso escolar) y, a medio y largo plazo, en un grave problema social (paro, delincuencia, marginación).

520. La Ley 1/1990 de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (BOE de 4 de octubre de 1990) supuso para nuestro país una profunda revisión de las enseñanzas en los niveles no universitarios, entre otras cuestiones amplía la edad de escolarización obligatoria y gratuita desde los 14 a los 16 años.

521. RAYMOND, G., «Droit de l'enfance et de l'adolescence», ob. cit., pg. 352, señala, respecto de la aplicación de la normativa francesa, que la actuación del juez en casos de absentismo sólo tendrá lugar en casos excepcionales.

522. La Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía en «El sistema de protección del menor:

IV. *Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo...*

Como muestra de la importancia que la legislación ofrece al desarrollo madurativo de los menores, la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón, que dispone en su artículo 27 que la emancipación se puede obtener a los catorce años, y si bien se trata de una norma foral, la realidad es que es indicativa de la importancia que se da en la legislación a la autonomía a la voluntad de los menores de edad, y a dejar que participen en la toma de decisiones sobre los actos que afectan a su propia vida, resultando esencial el decidir si se quiere estudiar o trabajar⁵²³.

La guarda a solicitud de los padres también puede ser un cauce para el ingreso de los menores en centro de protección. En este caso contamos con la voluntad de los padres pero normalmente no de los hijos. Puede la Entidad pública formular solicitud de guarda al Juzgado para el ingreso en centro de menores adolescentes, cuando no existe el consentimiento de éstos, a fin de acordar el internamiento en un centro especializado, como en el caso expuesto en el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Cantabria, de 11 febrero 2003 (JUR 2003, 60023), en que se pide autorización de ingreso en centro de socialización sobre la base del artículo 271 del Código Civil, aplicando el Juzgado este artículo a pesar de no existir declaración previa de desamparo.

Y, en ocasiones, ante la falta de respuesta de la Entidad pública a la solicitud de guarda o ante la respuesta negativa, la Fiscalía propone la guarda judicialmente, sobre la base de la aplicación del artículo 158 del Código Civil. J. L. UTRERA GUTIÉRREZ, menciona, la «resistencia» de las entidades públicas a asumir la guarda o la tutela de menores a partir de una determinada edad (14-15 años), debiendo ser en numerosísimas ocasiones el Ministerio Fiscal quien inste las correspondientes medidas de protección directamente del Juzgado, ya que a su criterio, no aparece aventurado afirmar que esta situación puede tener una relación directa con la inexistencia de centros especializados en el acogimiento de menores problemáticos y con el temor de las Entidades públicas a ser objeto de responsabilidad derivada del comportamiento de tales menores⁵²⁴.

visión crítica de la Apdha», 2006 (http://www.mugak.eu/ef_etp_files/view/proteccion.pdf?package_id=9185), se pronuncia en contra de que se considere el absentismo escolar situación de desamparo como contempla la Ley 1/1998 de Derechos y Atención al menor de Andalucía en su artículo 23.

523. Muchos de los profesionales con los que hemos mantenido contacto en este estudio participan de la idea de que la edad para trabajar y la edad de escolarización obligatoria deben ser objeto de revisión, ya que dan la espalda a la realidad de los menores. Cuestión distinta, como hemos expresado, es la falta de escolarización debida a la desidia de los padres, como en el caso que saltó a la luz en la prensa en que el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Santander, en que se condena a unos padres por permitir el absentismo escolar de sus hijos, a realizar trabajos en beneficio de la comunidad –cinco horas al día durante tres meses– (http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Condenados/padres/permitir/absentismo/escolar/hijos/elpepusoc/20070920elpepusoc_3/Tes).

524. En la ponencia «Los más vulnerables ¿niños peligrosos o niños en peligro?», en las V Jornadas Internacionales de la APDHA, celebradas en Córdoba el 14 de octubre de 2006 (<http://www.apdha.org/VJORNADAS/documentos/joseluisutrera.pdf>). A fin de agilizar la entrada del menor adolescente, ante la propuesta del Ministerio Fiscal, el Juzgado puede acordar, en aplicación del artículo 158, el ingreso cautelar en tanto resuelve el procedimiento principal,

Consideramos que lo que subyace en toda esta exposición es la existencia de un fenómeno cada vez más emergente: la necesidad de una atención diferente a los adolescentes, en que se coordinen las acciones desde el ámbito social, sanitario y educativo, así como el estudio de medidas alternativas de protección (como el fomento de centros de día, el tratamiento ambulatorio especial para adolescentes con toxicomanías, las escuelas de padres, la mediación intergeneracional...).

3. ATENCIÓN INMEDIATA

No hemos encontrado referencias bibliográficas a esta figura, simplemente existen alusiones vagas, que no definen la misma, en la doctrina. Tampoco hemos hallado menciones explícitas a su naturaleza y contenido en la jurisprudencia. Por ello, analizaremos la misma desde la práctica profesional propia y de los profesionales entrevistados a lo largo de este estudio, así como desde el punto de vista de la legislación autonómica y estatal. Seguidamente haremos referencia a esta figura con relación a los menores no acompañados, poniendo de manifiesto la inseguridad jurídica que el uso de esta figura provoca en los menores.

3.1. CONCEPTO Y REGULACIÓN

El artículo 14 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor está dedicado en exclusiva a esta figura. Ordena que *las autoridades y servicios públicos tienen obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor, o cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal.*

Este artículo establece dos obligaciones: una obligación genérica de ayuda y atención que afecta a cualquier autoridad o servicio público, en cualquier ámbito, sanitario, educacional o asistencial, y que puede entenderse en el marco del auxilio a que hace referencia el artículo 13.1 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (relativo a *Obligaciones de los ciudadanos y deber de reserva*, que apunta 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*). Hace referencia a esos primeros cuidados que puede necesitar un menor, siendo amplio el espectro de situaciones que abarca (porque haya sufrido un abuso o maltrato y precise ser llevado de forma inmediata a un centro sanitario, haya perdido el contacto con sus padres y se encuentre abandonado, porque sufra una intoxicación etílica fruto de una noche de «botellón»...) ⁵²⁵.

como en el caso del Auto de 26 de julio de 2006 del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Málaga.

525. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., en «La Protección Jurídica del Menor...», ob. cit., pgs. 30 y ss. trata sobre esta cuestión.

IV. Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo,...

La segunda forma de atención inmediata que regula el artículo 14 es la obligación de poner los medios necesarios para dar una protección al menor más a largo plazo, bien por parte de la autoridad que ha conocido la situación en primer término, bien por el traslado del caso a la autoridad competente, así como de ponerse en contacto con los representantes legales y, en su caso, con el Ministerio Fiscal. Todo ello se traduce en la inmediatez de actuación por cualquiera de los sectores implicados para proteger al menor.

Debemos cuestionarnos si la atención inmediata puede ser calificada como medida de protección. El capítulo I del título II de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, se denomina *Actuaciones en situación de desprotección social del menor*. El artículo 12 enmarca dentro de las actuaciones de protección la situación de riesgo y la de desamparo. Seguidamente en los artículos 13 a 16, se desarrollan unos principios generales de obligación de los ciudadanos, deber de reserva, atención inmediata, colaboración y evaluación. Por tanto, por su ubicación sistemática, la atención inmediata debe ser entendida como un instrumento más a tener en cuenta en la protección de los menores, pero no como una medida de protección que requiera un procedimiento de declaración determinado.

Del estudio del desarrollo legislativo realizado en las distintas Comunidades Autónomas, se infiere el distinto uso que se hace de esta figura por cada una. Para empezar, algunas hacen referencia a la misma y otras ni siquiera la mencionan⁵²⁶. En Comunidades como Asturias o Canarias, la atención inmediata, según la redacción de sus legislaciones, implica atención de menores que ya están en situación legal de desamparo⁵²⁷.

Es especialmente llamativo el uso que hace de la misma la legislación andaluza, por lo que nos detendremos en su estudio. En la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, se trata este aspecto en el artículo 23, redactado en consonancia con lo dispuesto en la LO 1/1996 Protección Jurídica del

526. Como ejemplo de regulación, la Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y Adolescencia de Cantabria dedica una sección completa, previa a la regulación de la situación de riesgo y desamparo a esta cuestión. El artículo 21 está redactado en términos similares al 14 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. Entre las que no hacen mención a la misma, la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores de Extremadura o la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia.

527. La Ley de Canarias, 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores en su artículo 53 (desarrollada por el 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 en su artículo 12) regula expresamente la atención inmediata en los siguientes términos: 1. *Asumida la tutela, los menores recibirán atención inmediata en los centros o unidades de primera acogida habilitados al efecto.* 2. *La estancia en estos centros o unidades se limitará al tiempo imprescindible para determinar las medidas de amparo más adecuadas a sus necesidades.* En este caso la atención inmediata se ubica sistemáticamente en la ley, tras la declaración de desamparo. Es decir contempla esta atención como una actuación a realizar con cualquier menor que haya sido previamente desamparado, como actuaciones complementarias a dicha medida. Igual ocurre con la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor del Principado de Asturias, que habla de atención inmediata en el artículo 37, refiriéndose a atención inmediata a los menores desamparados: *Los menores desamparados cuya tutela asuma la Administración del Principado de Asturias recibirán una atención inmediata en los centros o unidades de primera acogida y observación dispuestos al efecto.*

Menor⁵²⁸. Pero es el artículo 18 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa, el que ha regulado de forma más exhaustiva la figura de atención inmediata en el ámbito andaluz, dando un giro a lo que se entiende por atención inmediata en la legislación estatal de 1996 y la autonómica de 1998. En todos los casos de desprotección, el art. 18.1 dispone que *la situación de desprotección en que se hallen los menores dará lugar a la inmediata intervención de la Administración de la Junta de Andalucía a fin de prestarles la atención que precisen*. Se incluyen aquí los supuestos en que, existe la necesidad de proporcionarles urgentemente ropa, alimento, asistencia sanitaria o cualquier necesidad básica, con independencia de que a raíz de esta actuación se observe que existe situación de riesgo o desamparo. Y, seguidamente, diferencia entre los supuestos en que no hay pérdida de contacto de los menores con los representantes legales y los casos en que sí hay esa falta de contacto. Así, cuando la desprotección se deba a la pérdida temporal de contacto de los menores con sus padres o representantes legales, regulado en el artículo 18.2, tiene por objeto *atender las necesidades del menor en tanto se localizan a sus padres o representantes legales. La atención inmediata durará exclusivamente durante el tiempo en que se resuelva la situación del menor*. Menciona dicho artículo *la pérdida de contacto temporal, en que hay que realizar las gestiones oportunas para comunicar a los representantes legales la situación en que se encuentran los menores. No procederá la declaración de desamparo hasta que no se constate la imposibilidad de determinar la filiación de los menores o se constate que esa situación viene provocada por el incumplimiento por los padres o representantes legales de los deberes de la ley les asigna*, esto es, por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 154 del Código Civil. De esta forma la norma andaluza hace indispensable para la declaración de desamparo que se determine la filiación o que se constate el incumplimiento de padres o tutores, con independencia del hecho de que lo que el Código Civil exige, tal como veremos más adelante, es que para que haya desamparo exista, de hecho, una situación en que objetivamente el menor se encuentre en situación de privación de asistencia moral o material. Esta atención inmediata tiene sentido durante las primeras horas de falta de contacto con los padres pero resulta evidente la necesidad de representación de los menores, y la asunción de tutela cuando no aparece nadie a buscarlos tras pasar las primeras horas en el centro de protección, especialmente en el caso de menores no acompañados, de los que tratamos seguidamente⁵²⁹.

3.2. ATENCIÓN INMEDIATA DE MENORES NO ACOMPAÑADOS

El supuesto más frecuente de atención inmediata es el de menores inmigrantes no acompañados. En estos casos nos encontramos con menores a los que la aten-

528. *El órgano competente de la administración que tenga conocimiento de una situación de posible desamparo de un menor iniciará expediente de protección, sin perjuicio de la adopción de las medidas de atención que el menor requiera.*

529. Hemos podido observar en la práctica profesional que cuando un menor aparece solo lo habitual es que en pocas horas los padres denuncien la situación y encuentren a su hijo. En caso de que ello no ocurra así, normalmente estamos ante indicios de desprotección.

ción que se les presta es el ingreso en un centro de protección, sin embargo no se ha dictado aún medida de desamparo y a su vez, delegación de guarda en centro. El artículo 1 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor dispone su aplicación *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*. La primera cuestión que se plantea es si estos menores han de ser desamparados de forma inmediata o es necesario esperar a contar con la documentación necesaria y que habitualmente no traen consigo. En puridad, aplicando el artículo 172 del Código Civil estos menores se encuentran de hecho en situación de desamparo⁵³⁰.

El artículo 92 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone que *en los supuestos en que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tengan conocimiento de, o localicen en España 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*. En este momento se está haciendo mención a la atención inmediata regulada en el artículo 14 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, que se prestará en tanto se determine la mayoría o minoría de edad, recibiendo una primera asistencia e ingresando en un centro de menores.

Continuando con el citado artículo, señala el mismo que *determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los Servicios competentes de Protección de Menores*. La puesta a disposición tiene gran importancia, de cara a la tramitación de la residencia del menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su

530. FERNÁNDEZ MASÍA, E., «Las entidades públicas y la protección de los menores. extranjeros en España», ob. cit., pgs. 427 y ss., sostiene que en los casos en que el menor no tiene su residencia habitual en nuestro país, a pesar de su presencia transitoria en el territorio español y de la situación fáctica de desamparo, en interés del menor, es recomendable aplicar la medida de desamparo a todos los menores que se hallen en España en esta situación. En la misma línea ARCE JIMÉNEZ, E., en «Los menores extranjeros en situación de desamparo», Revista de derecho de familia, núm. 5, Lex Nova, Valladolid, octubre 1999, cit., pg. 76, que destaca que la llegada de un menor extranjero no acompañado a territorio nacional ha de tener como respuesta única e inmediata por parte de la Comunidad Autónoma correspondiente de la asunción de la tutela por parte de la citada entidad, sin usar por tanto distintas «varas de medir» en función de la nacionalidad de la que el menor manifieste ser originario. LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. (Coord.), «Los Menores en el Derecho Español», ob. cit., pg. 464, se destaca que un menor extranjero no acompañado, desde su llegada a España requiere de la declaración de desamparo y de la consiguiente adopción de medidas protectoras por parte de los organismos competentes de las Comunidades Autónomas siempre y cuando no esté emancipado. Analiza seguidamente la posibilidad de contemplar que estos menores se consideren emancipados y de no ser susceptibles por tanto de ser desamparados y concluye, en relación a los menores marroquíes, que son los que en mayor número entran en nuestro país, que no existe en el Derecho marroquí una emancipación a la prevista al artículo 19 del CC español. Los varones a partir de doce años tienen capacidad para ganarse la vida, pueden vivir, si el matrimonio de los padres se ha disuelto, con diversos parientes legalmente, pero la autoridad paterna subsiste y de forma acentuada de acuerdo con el sistema fuertemente patriarcal de la sociedad islámica.

integración social, que señala que *se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. 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 un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.* Si bien no contamos con datos oficiales, de las conversaciones mantenidas con los profesionales de las distintas Comunidades Autónomas se infiere que es muy habitual que los menores inmigrantes no acompañados pasen meses y, a veces, años, ingresados en centro, bajo lo que en algunos casos se denomina atención inmediata, pero sin ningún tipo de medida. Esto es, el menor permanece en el centro de protección sin representante legal ni nadie que lo pueda auxiliar en cualquier actuación civil o laboral y sin que se les tramite por tanto la residencia ni la nacionalidad. El artículo 10.4 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, ordena que *una vez constituida la guarda o tutela a que se refiere el apartado anterior de este artículo, la Administración pública competente facilite a los menores extranjeros la documentación acreditativa de su situación, en los términos que reglamentariamente se determinen*⁵³¹. En tanto no se haya asumido formalmente la protección del menor, no procederá documentarlo, por lo que habrá que esperar a que se tome la medida de desamparo, con detrimento de sus derechos, cuando esa situación se prolonga. En Cataluña, se opta por ingresar al menor en un centro y comunicar al Ministerio Fiscal la situación de guarda de hecho que se mantiene sobre el menor, no procediendo a desampararlo hasta que se tenga constancia de que el menor va a permanecer en el centro, momento en que se dicta la resolución de desamparo. Sin embargo sí se realizan actuaciones de cara a regularizar su residencia desde un primer momento, según nos informan técnicos que trabajan estos casos, ya que la Subdelegación de Gobierno equipara esta «guarda de hecho» a un desamparo como tal, ya que el menor está bajo la protección de hecho de la Entidad pública.

Y, por lo que respecta a la obtención de la nacionalidad española, también se plantean problemas que atentan contra la seguridad jurídica de los menores inmigrantes no acompañados. El artículo 22 del Código Civil (Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad), dispone que *bastará el tiempo de residencia de un año para la concesión de la nacionalidad por residencia, el que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuara en esta situación en el momento de la solicitud.* El hecho de que en tanto se solicita información sobre la familia del menor a su país de origen, a fin de estudiar la reagrupación familiar, éste pueda no estar bajo la figura de guarda o desamparo legal, juega

531. La Resolución del Consejo 97/C 221/03, de 26 de junio 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros., relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros –DOCE C 221 (97)–, señala que para su aplicación, *los Estados miembros deberían encargarse lo antes posible de que el menor esté debidamente representado por: a) un tutor legal, o b) una organización (nacional) encargada del cuidado y del bienestar de los menores de edad, o bien c) otro tipo adecuado de representación.*

en su contra, más si tomamos en consideración que la mayoría de los menores que llegan a España son adolescentes próximos a la mayoría de edad. Es obligación de la Entidad Pública poner todos los medios posibles para que, en caso de que el menor permanezca ingresado en un centro de protección por períodos superiores a los dos años, se les tramite la nacionalidad española. Sería cuestionable si el período de dos años se podría empezar a contar desde que se asume la guarda en centro de protección, mediante guarda de hecho o guarda provisional, o si el Código Civil está haciendo mención a la guarda asumida por la declaración de desamparo. Sería necesario aunar criterios: de un lado tenemos el momento de la puesta a disposición a que hace referencia la legislación de extranjería, que de hecho coincide con el de la atención inmediata a través del ingreso en centro de protección, de otro el de la declaración de desamparo y de la guarda a la que alude el artículo 22 del Código Civil⁵³².

Respecto de la naturaleza jurídica de la situación en que se encuentran los menores inmigrantes en tanto no se dicta resolución de desamparo, sería posible considerar la misma como un supuesto especial de guarda de hecho, ya que el menor es atendido y está bajo la guarda de la Administración, pero no se ha producido resolución alguna, ni judicial ni administrativa, en este sentido. Y es más, en los casos en que menores son ingresados directamente en los Centros de Protección, tras una intervención policial y, en ocasiones, sin la intervención siquiera del Ministerio Fiscal, incluso se podría cuestionar si estamos ante guardas de hecho producidas por la vía de hecho, ya que no se han respetado los procedimientos establecidos para la asunción de la guarda de menores⁵³³.

Además, no dispone ninguna legislación autonómica cuál es el plazo de duración en que puede permanecer un menor en esta situación, denominada de atención inmediata (en centro de protección), sin que se haya adoptado medida de guarda o desamparo⁵³⁴. Si el menor permanece bajo la custodia de la administra-

532. Hemos consultado directamente con profesionales de la Dirección General de Registro y Notarías y no existe en la actualidad instrucción alguna ni resolución que nos pueda dar luz sobre esta cuestión.

533. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., en «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo», *Revista del Poder Judicial*, núm. 60, Madrid, 2000, cit., pg. 286, estudia este supuesto. En nuestra práctica profesional hemos podido observar supuestos de menores, en que tras una intervención policial por malos tratos o abandono, la policía traslada al menor a un centro de protección, donde permanece ingresado hasta que se decide su desamparo o bien es reintegrado a sus padres o tutores.

534. Los criterios de actuación con estos menores, vienen marcados en los últimos años en función del número de menores que van entrando en nuestro país, lo cual ha sido objeto de crítica, ya que como señala MURILLAS ESCUDERO, J. M., en «Menores inmigrantes: aspectos jurídicos», Aranzadi, Pamplona, 2003, cit., pg. 7 (BIB 2003, 12), conforme al mandato imperativo de la Ley del Menor, la Administración, ni estatal ni autonómica, podrá justificar una desatención a los menores extranjeros no acompañados argumentando falta de medios y recursos alegando el contingente de menores que tiene que atender en un momento determinado. ARCE JIMÉNEZ, E., en «Los menores extranjeros en situación de desamparo», ob. cit., pg. 78 señala gráficamente que a los menores no se les puede mantener en un «limbo jurídico», amparándose en la descoordinación de las Administraciones justificada en averiguar la situación familiar del menor, unido a la picaresca del propio menor que oculta su identidad al sentirse amenazado con el retorno a su país.

ción, tras ordenar el Fiscal, conforme al mencionado artículo 35.2 de la LO 8/2000, la puesta a disposición, siendo el director del centro el que ejerce la misma, y sin haber declaración de desamparo, nos tenemos que preguntar bajo qué figura de protección está el menor. No existe tutela legal ni administrativa porque no se ha constituido y tampoco se ha dictado resolución de guarda. Puede que nos encontremos ante un nuevo tipo de guarda, asumida por orden del Ministerio Fiscal, sin que se pueda encuadrar en los supuestos tradicionales de la guarda. Lo cierto es que la Entidad Pública, a través del director del centro, tendrá que asumir la tarea de velar por el menor, cuidarlo y proporcionarle la educación adecuada⁵³⁵. El criterio de asumir la tutela de forma automática e inmediata, no obstante, choca frontalmente con el hecho de que estos menores, en muchos casos, no tienen expectativas de quedarse ingresados en un centro de protección, por lo que, a veces, no pasan más de unos días en el centro. El problema, en ese caso, sería más bien determinar si el menor quiere dejar que lo protejan (puede estar simplemente de paso, en su proyecto migratorio hacia otra ciudad o Estado), ya que el procedimiento de desamparo, como indicaremos más adelante, se instruye en unos plazos, y es más que probable que en muchos casos tras dictar el acuerdo de inicio del procedimiento, se le dé fin porque el menor se ha fugado del centro.

La exposición realizada destaca que la inseguridad jurídica en el apartado del sistema de protección relativo a los menores no acompañados es muy elevada,

535. La situación expuesta sobre la declaración de desamparo de los menores inmigrantes está siendo objeto de revisión de forma continua. Así la Instrucción de la Fiscalía 3/2003, de 23 de octubre, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurre la situación jurídica de desamparo (http://www.fiscal.es/fiscal/public/!ut/p/_s.7_0_A/7_0_9J/.cmd/ad/.ar/sa.spf_ActionListener/.c/6_2_6G/.ce/7_1_2BE/.p/5_1_1UU/.d/2/_th/J_2_9K/_s.7_0_A/7_0_9J?PC_7_1_2BE_spf_strutsAction=%212factionManager.do%213fCS_Param%3Dcid%253D1101371756013%2526pagename%253DPortalFiscal%25252FPage%25252FwpsPortalFiscal_2003PFTpl_xml%252526docid%253D1101371767437%2526c%253DPaginaPF#7_1_2BE), cuya retirada fue instantáneamente solicitada desde las asociaciones de inmigrantes, los partidos de oposición y numerosos colectivos, ordenó a los fiscales que dictaminasen a favor del retorno a su país de origen de los menores extranjeros mayores de 16 años que acceden de forma irregular a España, sin que se pueda dictar sobre ellos una orden de desamparo que les haga permanecer en España bajo tutela de la administración correspondiente. El texto, señalaba que los extranjeros mayores de 16 años que viven independientes de sus padres, y con el consentimiento de éstos, tienen capacidad para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad. A su vez, recalca que en tales casos no será procedente entender que concurre situación jurídica de desamparo, aplicándose el régimen jurídico de repatriación. Además, con el fin de despejar dudas sobre si estos menores están o no emancipados de sus padres, la instrucción señalaba que «respecto de aquellos que pretenden la entrada clandestina sin estar acompañados de sus padres, no cabe imaginar otra prueba más notoria de vida independiente que ésta». La Instrucción 6/2004, 26 de noviembre de 2004, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados (http://www.fiscal.es/fiscal/public/!ut/p/_s.7_0_A/7_0_9J/.cmd/ad/.ar/sa.spf_ActionListener/.c/6_2_6G/.ce/7_1_2BE/.p/5_1_1UU/.d/3/_th/J_2_9K/_s.7_0_A/7_0_9J?PC_7_1_2BE_spf_strutsAction=%212factionManager.do%213fCS_Param%3Dcid%253D1101371756020%2526pagename%253DPortalFiscal%25252FPage%25252FwpsPortalFiscal_2004PFTpl_xml%2526docid%253D1108371631753%2526c%253DPaginaPF#7_1_2BE) ha cambiado sustancialmente este criterio ya que dispone que *se puede establecer con carácter general la presunción «iuris tantum» de que es menor todo extranjero que no haya cumplido aún los dieciocho años, así como que en tanto no se pueda acreditar fehacientemente la emancipación del extranjero menor de dieciocho años conforme a su Ley Personal, habrá que reputarlo como menor a todos los efectos.*

ya que existe una indefinición de su situación jurídica, no existen plazos para la determinación de la misma y, además, se observa un tratamiento desigual en función de la fluctuación numérica de la llegada de menores y de la Comunidad Autónoma en que residan.

4. GUARDA

La guarda de menores, sea cual sea la persona o entidad que la realice, supone el ejercicio de parte del contenido del artículo 154.1 del Código Civil, esto es, la guarda es una institución jurídica que tiene por objeto, respecto de los menores, *velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*⁵³⁶. Si bien lo más habitual es que los menores estén bajo la guarda de sus progenitores, sucede en el sistema de protección de menores, que esta función se realiza en muchas ocasiones por otras personas.

El artículo 19 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor señala 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 así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda*. Y el artículo 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, se asumirá la guarda por la Entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda*. Por tanto la Entidad Pública puede asumir la guarda por tres cauces diferentes:

- a) A solicitud de padres o tutores.
- b) Como consecuencia de la declaración de desamparo.
- c) Por orden judicial.

Ha sido ampliamente estudiada por la doctrina esta figura jurídica, por lo que nos detendremos, continuando con el objeto de nuestro estudio, en examinar los puntos de inseguridad jurídica que detectamos en el concepto jurídico y en su aplicación práctica.

4.1. GUARDA A INSTANCIA DE PADRES O TUTORES

Por lo que respecta a la guarda a instancia de los padres o tutores, o guarda voluntaria, podemos incluirla, conforme al concepto de protección que hemos barajado más arriba, entre las medidas de protección dentro de las situaciones de

536. Así se define por ejemplo en el artículo 15 del Decreto 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los Procedimientos Relativos a la Protección de Menores y a la Adopción y se regula el Registro de Protección de la Infancia y Adolescencia de Cantabria; o en el artículo 64 de Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja.

riesgo social⁵³⁷. Ello es así porque, si bien el menor sale de su núcleo familiar, no existe suspensión de la patria potestad y no requiere la asunción de tutela por parte de la Administración, *ex* artículo 17 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor⁵³⁸.

A través del análisis comparado de la legislación de las Comunidades Autónomas y del Código Civil, nos centraremos en el estudio de la seguridad jurídica de esta figura en los siguientes aspectos: los solicitantes de la guarda; forma de ejercicio; el procedimiento administrativo, plazos y los efectos de la falta de resolución; y, por último, las causas de la guarda, repercusión del gasto y la guarda de urgencia.

1.—Solicitantes. La primera cuestión que puede suscitar dudas de interpretación en esta modalidad de guarda es la relativa a las personas que pueden solicitarla. Alude el Código Civil únicamente a padres o tutores, pero en la práctica nos encontramos también con la figura de acogedores (especialmente permanentes y habitualmente bajo el parentesco de abuelos), que pueden necesitar en un momento determinado, por ejemplo por enfermedad, que los menores ingresen temporalmente en un centro de protección⁵³⁹. Dado que no se contempla esta posibilidad, en estos casos se entiende que se debe cesar el acogimiento familiar (en caso de estar constituido) o la guarda de hecho, para constituir el acogimiento residencial, con independencia de que poco tiempo después el menor regrese al domicilio de sus guardadores. Sin embargo en algún caso, la legislación autonómica admite la solicitud de los guardadores⁵⁴⁰.

Se plantea igualmente la posibilidad de que sólo un progenitor solicite la guarda, sin la anuencia del otro. Algunas Comunidades Autónomas han interpretado la redacción del artículo 172.2 admitiendo la guarda de un solo progenitor bajo ciertas circunstancias, lo cual parece más acorde con la realidad: hay situaciones en que uno de los padres se ha desentendido de los menores en meses o años, situación que ha de ser tomada en consideración, con independencia de si además se ha recogido dicha circunstancia en el preceptivo procedimiento judicial regula-

537. Por ejemplo la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares, en su artículo 74.2 contempla la guarda como una situación de riesgo preventiva a fin de que no se produzca el desamparo al señalar que *el órgano competente, una vez constatado el riesgo de desamparo futuro de la persona menor de edad, podrá asumir su guarda durante el tiempo necesario, sin necesidad de incoar expediente alguno de desamparo.*

538. PALMA DEL TESO, A., en *La protección de los menores por las Administraciones Públicas*, ob. cit., pg. 339, se manifiesta igualmente en este sentido.

539. A este respecto el artículo 27.3 de la CNUDN se decanta por la adopción de medidas de este tipo a favor de cualquier persona que sea responsable del niño, al expresar que *los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables del niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.*

540. Así, el artículo 59 Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra, dispone que *cuando los titulares de la patria potestad, tutores o guardadores, así lo soliciten, justificando no poder atenderle por circunstancias graves, una vez se compruebe dicha imposibilidad.*

dor de guarda y custodia de hijos⁵⁴¹. Sin embargo, en otras, se exige siempre el consentimiento de ambos progenitores o resolución judicial que justifique que la puede pedir uno solo⁵⁴². Puesto que la guarda tiene por objeto ayudar a la familia de una forma transitoria, ante ciertas circunstancias, consideramos adecuado que la pueda solicitar un solo progenitor, siempre que previamente se haya intentado oír al otro⁵⁴³. En caso de que formalizada la guarda posteriormente aparezca éste, siempre podrá prestar su consentimiento a la guarda o alegar que lo puede atender, y, que por tanto, no es precisa la figura de la guarda.

Son muchas las ocasiones en que la solicitud de la guarda está motivada por carencias económicas. A ello hay que unir el hecho de que en la actualidad debido al incremento de la inmigración, existen muchas solicitudes de guarda por parte de mujeres inmigrantes⁵⁴⁴. En estos casos, tal como hemos estudiado más arriba, hay que tener en cuenta los problemas derivados de la existencia de un elemento extranjero en la aplicación de las normas en el sistema de protección de menores, así como que los padres comprendan en qué consiste esta figura y qué obligaciones implica. Por parte de la Entidad pública, se debe tomar en consideración las especiales circunstancias en que se encuentran los solicitantes (normalmente suele ser una madre sola, sin trabajo, sin residencia legal). El hecho de que los progenitores carezcan de medios económicos no debiera ser nunca causa, en el Estado de bienestar que propugna nuestra Constitución, para que los menores sean separados de forma definitiva de sus padres. Por ello, la guarda voluntaria resulta ser una alternativa al desamparo, pero temporal, en la medida en que la Administración,

541. El artículo 38.1 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de Andalucía dispone que *el procedimiento podrá iniciarse mediante solicitud conjunta de los padres, cuando ambos compartan la patria potestad de los menores, o a instancia de los tutores. No obstante, en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, o en situaciones de urgente necesidad, bastará la solicitud de uno solo de los progenitores* La Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, en su artículo 70.2, va incluso más allá, al entender suspendida la patria potestad solo de uno de los progenitores, asumiendo únicamente la guarda a solicitud del que esté capacitado para la atención de los menores, al expresar que *cuando el padre y la madre del menor no estuvieren privados de la patria potestad, habrán de presentar su solicitud conjuntamente. Sin embargo, la solicitud de uno de ellos podrá ser suficiente si el otro no pudiere comparecer en el expediente o si, aun haciéndolo y manifestando su oposición, resulte del mismo la imposibilidad de que dicho progenitor pueda proporcionar al menor la necesaria asistencia moral o material.*

542. Como en 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.

543. En nuestra experiencia profesional hemos atendido situaciones en que uno de los progenitores no tiene relación hace años con el menor, o bien se desentiende de él, en ocasiones existiendo resolución judicial sobre guarda y custodia de hijos. Es muy usual que sean las madres las que tienen a los menores consigo, siendo el padre la figura que no atiende al menor y, en ocasiones, ni lo visita.

544. Como señala RIVAS VALLEJO, P., en «Extranjeras y mujeres. La irregularidad en la precariedad. Sin papeles ni derechos», Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 20/2005, Aranzadi, SA, Pamplona. 2006 (BIB 2005, 2701), las posibilidades de estas mujeres a conseguir un trabajo y una situación laboral regular es muy complicada, ya que si algún colectivo se encuentra en situación irregular es el de las mujeres, obligadas a prostituirse en España o a trabajar en una barra de un bar, privadas absolutamente de derechos, no ya como trabajadoras, sino incluso como personas, y si un colectivo resulta marginado, entre los extranjeros en situación irregular, es especialmente el de las mujeres, en cuanto suman a la precariedad nacida de su propia irregularidad la que acompaña al propio trabajo de la mujer.

a la vez que asume la guarda por causas económicas, debe promover un cambio positivo en la familia para procurar el retorno del menor a su hogar. Y sólo cuando de la intervención realizada se demuestre que los padres o tutores no han hecho un uso adecuado de los recursos que se hayan ofrecido, se podrá decretar el desamparo de los menores.

2.—Forma de ejercicio de la guarda. No cabe duda, tras la lectura del Código Civil, que la misma se puede realizar en familia o en centro de protección. Sin embargo, cuando se propone su formalización en familia, esta comunicación a los solicitantes puede dar lugar a que retiren la solicitud de guarda de sus hijos, motivado en muchas ocasiones por el temor de que, de ejercerse de esta forma, no vuelvan los hijos nunca al entorno familiar de origen. Se observa en la legislación cómo se ha priorizado el acogimiento familiar sobre el residencial, con lo cual sí es posible que solicitada una guarda la Administración acuerde que la misma se realizará mediante el acogimiento en familia⁵⁴⁵. En el caso planteado en la Sentencia Audiencia Provincial Navarra de 15 de marzo de 2005 (AC 2005, 393), en que después de estar un tiempo ingresada en un centro de protección una menor tras la solicitud de guarda por parte de sus padres, al proponer el acogimiento familiar a los mismos, éstos no consienten, por lo que se ha de dictar resolución de desamparo y proponer judicialmente el acogimiento⁵⁴⁶.

3.—Procedimiento administrativo de guarda. Algunas Comunidades Autónomas regulan un procedimiento administrativo especial para la guarda de menores. Destaca, respecto de la seguridad jurídica, la diversidad de criterios respecto de los efectos de la falta de resolución y los plazos para resolver; y la posibilidad de declarar el desamparo al solicitar la guarda.

Respecto de la primera cuestión, en alguna regulación autonómica se dan efectos negativos a la falta de resolución expresa en el plazo establecido para la misma, mientras que en otras no se establece disposición alguna al respecto, e, incluso, en algún caso no se alude a silencio sino a caducidad. La Ley 30/1992 de RJAP y del PAC, en su artículo 43 regula el silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud de interesado, por lo que cada Comunidad Autónoma debe establecer los efectos del mismo⁵⁴⁷. Establece que ha de ser una norma con rango

545. Entre otras, la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, en su artículo 62.2, señala que *salvo que otra cosa requiera el interés del menor, el internamiento de los menores en centros residenciales tendrá carácter provisional y será subsidiario del acogimiento familiar*. En el mismo sentido el artículo 34.2 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de Andalucía.

546. El artículo 61.3 de la Ley Foral de Navarra, 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia ha señalado expresamente *que en caso de desacuerdo entre padres o tutores y el órgano competente de la Administración de la Comunidad Foral sobre el ejercicio de la guarda, éste podrá instar a la autoridad judicial la adopción de las medidas que se consideren necesarias para salvaguardar el interés del menor*.

547. Dispone lo siguiente: *1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 de este artículo. 2. Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes*

de Ley la que establezca los mismos, pero observamos que, en general, la legislación autonómica no regula el silencio; y, en ocasiones, las disposiciones sobre guarda se suelen incluir en normas de rango normativo de carácter reglamentario⁵⁴⁸. Si la guarda tiene por objeto prevenir en muchas ocasiones el desamparo, consideramos que siempre ha de haber una contestación a la solicitud en un plazo razonable, para que en caso de que posteriormente se inicie procedimiento de desamparo, quede justificado que se trabajó la situación de riesgo social mediante esta medida de protección, actuando la Entidad pública conforme al principio de proporcionalidad.

En cuanto a la segunda cuestión señalada, hay circunstancias en que los padres o tutores piden la guarda de menores y, sin embargo, se declara el desamparo de los mismos, estando previsto de forma expresa que se haga así en alguna legislación autonómica. Estimamos que siempre que los padres sean informados sobre la figura jurídica de guarda, en el momento de presentar la solicitud, su contenido y consecuencias, y se de trámite de audiencia en que se ofrezca la oportunidad de defensa ante la posible resolución de desamparo, no debemos pensar que podríamos encontrarnos en situaciones de inseguridad jurídica por este motivo. La razón de que se actúe de este modo no es otra que durante la instrucción del procedimiento de guarda, investigados los motivos que dan lugar a dicha solicitud, se observe que concurren las circunstancias del artículo 172.1 del Código Civil, por lo que haya que dictar desamparo. Podría pensarse que en este caso se haya vulnerado el principio de buena fe de los solicitantes, pero ello no es así ya que si al realizar una solicitud voluntaria, lo que se esconde es un incumplimiento de las funciones inherentes a la patria potestad por parte de los que atienden al menor, es probable que exista situación de desamparo. Igualmente puede suceder que una vez que el menor está bajo la guarda de la Administración, se declare el desamparo del mismo porque los padres incumplan con sus obligaciones (dejen de visitar al

en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario.

548. El Decreto 58/2002, de 30 de mayo, de Cantabria, por el que se desarrollan los Procedimientos Relativos a la Protección de Menores y a la Adopción y se regula el Registro de Protección de la Infancia y Adolescencia, en su artículo 22 establece plazos y efectos del silencio comunes a todos los procedimientos administrativos de protección, bien sean iniciados de oficio o a solicitud del interesado, apuntando a la caducidad incluso en el caso de la guarda, al señalar: *1. El plazo máximo para resolver y notificar los procedimientos regulados en la presente Sección es de seis meses. 2. Transcurrido este plazo sin que hubiera sido notificada la resolución expresa, se podrá entender caducado el procedimiento de protección y, en los casos de la petición de guarda, desestimada la solicitud.*

La Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, en su artículo 71.1 apunta que *el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa al interesado o interesados que hubieran presentado la solicitud, dará lugar a su desestimación por silencio administrativo.* Entre otros, no establecen los efectos de la falta de resolución, el Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción de Cataluña; el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de Andalucía; la Ley Foral de Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia; la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares.

menor, no realicen las actuaciones necesarias para que el menor se reintegre...) ⁵⁴⁹. En ambos casos, a fin de garantizar la seguridad jurídica, es necesario que se preste audiencia a los padres y se les hayan ofrecido oportunidades, mediante un plan de intervención familiar, para que el retorno se produzca ⁵⁵⁰.

4.—Plazo de duración de la guarda. De la redacción del artículo 172.2 se deduce inmediatamente que la misma ha de ser temporal ⁵⁵¹. Vuelve aquí a plantearse la necesidad de que siempre que se acuerde la guarda de un menor se acompañe a dicho documento un plan de intervención para la reintegración del menor, ya que si no se cumplen los objetivos y los plazos del mismo, es probable que haya que tomar medidas de protección que den mayor seguridad y estabilidad al menor. No importa tanto cuán largos sean esos plazos, como el hecho de que quede acreditado si los padres o tutores pusieron o no todos los medios a su alcance para intentar el retorno del menor. El Código Civil, en su artículo 172.2 únicamente hace mención a 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 por la Administración. Sin embargo la realidad es que para que se produzca la efectiva reintegración del menor, no se trata simplemente de que los padres visiten a sus hijos o mantengan cierto grado de responsabilidad, sino que además han de demostrar que están haciendo todo lo posible por cumplir con los objetivos que se marquen en el plan de reintegración (normalmente sobre cuestiones como trabajo, hogar, rehabilitación de toxicomanías...).

5.—Repercusión del gasto de la guarda. Si bien hemos hablado de causas de penuria económica como motivo para asumir la guarda, también es cierto que existen circunstancias graves que precisan del auxilio de la Administración, en que los padres o tutores sí tienen medios económicos suficientes para hacer frente de los gastos derivados de la guarda. Sólo algunas legislaciones autonómicas han recogido esta posibilidad. Consideramos acertado que así sea puesto que en el caso de

549. El Auto del Tribunal Constitucional de 25 de mayo de 1992 [137/1992 (AUTO)], examina el recurso de amparo interpuesto por la madre biológica de unos menores, que tras solicitar la guarda de los mismos, al no poderse reintegrar posteriormente con ella, se acordó el desamparo y su acogimiento familiar. En este caso, cuando la Entidad pública da por finalizado el plazo para la guarda, al continuar los padres sin poder atender a sus hijos, se acuerda que pasen a convivir con una familia, momento en que los padres se oponen a la resolución de la administración. Sin embargo, al resolver el recurso de amparo el Tribunal Constitucional estima que no procede el amparo ya que en las decisiones administrativas y judiciales se motivaron adecuadamente y conforme a la legalidad vigente que existían causas suficientes para la declaración de desamparo. Señala que *la motivación judicial que en este supuesto existe y es detallada y extensa, interpreta la normativa vigente de forma que decide, con base en la misma, confirmar jurídicamente el acogimiento de los menores reclamados, el mantenimiento de su situación legal de desamparo y la denegación de la reclamación formulada por los padres naturales, y todo ello satisface el contenido esencial del derecho a obtener tutela judicial, aunque no satisfaga las pretensiones de los actores.*

550. Así lo señalan, por ejemplo, el artículo 34 de Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha o el 39.2 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de Andalucía.

551. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., la define en «El desamparo y la tutela automática...», ob. cit., pg. 60, como una medida de protección de carácter temporal por excelencia.

los menores adolescentes o de menores con problemas como minusvalías, se presentan situaciones en que los padres piden la guarda con una motivación diferente de la falta de medios económicos, con lo cual se puede pedir, cuando proceda, cuenta por los gastos generados como consecuencia del ejercicio de la guarda, bien sea en centro de protección o en familia⁵⁵².

6.-Guarda de urgencia. Aunque lo habitual es resolver la guarda tras la instrucción del procedimiento, ocurre en ciertas circunstancias que se precisa el ingreso inminente del menor en un centro. En algunas Comunidades Autónomas esto se solventa dando atención inmediata al menor en centro de protección, sin que la guarda se asuma hasta que se instruya el procedimiento, pero en otras se ha articulado un procedimiento de guarda de urgencia⁵⁵³. La atención inmediata puede solventar la situación si de forma rápida se resuelve el procedimiento de guarda, pero, si el procedimiento se dilata en el tiempo, la alternativa de la guarda de urgencia parece más correcta, ya que queda definida la situación jurídica del menor y la posición de los padres y sus obligaciones.

4.2. GUARDA COMO CONSECUENCIA DEL DESAMPARO

Una vez declarado el desamparo por la Entidad pública, el efecto inmediato es decidir quién va a ejercer la guarda de los menores. Corresponde dicha decisión a la Administración, debiendo concluir, en interés del menor, si se realizará en centro de protección o mediante su ejercicio en familia extensa o ajena. Sin embargo, este esquema, que parece claro *a priori*, plantea inseguridad en cuestiones como los siguientes:

1.-La delegación de la guarda en familia. Como consecuencia de la ejecución del desamparo el menor puede ingresar de forma inmediata en un centro de protección. En ocasiones, existen familiares que pueden hacerse cargo del menor, pero para la salida del menor con los mismos se ha regulado por las Comunidades Autónomas, un procedimiento especial para la valoración de idoneidad de las fami-

552. El artículo 19 del Decreto 121/1988, de 23 de noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor de la Comunidad de Madrid señala que *todas las guardas de menores asumidas por la Comisión de Tutela del Menor en virtud de lo dispuesto en el artículo 172.2 del Código Civil, se formalizarán en documento escrito en el que constará al menos: f) Las cantidades económicas con que deban contribuir, en su caso, al coste del ejercicio de la guarda los solicitantes.* Y la Ley Foral Navarra, 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, señala en su artículo 60.9 que *se procurará que los padres se impliquen en la atención a sus hijos y, a tal efecto, aquellos 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.*

553. Así, el artículo 66 Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco señala que *si la Administración pública competente en materia de protección de la infancia y adolescencia estima la urgencia de la asunción de la guarda tras la presentación de la correspondiente solicitud por parte de quienes tengan la patria potestad o la tutela del niño, niña o adolescente, procederá a llevar a cabo el acogimiento, previo cumplimiento del trámite señalado en la letra e del artículo anterior, tras lo cual continuará el procedimiento ordinario establecido en dicho artículo.* En otras Comunidades Autónomas, como Andalucía, no existe esta posibilidad.

lias acogedoras. Ese procedimiento de valoración de idoneidad requiere una tramitación burocrática y entrevistas a la familia, que de un lado suponen una garantía para el menor de que se trata de un núcleo familiar adecuado a sus necesidades, pero, por otro, puede ser un motivo de dilación en el tiempo para que el menor se vaya con la familia, permaneciendo en tanto se dicta resolución de idoneidad, en ocasiones, ingresado en centro de protección⁵⁵⁴. Por tanto, la demora excesiva de los plazos en dictar las resoluciones de idoneidad pueden devenir en causa de inseguridad jurídica para los menores.

2.—Delegación de la guarda en uno de los progenitores. Los procedimientos sobre menores se caracterizan por su flexibilidad. Al considerar la forma de delegación de la guarda no debemos olvidar que la situación que inicialmente puede dar lugar a declarar de forma provisional un desamparo, posteriormente ha de ser ratificada, y, además, el desamparo se dicta en el marco de un procedimiento que desde que se inicia hasta que se termina puede durar hasta seis meses. Y una vez declarado el desamparo, habrá que ejercer la guarda de la forma que más convenga al interés del menor.

Por ello, existen situaciones, en que una vez declarado el desamparo de urgencia, o una vez ratificado el desamparo, si bien uno de los progenitores no está capacitado para ejercer la guarda, ya que continúan existiendo las causas que dieron lugar al desamparo respecto del mismo, el otro sí puede, aunque sea bajo supervisión, reanudar la convivencia (por ejemplo los progenitores ya no conviven juntos y uno de los dos ha iniciado un proceso de deshabitación a drogas; o el progenitor que está capacitado, vive en otro domicilio, y puede tener conocimiento de la situación de desamparo una vez que el menor ha sido ingresado en centro de protección).

Aunque resulta preciso en estos casos informar a aquel que se encuentra capacitado, a fin de que acuda al Juzgado y solicite la guarda y custodia de su hijo, en tanto dicha resolución judicial tiene lugar puede transcurrir un tiempo en que el menor ha de salir del entorno en que se encuentra desamparado o evitar el internamiento en centro de protección. En principio, el Juzgado no podrá decidir sobre la guarda y custodia de hijos, en tanto subsista la declaración de desamparo y de otro, la Entidad pública no puede revocar el desamparo porque no tiene competencia para decidir qué progenitor ejercerá la guarda.

554. En el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el Decreto 282/2002, de Acogimiento Familiar y Adopción, en el artículo 40.3 se ha regulado, incluso, un acogimiento temporal, que se realiza previamente al acogimiento simple o permanente, a fin de agilizar el acogimiento familiar aún sin la declaración de idoneidad. En las entrevistas mantenidas con profesionales que realizan valoraciones de idoneidad se observa que se produce una gran dilación desde la fecha en que la familia se ofrece para el acogimiento de un menor, para el ejercicio de su guarda hasta que se dicta la resolución de idoneidad para el acogimiento. La tardanza en dictar la resolución de idoneidad deriva del hecho del cúmulo de expedientes con que trabaja la Administración y los escasos medios personales con que cuenta para resolver las solicitudes de idoneidad.

IV. Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo,...

Debemos cuestionar, sin embargo, si estando declarado el desamparo, y teniendo el mismo los efectos suspensivos de la patria potestad, puede la Entidad pública delegar la patria potestad a uno de los progenitores, en detrimento del otro. Observamos que esta opción se contempla en alguna jurisprudencia, especialmente en Cataluña, así en Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de febrero de 2004 (JUR 2004, 92557), que considera que la madre debe ostentar la guarda y custodia, con visitas del padre, pero manteniendo la tutela por parte de la Entidad pública; o en la Sentencia Audiencia Provincial Barcelona de 21 octubre de 2004 (JUR 2004, 306598)⁵⁵⁵.

Igualmente hay que cuestionar si esa delegación de la guarda en uno solo de los progenitores la puede otorgar un Juzgado en procedimiento de guarda y custodia estando vigente la medida de desamparo. Es oscilante la doctrina en este sentido: así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 9 de febrero de 2004 (JUR 2004, 82199), afirma que en tanto las resoluciones administrativas quedan bajo la salvaguardia de los Tribunales, y en aplicación del artículo 158 del Código Civil, siendo el desamparo una medida provisional, el Juzgado se puede pronunciar sobre la guarda y custodia aun existiendo resolución de desamparo. A contrario, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 12 de diciembre de 2004 (JUR 2004, 92539) se pronuncia en el sentido de que tras la declaración de desamparo, la patria potestad queda suspendida y mientras se mantenga esta situación no cabe pronunciarse sobre la guarda y custodia. Igualmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de febrero de 2004 (JUR 2004, 92539), señala *los padres de J. tienen suspendida la patria potestad y mientras esa situación se mantenga no cabe pronunciarse sobre la guarda y custodia de la menor que compete a la Entidad Pública.*⁵⁵⁶.

555. En dicho fallo se señala que *la resolución que se recurre se limita, como no podía ser de otro modo, a declarar la obligación del padre contribuir a cubrir los gastos y necesidades del hijo mediante el abono de una pensión de alimentos en cuantía de 150 euros mensuales y decimos que no podría ser de otro modo por cuanto consta en autos que en fecha 15 de julio de 2003 se dictó por la Direcció General d'Atenció a la Infancia, resolució apreciado la situació de desamparo del menor A., nacido el 18 de mayo de 1997, asumiendo la administració las funciones tutelares sobre dicho menor, suspendiendo la potestad de los padres y constituyendo como medida de protección la atención en la propia familia delegando la guarda del menor a su madre. Apunta que mientras permanezca el menor bajo la tutela de la administració, a quien compete establecer la medida más adecuada para su protección, tanto en lo que se refiere a la guarda del mismo, como a las visitas y al régimen de comunicació del hijo con los padres, es exclusivamente al organismo administrativo y sólo a través del oportuno procedimiento de oposición a la resolución administrativa podrá el padre o madre plantear cuantas cuestiones se refieran a la corrección o no de la medida adoptada o al cumplimiento de la misma.*

556. Apunta igualmente que *la resolución de la oposición al desamparo ha de ser previa a la resolución de otorgar la guarda y custodia a uno de los progenitores la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Barcelona.* En el mismo sentido se pronuncian la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 3 de noviembre de 2003 (JUR 2004, 26690) y Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 23 de mayo de 2004 (JUR 2004, 236539). Y asimismo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 marzo 2000 (AC 2000, 4574) señala que *en cualquier caso la tutela pública confiere a la Entidad Pública protectora el ejercicio de las mismas facultades que entraña la potestad paterna a la que viene a sustituir (...), entre ellas la custodia, mientras no sea reintegrado el menor –a través del procedimiento propio de la legislación protectora– a la potestad del progenitor en cuestión; y que esas facultades son excluyentes incluso del progenitor ajeno a la concreta situación de desamparo. Por ello, salvo una resolución de la DGAI que dejara sin efecto el desamparo o las medidas de protección y reintegrara al padre la posibilidad de ejercerlas a título de*

En todos estos casos, en que se ha dictado medida de desamparo, es conveniente que el progenitor que está capacitado para ejercer la guarda solicite del Juzgado de Primera Instancia correspondiente, que se le otorgue la guarda y custodia, ya que sólo el Juzgado tiene competencia para decidir que un progenitor puede ejercer la guarda custodia. Sin embargo, a fin de evitar que por parte del Juzgado se esgrima el argumento de que no puede decidir por estar vigente el desamparo, cuando la Entidad pública estime que uno de los progenitores sí puede ejercer correctamente la patria potestad puede actuar de la siguiente forma:

- Revocar el desamparo, pero los efectos de la resolución quedan demorados hasta la fecha en que se dicte resolución judicial⁵⁵⁷.
- Delegar la guarda, en el mismo acto, en el progenitor que se encuentra capacitado para ejercer correctamente la misma.
- Comunicar al Juzgado en que se sigue el procedimiento de guarda y custodia, la intervención efectuada.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su artículo 65, sí prevé expresamente la posibilidad de que se suspenda la patria potestad respecto de uno de los progenitores⁵⁵⁸. Y la legislación catalana, ofrece como alternativa que se declare el desamparo pero se dé la guarda a uno de los padres⁵⁵⁹. Bien es cierto que también se puede dictar por el Juzgado una medida del artículo 158.4 del Código Civil y resolver que el menor pase a estar bajo la protección del progenitor que esté capacitado, pero estas medidas, según nuestra experiencia profesional suelen tardar mucho tiempo en dictarse⁵⁶⁰. Luego debemos cuestionar si en estos casos la redacción del artículo

potestad ordinaria, no cabe una atribución de una custodia, en vía civil, que carecería de toda legalidad y en cualquier caso de eficacia al resultar por el momento plenamente vigente y efectiva la tutela pública sobre O. Por ello procede la revocación parcial de dicha sentencia en cuanto a este pronunciamiento concreto.

557. El artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, señala que *la eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto.*
558. En los términos que está redactado se puede considerar que lo que se hace es dar al Juez la potestad de dictar una resolución de efectos similares al desamparo de la Administración, con la única diferencia de que la guarda y custodia se le atribuye al otro progenitor. Señala: *el Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera.*
559. El Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción, en su artículo 14 dispone que *los equipos técnicos priorizarán la medida de protección de atención a la propia familia cuando se prevea que la situación de desamparo, puede ser modificable mediante la acción de las intervenciones técnicas adecuadas.*
560. En Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 20 junio 2001 (JUR 2001, 285955), se hace referencia a medida cautelar dictada por el Juzgado de Primera Instancia en que, en tanto se resuelve la oposición al desamparo, se acuerda por el propio Juzgado que la guarda se otorgue a la madre, evitando así la institucionalización del menor. No contamos con datos estadísticos sobre el tiempo que suelen tardar los Juzgados en resolver las medidas del artículo 158, pero la experiencia profesional y el intercambio con otros profesionales, nos indica que es muy variable en función del Juzgado que se trate, pero pueden tardar meses en pronunciarse al respecto, lo cual no proporciona agilidad ni seguridad jurídica.

172.2, al mencionar una suspensión, sin aclarar los aspectos mencionados, ofrece una solución como garantía para la protección del menor.

4.3. GUARDA POR ORDEN JUDICIAL

La guarda por orden judicial puede tener lugar tanto en el ámbito de reforma juvenil como en protección, siendo a su vez ésta constituida en procedimientos civiles como penales. Su regulación legal la encontramos en el artículo 172.2 del Código Civil que señala que *se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda*. Igualmente por las legislaciones autonómicas se regula esta forma de guarda, de forma más o menos amplia⁵⁶¹.

Se configura, como veremos a continuación, desde el ámbito jurisdiccional, como una medida sumamente abierta, que tiene por objeto último apartar al menor de cualquier perjuicio, sean cuales sean las circunstancias, siempre que el Juez lo estime oportuno. La aplicación de esta medida judicial se da en los siguientes supuestos⁵⁶²:

a) En cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores. Esta forma de guarda, sin embargo tiene poca aplicación práctica, ya que resulta complicado en la práctica encontrar familias dispuestas a asumir el cuidado de estos menores⁵⁶³.

b) Intervención de la Entidad pública en casos de crisis familiar⁵⁶⁴. En ocasiones, cuando se produce una crisis familiar, el conflicto de intereses llega a tal punto que puede afectar seriamente los intereses de los hijos de la pareja, víctima de las

561. Nos llama especialmente la atención el artículo 62 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, que a diferencia de otras legislaciones autonómicas, define de forma muy explícita las causas que pueden dar lugar a la guarda por la Entidad pública ante una intervención judicial, al exponer las siguientes: *La Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja asumirá la guarda de los menores en los casos siguientes: 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.*

562. Además de los supuestos aquí referidos ya hemos aludido al caso especial de guarda por orden judicial de menores adolescentes. En estos casos resulta preciso que se de audiencia a la Entidad pública tal como expresa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 19 de septiembre de 2007 (no disponible aún en bases de datos documentales, hemos tenido acceso en nuestra práctica profesional), en que se declara la nulidad de la resolución judicial por no haber oído a la Entidad pública en el procedimiento.

563. En entrevista mantenida con profesionales encargados de la ejecución de medidas en la Comunidad Autónoma de Andalucía, afirman que esta medida prácticamente no se utiliza.

564. El artículo 7 señala entre las medidas, en su apartado j) *la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquella en su proceso de socialización*. Esta cuestión es tratada de forma amplia por MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., en «El desamparo de menores», ob. cit., pgs. 33 y ss.

acusaciones cruzadas de ambos progenitores. En principio estas situaciones se han de resolver en sede judicial, pero puede ocurrir que alguno de los padres acuda a los servicios de protección de menores con diversas reivindicaciones, normalmente con el argumento de que su pareja tiene otorgada la custodia del menor y lo maltrata o arguyendo que su pareja está incurso en cualquiera de las causas de desamparo.

La declaración de desamparo no es la vía jurídica para la resolución del conflicto cuando uno de los progenitores es capaz de proteger y el otro no, dado que el desamparo se dicta y afecta igualmente a ambos progenitores⁵⁶⁵. Además, no es competencia de la Entidad pública decidir qué progenitor debe ejercer la guarda y custodia en detrimento del otro, ya que ésta es una función jurisdiccional, por lo que descartada la intervención a través de la vía del desamparo, la Entidad Pública puede actuar de la siguiente forma:

– Si la pareja tiene resolución judicial sobre guarda y custodia o convenio regulador de relaciones familiares, se pueden realizar las siguientes intervenciones:

- Informar a la persona que solicita asesoramiento, de que ha de dirigirse al Juzgado de Primera Instancia, a manifestar lo que tenga por conveniente, solicitando al Juez que se le otorgue la guarda y custodia⁵⁶⁶. En todo caso, el Juez puede acudir a la aplicación del artículo 103.1 del Código Civil, que

565. En Francia, respecto de los efectos de la medida de asistencia educativa, el Código Civil francés, en el artículo 375-7, apunta que *los padres cuyo hijo hubiera dado lugar a una medida de asistencia educativa, conservarán sobre él su patria potestad y ejercerán todos los atributos que no sean incompatibles con la aplicación de la medida*. Y en el artículo 375-3 si contempla la posibilidad, al tomar medida de asistencia educativa, de que se confie directamente la guarda al otro progenitor que no lo ha atendido hasta ese momento, al disponer que *si fuera necesario apartar al hijo de su entorno actual, el juez podrá decidir confiarlo:*

1º A aquél de sus padres que no haya ejercido la patria potestad o en cuya vivienda no tenga su residencia habitual; 2º A otro miembro de la familia o a un tercero digno de confianza; 3º A un servicio o a un establecimiento sanitario o educativo, normal o especializado; 4º (Ley núm. 89-487 de 10 de julio de 1989 artículo 11 Diario Oficial de 14 de julio de 1989) A un servicio departamental de ayuda social a la infancia.

566. En el supuesto que se examina a continuación, expuesto en entrevista por una trabajadora social se observa cómo la Entidad Pública puede quedar involucrada en el establecimiento de guarda y custodia de hijos en el ámbito de una crisis familiar: al servicio de protección de menores llega un parte de esencia hospitalario, en que se describe que una menor de 4 años de edad ha sido tratada por diversos moratones. Con esta única información, se procede a citar a ambos progenitores. El padre relata que tiene 23 denuncias interpuestas a su mujer por incumplimiento de régimen de visitas, estipulado por el Juzgado. La menor padece alergia a la leche de vaca y la madre acusa al padre de dar derivados de la leche a la menor en varias ocasiones, por lo que lo ha denunciado y no le ha permitido en muchas ocasiones ver a la menor. La madre justifica los hematomas de la niña por una caída. Se observa la posible existencia de un síndrome de *Munchausen*, por parte de la madre, ya que lleva continuamente a la niña al médico y la trata como a una enferma. No se observa una situación encuadrable en los supuestos de desamparo, se debe orientar a los padres para que soliciten al juez lo que estimen por conveniente, pero al existir una situación de riesgo para la menor, en tanto está siendo víctima de las acusaciones cruzadas de los padres, se puede comunicar la situación a la Fiscalía de menores, para que, en su caso, intervenga solicitando al Juez la atribución de la guarda y custodia a otras personas o a la Entidad pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 103.1 del CC.

IV. *Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo,...*

apunta a la guarda en la Entidad Pública como último recurso, y menos beneficioso para el menor⁵⁶⁷.

- En caso de que la situación fuera de maltrato y el denunciante solicite que se le otorgue la guarda, se puede informar de la existencia de Juzgados de Instrucción, en su caso en guardia, donde se puede pedir de forma inmediata cualquier medida a favor del menor. Cuando existe una situación urgente de intervención derivada normalmente de un maltrato, la intervención policial y judicial está garantizada por el artículo 158.4 y 172.2 del Código Civil que permiten al Juez adoptar cualquier medida en cualquier proceso civil o penal, incluido el ingreso en centro de protección o la guarda en familia, así como por el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵⁶⁸. Si en estos casos es el Juez el que protege al menor, la actividad de la Entidad pública se reducirá a ejercer la guarda. Cuestión distinta es que, posteriormente, no existiendo persona física alguna que pueda ejercer la tutela, sea preciso que la misma sea ejercida por la Entidad pública, o bien, concurriendo las circunstancias que puedan dar lugar al desamparo, el mismo sea decretado.
- Igualmente se puede poner en conocimiento del Ministerio Fiscal para que actúe en beneficio del menor.
- La Entidad Pública asimismo puede informar al Juzgado, en el procedimiento de guarda y custodia de la necesidad de dictar medidas urgentes por la vía del artículo 158.

Nos encontramos, por tanto, con la competencia civil en el proceso de declaración de guarda y custodia, y en su caso, con la competencia de los Juzgados de Instrucción, si existe maltrato denunciado, en ambos casos con capacidad suficiente para dar la protección que precisa el menor.

– Si la pareja carece de convenio regulador, o no han iniciado los trámites para la regulación de la guarda y custodia del menor se le debe aconsejar que acuda al Juzgado a solicitarlo, pidiendo, en su caso, las medidas cautelares que estime oportunas, e incluso la aplicación del artículo 103 del Código Civil. Observamos cómo en ocasiones, se alude a la aplicación de este artículo no sólo en medidas provisionales, sino también en medidas definitivas, con relación al artículo 92 del Código Civil, así como en procesos de modificación de medidas y en procedimientos sobre guarda iniciados por familiares u otras personas⁵⁶⁹.

567. Señala 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, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.*

568. Apunta que *se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 tercero de esta Ley.*

569. Sobre la aplicación del artículo 103 como medida alternativa al desamparo, se pronuncia MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., en «El desamparo de menores», ob. cit., pg.78.

– Igualmente pueden existir otras alternativas familiares o ser necesaria la protección mediante la guarda en centro de protección ante situaciones de crisis familiar. Existen casos en que a la Administración llega información de situaciones que pueden ser causa de desamparo, estando a la vez iniciado un procedimiento de separación o divorcio, así como la solicitud de familiares pidiendo la intervención administrativa mediante la figura del acogimiento. En cuanto a la protección del menor, dependiendo de la urgencia de la situación, debe actuar la Administración desamparando o el Juez ordenando la guarda en la Entidad pública o en otros familiares que puedan atender al menor. Consideramos que quien esté mejor posicionado respecto del conocimiento del caso, por la información y el tiempo que lleve trabajando la situación, debe proceder a proteger, separando al menor de los progenitores. No existen normas sobre competencia a este respecto, pero a fin de evitar la inseguridad jurídica, la instancia que decida debe comunicar su resolución, a fin de evitar decisiones contradictorias.

Por lo que respecta a la confluencia de la solicitud de acogimiento de un familiar ante la Administración y un procedimiento sobre atribución de guarda y custodia ante el Juzgado, siempre que no exista consentimiento de los padres, resulta más ágil la constitución de la guarda judicial en el marco del mismo procedimiento de separación o divorcio o de guarda y custodia con base al artículo 103 del Código Civil (evitando otro procedimiento a instancias de la Administración para la constitución del acogimiento). Por tanto, este artículo supone igualmente la posibilidad de contemplar esta medida judicial como una alternativa a la constitución del acogimiento judicial a instancias de la Entidad pública.

c) Como determinación adoptada dentro un proceso penal, en aplicación igualmente del artículo 158 del Código Civil, que señala que *el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 4. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria*⁵⁷⁰. Si bien este artículo se usa en múltiples supuestos (con relación a la ejecución de regímenes de relaciones personales, menores con problemas psiquiátricos, protección por razones de orden público...), nos interesa especialmente en nuestro estudio, el uso del mismo con

570. El artículo 158 de Código Civil fue introducido en el mismo a raíz de la reforma realizada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. En la primera redacción se contemplaba la posibilidad de que el Juez dictara medidas con relación a alimentos y necesidades futuras del hijo; disposiciones para evitar perturbaciones en casos de cambio de titularidad de la guarda y en general las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Posteriormente la LO 1/1996 introdujo la novedad de que todas estas medidas, ya no cautelares, sino convenientes, se pueden adoptar dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Por último la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores, ha introducido un nuevo párrafo sobre sustracción de los hijos menores, y ha desplazado el contenido del apartado 3º al párrafo 4º.

relación a la medida de desamparo, y especialmente en situaciones de violencia intrafamiliar, en cuanto a la aplicación de la medida de guarda judicial⁵⁷¹.

La violencia se desarrolla habitualmente de forma progresiva y no siempre es detectada a tiempo⁵⁷². Podemos distinguir entre violencia denunciada (por la víctima o por personas de su entorno) y violencia no denunciada. Partimos de esta distinción porque aunque los menores han de ser protegidos de todo tipo de violencia, en tanto la misma no ha sido detectada, o lo es, pero en grados leves (en que intervienen otros instrumentos de prevención en situaciones normalmente de riesgo social), cuando la violencia alcanza grados incluidos dentro de la tipología penal, resulta preciso dilucidar a qué instancia corresponde en primer lugar proteger al menor. En los casos de violencia intrafamiliar, podemos diferenciar entre violencia ejercida de forma ascendente (de los menores a los mayores, caso frecuente de los adolescentes a los padres y abuelos⁵⁷³), entre iguales (entre hermanos o entre los padres o guardadores) o descendente (normalmente de padres a hijos); y en todos ellos se pueden generar situaciones encuadrables en los supuestos de desamparo.

Sin embargo, dado lo perentorio de la necesidad de protección física y moral de los menores, es necesario que en el mismo momento en que se conviene por el Juzgado de Instrucción o el de Violencia Doméstica la prisión preventiva o la orden de alejamiento de los adultos, se acuerden medidas de protección de los

571. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, 15 de diciembre de 2001 (JUR 2002, 45871), se ordena por el Juez que por los padres de un menor se permita que un psiquiatra examine, y en su caso trate al mismo, con relación al proceso de inadaptación social que sufre, así como autoriza a la sección de protección e Infancia de la Junta de Castilla y León para mantener contacto con el menor y con los especialistas, a fin de mantener el conocer su situación y evitar una situación de desprotección. El Auto de la Audiencia Provincial de Girona de 11 de febrero de 2004 (AC 2004, 845), revoca la resolución de primera instancia de 2 de febrero de 2004 (tan sólo 9 días después), prohibiendo, a instancias del Ministerio Fiscal, la salida del territorio nacional a las hijas menores y a la madre con dirección a un país africano, en el que constituye práctica habitual la ablación genital femenina. El auto de la Audiencia Provincial de Valladolid de 12 de julio de 1999 (AC 1999, 1820), autoriza el aborto a una chica incapacitada que padece trastorno límite de la personalidad.

572. No se puede juzgar sólo el golpe, el empujón, el insulto o la amenaza sino que es preciso llegar a desvelar la historia de esa violencia que ha surgido normalmente poco a poco. COBO PLANA, J. A., en «Manual de actuación sanitaria, policial, legal y social frente a la violencia Doméstica», Masson, Barcelona, 1999, cit., pgs. 3 y ss., da un concepto amplio de violencia, en el cual incluyen cualquiera de los aspectos externos e internos que permiten describirla: la agresión o el maltrato, la faceta física o psíquica, las agresiones mixtas o la agresión sexual como forma de exteriorización. Realza igualmente la importancia de cómo la historia de esa violencia supera ampliamente a la historia de la agresión como acción aislada, ya que algunas agresiones se definen por su aparición transversal en la historia de la relación entre las personas, pero tras de sí suelen soportar todo un pasado y ante sí, incluso un futuro de angustias y miedos. Realiza la siguiente clasificación de la violencia: aislada, reiterada, continuada, progresiva y desatada.

573. Sobre esta cuestión, CHINCHILLA, M. J. y otros, «Un fenómeno emergente, cuando el menor descendiente es el agresor», Universidad de Zaragoza, http://www.unizar.es/sociologia_juridica/viointrafamiliar/magresor.pdf, contempla el desamparo ante situaciones de violencia de menores a mayores como la última alternativa.

menores, especialmente la guarda en terceras personas o en centro de protección, siempre que conste una denuncia ante una situación urgente⁵⁷⁴.

Estando un caso en sede judicial, siendo precisa la protección de un menor, entre las medidas que puede adoptar el Juez, se incluye la guarda residencial o la guarda familiar⁵⁷⁵. Sin embargo observamos en la práctica cómo en muchas ocasiones lo que hace el Juzgado es comunicar a la Entidad pública la situación de posible desamparo del menor ante un caso de violencia intrafamiliar, sin adoptar medida alguna de protección, a fin de que por la Entidad pública se declare el desamparo.

Son habituales los casos de descoordinación entre la Entidad pública y los Juzgados, en que, constando la información de desprotección en ambas instancias, parece como si las dos consideraran que es competencia de la otra el adoptar una medida de protección del menor⁵⁷⁶. Consideramos que ante un caso de violencia denunciada, en virtud del principio de presunción de inocencia, parece más lógico que siempre que haya intervención del Juzgado (al igual que puede acordar la prisión provisional de los progenitores o una orden de alejamiento), sea éste el que adopte las primeras medidas de protección (en su caso ordenando la guarda judicial en centro de protección), con independencia de que posteriormente la Entidad pública instruya un procedimiento de desamparo. En estos supuestos, es el Juzgado de Guardia y posteriormente el Juzgado encargado de la instrucción del caso, quien cuenta con toda la información forense, pericial, policial...de los hechos ocurridos. De otra forma, la Entidad pública puede estar prejuzgando a los progenitores, que aún no han sido Juzgados con las garantías de un proceso imparcial.

Así lo prevén la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica⁵⁷⁷ y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Si de la información obrante en el Juzgado se desprende que los menores no pueden continuar en el domicilio familiar, puede otorgar su guarda a otros parientes o bien delegarla en la Entidad Pública. El artículo 158.4 podría ser considerado

574. Sobre esta cuestión, MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., «Violencia intrafamiliar y desamparo», Revista del Ilustre Colegio de Abogados núm. 158, Málaga, 2006.

575. En el supuesto resuelto por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Torremolinos, en auto de 27 de agosto de 2007, estando pendiente la resolución sobre posibles malos tratos a la menor por sus guardadores, se respeta el deseo de la menor y se delega su guarda en sus actuales guardadores de hecho. En auto de 3 de mayo de 2007, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Coín núm. 1 acuerda, en procedimiento de malos tratos a la menor, como medida cautelar, en tanto se sustancia la causa, una vez oída la menor, que la guarda y custodia se delegue en unos vecinos de la misma, dictando orden de alejamiento de sus progenitores.

576. En el conocido caso de maltrato por la prensa, de la menor Alba, en Barcelona, se denuncia cómo la situación de la menor fue conocida por tres Juzgados diferentes, sin que ninguno adoptara medida alguna de protección de la menor, que sahttp://www.20minutos.es/noticia/97807/0/orden/investigar/maltrato/.

577. El artículo 2.7 señala respecto de las medidas de naturaleza civil que *deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o incapaces, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil.*

IV. Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo,...

como una alternativa al desamparo, pero debemos cuestionarnos desde el punto de vista de la seguridad jurídica si debemos hablar de alternativas o de si una de las dos opciones, guarda judicial o desamparo es la más adecuada.

Planteada esta cuestión a las diversas personas entrevistadas en nuestro estudio, se pone de manifiesto cómo en ocasiones los menores son ingresados, en situaciones de violencia denunciada, ante intervenciones policiales de urgencia, por los mismos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, otras veces con la intervención del Ministerio Fiscal, y sólo en muy contadas ocasiones mediando una resolución del propio Juzgado que está conociendo del caso⁵⁷⁸. Desde el punto de vista práctico, es evidente que lo importante es que el menor quede protegido, no importa quién lo proteja, pero desde un punto de vista legal y de la seguridad jurídica, sólo un Juez o la Administración pueden acordar el ingreso del menor en un centro de protección. Por tanto, dichos ingresos realizados por la Policía, sin la intervención judicial, solamente pueden ser calificados de vía de hecho, ya que se ha obviado la mediación de la Administración por razón del desamparo o del Juzgado mediante la orden de guarda judicial.

5. EL DESAMPARO

5.1. INTRODUCCIÓN

En el estudio de las figuras jurídicas que hemos realizado hasta este momento, ya hemos aludido al desamparo por su relación con las mismas. Ahora nos centramos en el desamparo, considerando la garantía de la seguridad jurídica en su aplicación, tanto en el propio concepto, en sus caracteres, como en el procedimiento para su declaración.

Dentro de la normativa internacional, la obligación del Estado de proteger a los menores con medidas que impliquen incluso la separación de su medio, y los aspectos procedimentales y principios que han de regir dicha separación, se contemplan en los artículos 9.1⁵⁷⁹ y 19 de la CNUDN⁵⁸⁰.

578. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., *La situación de desamparo*, «Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías», ob. cit., pg. 106 recoge las conclusiones de distintos profesionales sobre esta cuestión.

579. Estipula cuándo un menor puede ser separado de sus padres, en cuanto a los procedimientos, al señalar: *1. Los Estados Partes velarán por que 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. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.* ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I, en «La Protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derechos Constitucional Español», Edisofer, Madrid, 1994, cit., pg. 100, señala el carácter innovador de la Convención al regular por primera vez normas que abarcan el descuido y el abuso al que se enfrentan los niños incluso frente a sus propios padres.

580. El artículo 19.1 de la CNUDN señala que *los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso*

La competencia para la protección de menores en situaciones de riesgo y desamparo en los países de nuestro entorno no se atribuye siempre a la Administración, sino que resulta común que sea la autoridad judicial quien decida sobre las medidas, si bien es cierto, que en casos de urgencia, se puede dejar en manos de aquélla la primera intervención. Además, no existe en todos los países una distinción clara entre situación de riesgo y desamparo, pero existen medidas preventivas y medidas de separación del menor de su ámbito familiar en función de las circunstancias del caso. Se presentan además un elenco de posibilidades de intervención reguladas por cada Estado, presididas todas ellas por la aplicación primordial del principio del interés del menor⁵⁸¹.

En Italia el artículo 8 de la Ley núm. 184, de 4 de mayo de 1983⁵⁸², regula el abandono, que será decretado judicialmente a instancia de los servicios sociales. Señala que *el abandono surge ante la falta de asistencia moral y material por parte de los padres o de los parientes obligados a prestársela, siempre y cuando la falta de asistencia no sea debida a fuerza mayor de carácter transitorio. Los menores en situación de abandono son declarados en estado de adoptabilidad*⁵⁸³.

En Francia, la intervención judicial sólo ha lugar, a través de la tutela judicial o legal (artículos 390 y siguientes del Código Civil), cuando han fallado los mecanismos de intervención previstos mediante la protección administrativa a través de la Ayuda Social a la Infancia (ASE), en circunstancias que ponen en riesgo la salud, seguridad, moralidad o educación de los menores⁵⁸⁴. Regula el abandono en el Título VIII dedicado a la adopción, en el artículo 350⁵⁸⁵. Las medidas de asistencia

sexual, 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.

581. Como señala BOULANGER, F., en «*Les rapports juridiques entre parents et enfants: perspectives comparatistes et internacionales*», ob. cit., pg. 37, todos los países occidentales se caracterizan por la subordinación del ejercicio de la autoridad y la responsabilidad parental al interés del menor.

582. Publicada en la *Gazzetta Ufficiale* de 17 mayo de 1983 n. 133 SO.

583. Comenta esta cuestión BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., «El desamparo y la tutela automática...», ob. cit., pg. 19.

584. En el sistema de protección francés actúa la Ayuda Social a la Infancia (ASE), que tiene por objeto realizar actuaciones de ayuda previas a la actuación del Juez a través de la asistencia educativa, y una vez que ha actuado, son los encargados de llevar a cabo las intervenciones en medio abierto (AEMO) y las medidas que implican la separación del menor de su familia (<http://www.uniondesfamilles.org/ase.htm>).

585. Dispone dicho artículo que *el niño acogido por un particular, un establecimiento o un servicio de ayuda social a la infancia, del que los progenitores se hubieran desinteresado manifiestamente durante el año que precede a la presentación de la demanda de declaración de abandono, será declarado abandonado por el Tribunal de Gran Instancia sin perjuicio de las disposiciones del apartado cuarto. Se dará obligatoriamente traslado de la demanda de declaración de abandono por el particular, el establecimiento o el servicio de ayuda social a la infancia que hubiera acogido al niño tras la expiración del plazo de un año contado desde la fecha en que los progenitores se hubieran desinteresado manifiestamente del hijo.* Y el *Code de l'Action Sociale et des familles* (publicado en el *Journal Officiel* número 297 du 23 décembre 2000), dispone el desarrollo del servicio de ayuda social a la infancia y las prestaciones de ayuda social a la infancia, y así como los pupilos del Estado, la adopción y la protección de los menores desamparados. Por lo que respecta a la medida de asistencia educativa y sus efectos, se regulan en el artículo 375 del Código Civil, que señala que *si la salud, la seguridad o la moralidad de un menor no emancipado estuvieran en peligro, o si las condiciones de su educación estuvieran seriamente comprometidas, podrán ser ordenadas judicialmente medidas de asistencia educativa a instancia de sus padres conjuntamente, o de uno de ellos (Ley núm. 87-570 de 22 de julio de 1987 artículo 20 Diario Oficial de 24 de julio de 1987) de la persona o del servicio a*

IV. Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo,...

educativa acordadas por el Juez pueden ser muy variadas, hasta incluir la posibilidad de la separación del menor de su medio, pero los padres siguen conservando la patria potestad sobre sus hijos (artículo 375-7 del Código Civil).

En Inglaterra, la *Children Act* de 1989⁵⁸⁶, se ocupa de regular las distintas medidas de intervención con menores, de forma progresiva en función del grado de desatención y necesidad que tengan los mismos. Destacan las siguientes figuras de protección, que siempre son judiciales: *supervision order*, *family assistance order*, *education supervision order* y la calificación *children in need* (reguladas en la sección 31 y siguientes de la *Children Act*), solicitadas al Juez por los Servicios Sociales-Educativos cuando estimen que se puede producir un perjuicio a un menor y para efectuar el seguimiento preciso en función de la situación del menor). *Care order* (medida similar a la declaración de desamparo en derecho español) tiene como consecuencia la atribución de la autoridad parental a la autoridad local que designe el Juzgado así como decidir en qué medida la persona que venía ejerciendo responsabilidad parental sobre un menor la puede seguir ejerciendo y en qué grado (sección 33 *Children Act* 1989). Únicamente podrán dictar una *interim care order* (similar al desamparo de urgencia o provisional en nuestro país), los servicios sociales, con motivo de la urgencia de la situación, debiendo proponer la misma al Juzgado de forma inmediata.

Analizamos a continuación el contenido del artículo 172.1 del Código Civil español que, en sus tres apartados, regula la competencia y el procedimiento, la definición y los efectos del desamparo, a fin de determinar si dicha regulación adolece de defectos que la hagan insegura desde el punto de vista jurídico, atendiendo no sólo a lo dispuesto en esta norma, sino al desarrollo legislativo efectuado por las Comunidades Autónomas y a la interpretación que del mismo ha seguido la jurisprudencia⁵⁸⁷.

5.2. EL ARTÍCULO 172.1 APARTADO PRIMERO: EL AUTOMATISMO Y EL PROCEDIMIENTO PARA SU DECLARACIÓN

Señala el artículo 172.1 del Código Civil, en su primer párrafo, que *la Entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores,*

quien el hijo hubiera sido confiado o del tutor, del propio menor o del Ministerio Público. La resolución fijará la duración de la medida sin que ésta pueda, cuando se trate de una medida educativa ejercida por un servicio o una institución, exceder de dos años. La medida podrá ser renovada mediante resolución motivada. Y en cuanto a los efectos relativos a la patria potestad, apunta el artículo 378-1 que podrán igualmente verse privados totalmente de la patria potestad, cuando se haya tomado una medida de asistencia educativa respecto del hijo, los padres que, durante más de dos años, se hubieran abstenido voluntariamente de ejercer los derechos y de cumplir los deberes que les atribuye el artículo 375-7.

586. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1989/Ukpga_19890041_en_2.htm#mdiv6.

587. A raíz de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, el anticuado concepto de abandono, regulado hasta entonces en 174 del Código Civil, fue sustituido por la institución del desamparo, en el marco de la adopción, en que no se requería el consentimiento de los padres o tutores. Sobre el génesis del concepto de desamparo, BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., «El desamparo y la tutela automática...», ob. cit., pgs. 24 y ss.

cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará 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.

Pasamos seguidamente a analizar la seguridad jurídica referida a dos aspectos del desamparo: el automatismo y el procedimiento para su declaración.

5.2.1. El automatismo del desamparo

Al mencionar la tutela pública, y decir que será automática, se hace referencia a dos cuestiones diferentes. De un lado, al hecho de la ausencia de intervención judicial; y de otro, a la forma rápida y urgente en que se asume la tutela por la Entidad pública. La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, en su Exposición de Motivos señala que *cambiando el criterio a que respondía el anterior artículo 239, 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*⁵⁸⁸.

Es decir, la motivación de que sea la Entidad pública quien realice la declaración de desamparo y no el Juez, como ocurría en la redacción anterior del Código Civil, no es otra que la inmediatez de la actuación administrativa, y de ello derivó la necesidad de dar un carácter automático a la decisión administrativa en la asunción de la tutela, sin la necesidad de la intervención judicial⁵⁸⁹.

El carácter automático implica por tanto la ausencia de intervención judicial, el nombramiento de tutor es automático, ya que la Administración asume la tutela como consecuencia de la resolución administrativa de desamparo⁵⁹⁰. Pero el automatismo ha de implicar igualmente agilidad y rapidez en la actuación administra-

588. No existe hoy en día duda de la competencia de las Comunidades Autónomas en la declaración del desamparo, con la redacción dada al artículo 172 por la LO 1/1996, pero esta cuestión fue objeto de debate hasta este momento, así como en los inicios de la aplicación de la norma anterior. A este respecto PÉREZ MARTÍN, A. J., en «Adopción, acogimiento y tutela...», ob. cit., pg. 217; y BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., «El desamparo y la tutela automática...», ob. cit., pg. 60.

589. Respecto del automatismo, BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., en «El desamparo y la tutela automática...», ob. cit., pg. 212, señala que se trata de una tutela automática, que ni requiere forma especial para constituirse, ni el juez tiene que proceder al nombramiento de la Entidad pública como tutora. En el momento en que la administración constata la existencia del desamparo ésta tiene la responsabilidad de dar protección al menor.

590. MARTÍNEZ GARCÍA, C., en «Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al derecho», *Los sistemas de protección y de reforma. Peculiaridades en relación con los menores extranjeros no acompañados*. IV Jornadas sobre Derechos de los Menores (LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., CULEBRAS LLANA, I., Coord.), Universidad Pontificia Comillas, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2006, cit., pg.77, señala como ventajas de que sea la Administración la que dicte la medida de desamparo, la proximidad, la flexibilidad y la eficacia en la intervención.

tiva. Sin embargo, al dictar cualquier resolución de desamparo, de cara a la seguridad jurídica, ha de seguirse un procedimiento cuyo fin sea dictar un acto administrativo con la motivación adecuada, respetando asimismo el derecho de defensa de las partes. Estimamos que únicamente en los supuestos en que se usa la vía de urgencia en la declaración del desamparo, se alcanza la meta de la inmediatez en la declaración. En la legislación de las Comunidades Autónomas se regula un procedimiento muy ágil, en la que de forma rápida se protege al menor, es decir se cumple con el objetivo básico del desamparo⁵⁹¹. En todos estos supuestos se realiza una declaración de desamparo, que puede ser objeto de recurso, pero la resolución definitiva no se dicta hasta que se instruya correctamente el procedimiento⁵⁹².

Se ha pronunciado el TEDH sobre la medida de desamparo, o medida equivalente en otros países de nuestro entorno, especialmente del declarado de forma urgente, sin audiencia previa a los padres⁵⁹³. Señala el Tribunal, en Sentencia de 27 de junio de 1996 (TEDH 1996, 31), caso Johansen contra Noruega, que *debe tener en cuenta que las percepciones de los diferentes Estados contratantes sobre cuándo procede la intervención por parte de las autoridades públicas en el cuidado de los niños varían de*

591. Regulan la medida de desamparo provisional, o de urgencia las siguientes normativas autonómicas: artículo 33 del Decreto 42/2002 de 12 de febrero de desamparo, guarda y tutela del menor de Andalucía, artículo 13 del 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 previstos en la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores, artículo 33 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor de Asturias, artículo 69 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares, artículo 11 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, artículo 23 del Decreto 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los Procedimientos Relativos a la Protección de Menores y a la Adopción y se regula el Registro de Protección de la Infancia y Adolescencia de Cantabria; artículo 37 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha; artículo 62 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León; artículo 20 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la Familia, la Infancia y la Adolescencia de Galicia; artículo 10 del Decreto 121/1988, de 23 de noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor de la Comunidad de Madrid; artículo 25 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia; artículo 51 de la Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra; artículo 59 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco; artículo 31 del Decreto 93/2001, de 22 mayo, Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor de Valencia. En Cataluña se ha comenzado a realizar la declaración de desamparo provisional de forma reciente, concretamente a partir de una Instrucción interna de 15 de octubre de 2007, según consulta efectuada a profesionales de esta Comunidad. No hemos encontrado referencias en la legislación de Extremadura.

592. Así lo expresan, entre otros, el artículo 24 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia, o el artículo 32 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de Andalucía, que la llama medida cautelar y que señala que en todo caso el procedimiento habrá de continuar hasta su resolución, *que dispondrá la ratificación, modificación o revocación del acuerdo que haya declarado como medida cautelar la situación de desamparo provisional*.

593. SALANOVA VILLANUEVA, M., realiza un estudio sobre la jurisprudencia del TEDH en «Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», Aranzadi, 2003 (BIB 2003, 426).

uno a otro, en función de factores tales como las tradiciones en relación con el papel desempeñado por la familia, la intervención del Estado en asuntos familiares, así como la disponibilidad de recursos destinados a actuaciones públicas en este área. Sea como fuese, la consideración de qué es lo que más beneficia al menor es en todo caso de crucial importancia. El Tribunal señala los siguientes criterios respecto de la separación de los menores de sus padres:

1. Exigencia en el cumplimiento de los requisitos para su declaración y ejecución⁵⁹⁴.
2. En cuanto a la audiencia de los afectados, siempre se ha de procurar prestarla, estando únicamente justificado no darla cuando el peligro inminente quede efectivamente probado⁵⁹⁵.
3. Si el peligro existe hace tiempo no hay motivo para considerarlo urgente y no es motivo para no dar audiencia⁵⁹⁶.
4. El Tribunal señala que las razones que justifican la separación de un menor de sus padres han de ser siempre relevantes, suficientes y necesarias⁵⁹⁷.

Analizaremos ahora aspectos procedimentales de la declaración del desamparo, cuestionando, si la aplicación de dicho procedimiento ha hecho perder el automatismo a la declaración del mismo.

594. En Sentencia de 27 de abril del 2000 (TEDH 2000, 221), caso K y T contra Finlandia, analiza la decisión de retirar de forma urgente a una menor recién nacida del Hospital. En el análisis del derecho privado finlandés alude a la orden urgente de guarda (*emergency care order*), según la sección 9.2 de la *Child Welfare Act*, el cuidado sustituto (*substitute care*) se dictará sin demora cuando sea necesario en aras del interés del menor. La orden urgente de guarda expirará en 14 días, a no ser que sea ratificada en ese plazo. En este caso el Tribunal estima que hay una violación del artículo 8 ya que las razones aducidas para justificar la *care order* no eran suficientes y los métodos empleados para implementarlas fueron excesivos.

595. En Sentencia de 12 de diciembre de 2002 (TEDH 2002, 75), caso Venema contra los Países Bajos, analiza la prohibición de que los padres se llevaran a su hija tras un ingreso hospitalario, e incluso de verla, por padecer presuntamente Síndrome de *Münhausen* la madre. En ese caso el Tribunal estima que se debió oír previamente a los padres, ya que toda la investigación del caso se llevó a efecto sin darles audiencia. Cuando se trata de una medida urgente, cabe prescindir legítimamente de los derechos de información y participación de los padres en el proceso decisorio, pues, de lo contrario, la integridad del niño y el éxito de la medida quedarían comprometidos. Sin embargo, cuando se dicta una medida ordinaria, el derecho a ser oído debe ser respetado so pena de incurrir en una violación del artículo 8.

596. En el caso P., C. y S. contra Reino Unido, en Sentencia de 16 de julio de 2002 (JUR 2002, 181257), se analiza el caso de un bebé que es separado de su familia a las 12 horas de haber nacido sobre la base de los antecedentes de la madre, cuestionando de nuevo el Tribunal, no que no fuese necesaria la medida, sino el modo expeditivo en que ésta se llevó a cabo. En el caso K. y T. contra Finlandia, mencionado más arriba, señala además que cuando se trata de una medida urgente, cabe prescindir legítimamente de los derechos de información y participación de los padres en el proceso decisorio, pues, de lo contrario, la integridad del niño y el éxito de la medida quedarían comprometidos.

597. Así lo expresa en la Sentencia de 27 de noviembre de 1992 (TEDH 1992, 74), caso Olsson contra Suecia.

5.2.2. Notas sobre la seguridad jurídica en el procedimiento para la declaración del desamparo y su impugnación jurisdiccional

Hemos mencionado ya que a pesar de la regulación civil del desamparo, es la Administración la que tiene encomendada la función de determinar cuándo existe dicha situación. Por tanto, como cualquier otra actividad administrativa, al ejercer esta potestad, se habrá de seguir un cauce marcado por la Ley, un procedimiento que a la postre, garantice que siempre se sigan los mismos pasos, con las garantías constitucionales de derecho a la audiencia y a la defensa.

El procedimiento administrativo a que está sujeto la Administración pública, está regulado en la Ley 30/1992 de RJAP y del PAC. Con posterioridad a la aprobación de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las Comunidades Autónomas han desarrollado la legislación en la que se singularizan las particularidades de dicho procedimiento⁵⁹⁸. El procedimiento se desarrolla, como cualquier otro, en todas sus fases, iniciación, ordenación, instrucción y terminación.

No consideramos que, en términos generales, existan mayores particularidades que den lugar a inseguridad jurídica en los procedimientos de desamparo respecto de cualquier otro procedimiento. Pero si observamos que hay dos aspectos llamativos en cuanto a la seguridad jurídica: en primer lugar, la falta de determinación de los plazos de resolución y los efectos de la falta de resolución; y, en segundo, la falta de determinación de la jurisdicción competente para conocer de las cuestiones procedimentales de los procedimientos de desamparo.

a) Plazo de resolución del procedimiento de desamparo y efectos de la falta de resolución.

Desde que se inicia hasta que se dicta el acto administrativo, puede tener una duración de 3 a 6 meses, excluyendo la fase de las informaciones previas. El artículo 42.3 de la Ley 30/1992 de RJAP y del PAC, dispone que *cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses*, y en el 42.2 señala que *el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea*. Por tanto, si el procedimiento puede tener una duración temporal tan extensa ¿no será que el objeto de la Ley, esto es, conseguir una protección rápida del menor, mediante una actuación administrativa y no judicial, puede quedar desvirtuado por el propio procedimiento administrativo?⁵⁹⁹.

598. Estudia con detenimiento el procedimiento administrativo del desamparo DE PALMA DEL TESO, A., en «Administraciones Públicas y protección...», ob. cit., pgs. 254 y ss. Como señala la autora, únicamente en Cataluña este procedimiento ha sido catalogado como civil. Sin embargo, la realidad es que la decisión administrativa goza de ejecutividad igualmente. Hemos podido constatar en entrevista con técnicos de esta Comunidad, que la calificación civil del procedimiento de desamparo se encuentra en la actualidad en revisión.

599. El artículo 19.2 de la CNUDN, respecto de los procedimientos para la protección expresa lo siguiente: *Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño*

Pero es que además de la extensión en el tiempo, tampoco están claros cuáles son los plazos de decisión. Definíamos al principio de este estudio la seguridad jurídica como suma de certeza y claridad, y aludíamos a que la doctrina señala cómo el intérprete de la norma no puede realizar una obra individual sino que cumple con una función social, ostentando sus decisiones unas consecuencias en otras personas que deben ser tratadas de una manera uniforme. Por ello, la seguridad jurídica impone que las decisiones sobre casos iguales sean también iguales y que los ciudadanos puedan, en una cierta medida, saber de antemano cuáles van a ser los criterios de decisión que han de regir sus asuntos. Un motivo de inseguridad jurídica, es la ausencia de plazos concretos en la toma de decisiones, así como la ausencia de claridad en los efectos de que los mismos no se cumplan, más aún, en una figura jurídica de la trascendencia del desamparo.

Analizado el procedimiento de desamparo de todas las Comunidades Autónomas, en cuanto a los plazos de resolución del mismo, observamos lo siguiente:

La mayoría de las Comunidades Autónomas no mencionan siquiera los plazos en que se ha de resolver el procedimiento de desamparo ni los efectos de la falta de resolución, luego, en teoría, habría que aplicar de forma supletoria las normas de la Ley 30/1992 de RJAP y del PAC. En cuanto a las Comunidades Autónomas, exponemos a continuación un cuadro significativo de la regulación en que se expresan los plazos de aplicación al procedimiento de desamparo y sus efectos:

Comunidad Autónoma	Plazo para resolver	Efectos de la falta de resolución
Andalucía	No establece plazo alguno ⁶⁰⁰	No establece disposición alguna
Aragón	Un mes para el estudio del menor, ampliable a otro mes más ⁶⁰¹	No establece disposición alguna
Principado de Asturias	No establece plazo alguno ⁶⁰²	No establece disposición alguna
Islas Baleares	No establece plazo alguno ⁶⁰³	No establece disposición alguna
Canarias	No establece plazo alguno ⁶⁰⁴	No establece disposición alguna

y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

600. El procedimiento de desamparo se regula en el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa. De los contactos mantenidos con los profesionales de esta Comunidad se infiere que no existe un criterio unánime en las distintas provincias sobre los efectos de la falta de resolución expresa. En unas ocasiones se dicta resolución de caducidad y en otras se dicta resolución fuera de plazo.

601. Artículo 9 del Decreto 9/1995, de 18 de abril, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula la declaración de desamparo y los instrumentos de protección previstos en la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores.

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

603. Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares.

604. 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.

IV. Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo,...

Comunidad Autónoma	Plazo para resolver	Efectos de la falta de resolución
Cantabria	6 meses ⁶⁰⁵	Caducidad
Castilla-La Mancha	No establece plazo alguno ⁶⁰⁶	No establece disposición alguna
Castilla y León	3 meses prorrogables otros 3 ⁶⁰⁷	No establece disposición alguna
Cataluña	No establece plazo alguno ⁶⁰⁸	No establece disposición alguna
Extremadura	No establece plazo alguno ⁶⁰⁹	No establece disposición alguna
Galicia	No establece plazo alguno ⁶¹⁰	No establece disposición alguna
Comunidad de Madrid	3 meses prorrogables otros 2 ⁶¹¹	Cuando se promuevan a instancia de parte los efectos serán negativos
Región de Murcia	No establece disposición alguna ⁶¹²	No establece disposición alguna
País Vasco	3 meses prorrogables otros 3 ⁶¹³	No establece disposición alguna

605. El artículo 22 del Decreto 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los Procedimientos Relativos a la Protección de Menores y a la Adopción y se regula el Registro de Protección de la Infancia y Adolescencia de Cantabria señala lo siguiente: 1. *El plazo máximo para resolver y notificar los procedimientos regulados en la presente Sección es de seis meses.* 2. *Transcurrido este plazo sin que hubiera sido notificada la resolución expresa, se podrá entender caducado el procedimiento de protección y, en los casos de la petición de guarda, desestimada la solicitud.*
606. Decreto 143/1990, de 18 de diciembre de 1990, sobre procedimientos en materia de protección de menores de Castilla-La Mancha.
607. El artículo 67.2 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León. señala que *el plazo máximo para dictar resolución y notificarla será de tres meses a partir del conocimiento o noticia del caso por cualquiera de los medios contemplados en el artículo 58.1 de esta Ley. Excepcionalmente, atendida la especial complejidad del caso o la imposibilidad probada para llevar a cabo alguna de las actuaciones o trámites esenciales y siempre que la situación del menor lo permita, podrá acordarse una prórroga por igual tiempo.*
608. Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción.
609. Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores de Extremadura.
610. Decreto 42/2000, de 7 de enero por el que se refunde la normativa vigente materia de familia, infancia y adolescencia (modificado por Decreto 406/2003, DOG núm. 222 de 14 de noviembre de 2003).
611. El artículo 52.2 de Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid señala que *en ningún caso el plazo máximo de 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.* Y el artículo 52.3 apunta que *en los expedientes de asunción de tutela constituida por ministerio de la Ley, promovidos a instancia de parte, el silencio administrativo, en caso de producirse, tendrá efectos negativos.*
612. Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia.
613. El artículo 58.2 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco, dispone que *el plazo máximo de resolución será de tres meses a contar desde la fecha de recepción del caso en el servicio especializado de protección a la infancia y adolescencia, y podrá prorrogarse de forma motivada por un plazo máximo de otros tres meses en aquellos casos cuyas particulares características hagan inviable su resolución en el tiempo legalmente establecido al efecto. Transcurrido este plazo se producirá la caducidad, salvo que el procedimiento se paralice por causa no imputable al interesado. En este caso interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución.*

Comunidad Autónoma	Plazo para resolver	Efectos de la falta de resolución
La Rioja	3 meses ⁶¹⁴	Caducidad
Comunidad Valenciana	6 meses ⁶¹⁵	Caducidad
Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla	No se contempla	No se contempla ⁶¹⁶

Como hemos mencionado más arriba, en los casos en que no exista regulación autonómica habrá que acudir a la Ley 30/1992 de RJAP y del PAC. Sin embargo las soluciones, hemos podido comprobar a través de las entrevistas efectuadas a profesionales que instruyen estos procedimientos, no son siempre las mismas: en algunos casos los procedimientos siempre se resuelven, aunque sea fuera de plazo; en otros siempre se dicta resolución de caducidad; en otros, pueden quedar sin resolución expresa cuando ha transcurrido el plazo para resolver.

Los artículos 43 y 44 de la Ley 30/1992 de RJAP y del PAC, regulan respectivamente el silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud de interesado, y los efectos de la falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio. Por lo que respecta a los efectos de la falta de resolución del procedimiento de desamparo, dado que no existe una regulación unánime, nos encontramos con las siguientes posibilidades, en función de que se considere el procedimiento iniciado de oficio o a instancia de parte:

– Considerar que el procedimiento se inicia de oficio y que hay que dictar siempre resolución de caducidad, con independencia de que de nuevo se pueda iniciar el procedimiento, en aplicación del artículo 44 de la Ley 30/1992 de RJAP y del PAC⁶¹⁷.

614. El artículo 51.1 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja dispone que la situación de desamparo será declarada por el titular de la Consejería competente en materia de servicios sociales, a propuesta de la Comisión de adopción, acogimiento y tutela, por resolución expresa y motivada, en la que se expresarán los hechos que motivan la declaración. El plazo para dictar la resolución será de tres meses desde el inicio del expediente, transcurridos los cuales se entenderá éste caducado, sin perjuicio de que pueda iniciarse de nuevo si hubiere causa para ello.

615. El artículo 19 del Decreto 93/2001, de 22 mayo, Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor de Valencia dispone en su apartado segundo 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, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A tal efecto, la persona titular de la Dirección Territorial competente en materia de protección de menores dictará resolución administrativa declarando la caducidad del procedimiento y ordenando el archivo de actuaciones.*

616. No se contempla el procedimiento de desamparo en el Real Decreto 416/1996 de 1 de marzo, por el que se crean las Comisiones de atención a la infancia en las ciudades de Ceuta y Melilla, ni en el Decreto de 20 de diciembre de 2000 por el que se aprueba definitivamente el Reglamento por el que se crea el Servicio de Infancia y Familia y se regulan la estructura y funciones de los Servicios de Atención a la Infancia en la Ciudad Autónoma de Ceuta, se remite a la Ley 30/1992 de RJAP y del PAC.

617. Dispone el artículo 44 que *en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos: 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*

IV. Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo,...

– Considerar que el procedimiento se puede iniciar a instancias del interesado, en este caso el menor, y que la falta de resolución tiene efectos positivos⁶¹⁸. Alude A. PALMA DEL TESO, expresamente al supuesto de los menores no acompañados. En este caso, entiende que se debe considerar que la falta de resolución expresa implica la resolución de desamparo y asunción de la tutela del menor⁶¹⁹.

– Considerar que se inicia a instancias del interesado y que la falta de resolución tiene efectos negativos, posicionándose en el lugar de los padres, que pueden ver suspendida la patria potestad⁶²⁰.

Debemos cuestionar igualmente, si el procedimiento tiene una duración tan extensa en el tiempo (unido a las informaciones previas puede llegar a cerca de un año), en qué momento debe de existir la ausencia de privación moral o material para que se considere que existe desamparo ¿cuando se inicia o cuando se resuelve? Es necesario considerar que los hechos que dieron lugar a ese inicio del procedimiento, pueden haber variado en el tiempo. Luego puede suceder que la declaración de urgencia fuera correcta, pero en el momento de resolver el procedimiento los menores ya no se encuentren en situación legal de desamparo. El principio de actualidad impone la necesidad de que cuando se dicte la resolución que termine el procedimiento, sigan existiendo los presupuestos para dictar resolución de desamparo⁶²¹.

b) El control jurisdiccional del procedimiento de desamparo

Apuntamos ya en el apartado de esta publicación referido a distribución de

que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92. Por esta solución se decanta el artículo 51.1 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, el artículo 22 del Decreto 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los Procedimientos Relativos a la Protección de Menores y a la Adopción y se regula el Registro de Protección de la Infancia y Adolescencia de Cantabria; y el artículo 19 del Decreto 93/2001, de 22 mayo, Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor de Valencia. Otras legislaciones autonómicas, si bien no aluden de forma expresa a los efectos de la falta de resolución, sí convienen que la forma de iniciación del procedimiento de desamparo será siempre de oficio, así el artículo 22 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de Andalucía señala que el procedimiento de desamparo se iniciará de oficio, por acuerdo del titular de la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de protección de menores, cuando de forma directa, por comunicación de otro órgano administrativo o mediante denuncia, tuviera conocimiento de la situación de desasistencia en que pudiera hallarse un menor.

618. El artículo 43.2 de la Ley 30/1992 de RJAP y del PAC dispone que *los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario.*

619. En «Administraciones Públicas y protección...», ob. cit., pg.260.

620. En este sentido se pronuncia el artículo 52.2 de Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid, que dispone que *en los expedientes de asunción de tutela constituida por ministerio de la Ley, promovidos a instancia de parte, el silencio administrativo, en caso de producirse, tendrá efectos negativos.*

621. En entrevistas con profesionales del Servicio de Protección de Menores de Málaga se pone de manifiesto que, en ocasiones, las familias reaccionan ante la declaración provisional o el acuerdo de inicio de desamparo (por ejemplo se adhieren al trabajo con Equipos de Tratamiento Familiar), por lo que, transcurridos unos meses la resolución declarará que no se dicta desamparo, precisamente porque ya se está trabajando la situación, que en ese momento ya es de riesgo social, no de desamparo.

competencias⁶²², que la jurisdicción civil tiene el conocimiento de los recursos contra las resoluciones administrativas (según los trámites del proceso especial de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, de conformidad con los artículos 779 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Esta simple afirmación plantea, sin embargo problemas de inseguridad jurídica que referimos a continuación.

Debemos analizar si el control de las decisiones administrativas por parte de la jurisdicción civil sólo se debe circunscribir a aquellas en que la Administración realiza una actividad que incide en el derecho privado, siendo el objeto del control jurisdiccional es comprobar que se dan los presupuestos del artículo 172 del Código Civil en la resolución de desamparo dictada⁶²³. Hemos realizado un análisis jurisprudencial y observamos que de un lado, existe jurisprudencia en que es la propia jurisdicción contencioso-administrativa la que entra a conocer de cuestiones procedimentales relativas a resoluciones de desamparo⁶²⁴. De otro, existe igualmente jurisprudencia civil, que examinaremos seguidamente, que conoce de cuestiones procedimentales. Observamos, por tanto, que otro motivo de inseguridad jurídica del desamparo deriva de la falta de unanimidad de criterio jurisprudencial, sobre si en la oposición jurisdiccional al desamparo, en el ámbito civil, se ha de resolver sobre defectos de procedimiento de las resoluciones administrativas o si ha de ser vista por la jurisdicción contencioso administrativa. El motivo, ya lo hemos expuesto más arriba, es que los Juzgados civiles normalmente no entran a conocer de la aplicación del procedimiento, sino que lo que únicamente realizan un juicio de legalidad de la actuación administrativa sobre la base del artículo 172 del Código Civil⁶²⁵. La inseguridad deriva de los efectos de las resoluciones respecto de los menores, ya que la consecuencia de la estimación del recurso por fallos procedimentales puede ser la nulidad o anulabilidad del acto administrativo de desamparo, en los términos dispuestos en los artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992 de RJAP y

622. Capítulo 2, apartado 2.

623. DE PALMA DEL TESO, A., en «Administraciones Públicas y protección...», ob. cit., pg. 434, distingue entre resoluciones administrativas directamente protectoras (de las que conoce la jurisdicción civil por intervenir directamente en el ámbito familiar) de aquellas indirectamente protectoras, de las que conoce la jurisdicción contencioso administrativa (como las prestaciones económicas a familias o los convenios con entidades privadas). Sin embargo podría suscitarse la duda de la jurisdicción competente en cuestiones como la elección del centro para ejercer la guarda por parte de la Entidad pública.

624. DE PALMA DEL TESO, A., en «Administraciones Públicas y protección...», ob. cit., pg. 436 se pronuncia por que sean los jueces del orden jurisdiccional contencioso-administrativo los que conozcan de los vicios formales de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, como la adecuación al procedimiento, la falta de motivación o la notificación defectuosa, y cita resoluciones jurisdiccionales que resuelven esta cuestión en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa.

625. Examinadas resoluciones judiciales de dictadas en primera instancia y de la Audiencia Provincial de Málaga, y en entrevistas mantenidas con los Juzgados de Familia de esta localidad, se observa que lo que interesa al órgano jurisdiccional es conocer del fondo del asunto, si existe o no desamparo, así como si se ha garantizado el derecho de defensa del menor y de los que lo atienden, con independencia de fallos formales del procedimiento o de los plazos en que ha de dictarse la resolución administrativa.

_____ IV. *Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo,...*

del PAC⁶²⁶. En ese caso ¿ya no existe por un defecto formal, la situación de hecho de desamparo? Entre otras, hemos hallado las siguientes:

– Falta de notificación. En el caso planteado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 13 de abril de 2005 (JUR 2005, 138276), la abuela, tutora de los menores se dirige a la Entidad pública solicitando auxilio, ya que se había quedado sin vivienda. La Entidad pública dicta resolución provisional de desamparo el 21 de marzo de 2007, acto que no es notificado a los abuelos. El 29 de abril de 2004 se ratifica dicha resolución y tampoco se notifica a los abuelos. Posteriormente se decide el acogimiento preadoptivo de los menores, acto que sí es notificado formalmente. Ante esta falta de notificación formal (que no material, ya que los abuelos eran conocedores del ingreso del menor en centro), la Audiencia Provincial acuerda la revocación del desamparo, reponiendo las actuaciones al momento procesal en que se dictó la resolución de 21 de enero de 2003. El menor en ese momento llevaba conviviendo con su familia de acogida dos años.

Hemos de recordar aquí que la redacción de la Ley de Adopción Internacional basa el cómputo de los plazos para la impugnación del desamparo, el acogimiento y las demás decisiones administrativas en la fecha en que se notificó la resolución. Por ello, consideramos que no es cuestión baladí, en este momento, la importancia de la determinación de la competencia de los Juzgados civiles en conocer sobre una cuestión de carácter puramente administrativo: la notificación del acto. Si la notificación fue correcta, quizás se acuerde la inadmisión del recurso por haber superado los plazos establecidos. Si la notificación fue incorrecta, a pesar de haber transcurrido plazos superiores a los planteados en la Ley, habrá que entrar a conocer del fondo del asunto. Pero, en todo caso, en un primer momento, el Juzgado civil habrá de calificar la notificación.

– Falta de motivación. Hemos hallado algunas sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra que se pronuncian sobre esta cuestión y declaran la nulidad de la resolución administrativa, acudiendo al artículo 158 del Código Civil para disponer de una medida de protección para el menor en tanto la Administración vuelve a dictar resolución:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de octubre de 2003 (JUR 2004, 18871). En este caso la madre de la menor solicita su guarda, pero posteriormente se declara el desamparo y se entrega a la menor en acogimiento

626. El artículo 62 regula la nulidad de pleno derecho, entre otras, por las siguientes causas: *Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio y los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (por ejemplo de las Comisiones que toman decisiones sobre los menores conforme a las legislaciones autonómicas)*. Y el artículo 63, regula la anulabilidad en los siguientes términos. *1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. 2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. 3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.*

permanente a una familia de acogida, según el dictado de la sentencia sin una mínima fundamentación acerca de las razones por las cuales se varía la forma de ejercicio de la guarda. Por ello, la Audiencia Provincial acuerda el mantenimiento de la guarda con la familia de acogida con base en el artículo 158 del Código Civil, declara la nulidad de la declaración de desamparo y de la resolución de acogimiento y ordena al Instituto Navarro de Bienestar Social a dictar resolución fundada en derecho en que se declare el desamparo de la menor y a proponer al Juzgado el acogimiento en familia.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 3 de febrero de 2004 (JUR 2004, 111606) declara la nulidad de la declaración de desamparo y acuerda que la guarda judicial de dos menores en aplicación del artículo 158 del Código Civil, en tanto la Administración vuelve a dictar resolución de desamparo, esta vez de forma motivada, ya que de hecho, dice, sí existe situación de desamparo, sólo que no se ha motivado correctamente en la resolución judicial⁶²⁷.

El Auto de 26 de enero de 2005, de la Audiencia Provincial de Navarra (JUR 2005, 81767), resuelve sobre la oposición al desamparo de una madre contra una resolución administrativa cuya única motivación para dictar el acto administrativo era la siguiente: *Habida cuenta que la menor L. se encuentra de hecho en situación de desamparo a causa del incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de la menor, causándole la privación de la necesaria asistencia moral o material.* Estima el Tribunal que ésta no es una verdadera motivación de la resolución, habiéndose producido la indefensión de los padres y atentando contra el principio de seguridad jurídica. Señala igualmente que *dicha falta de verdadera fundamentación, pues no se trata de transcribir sin más el artículo del Código Civil aplicable, no puede ser suplida, cuando es total, por los órganos judiciales, que por vía de impugnación de la resolución administrativa, conocen del expediente de desamparo.* Por lo expuesto, citando el artículo 54.1 de Ley 30/1992 de RJAP y del PAC, relativo a la motivación de los actos administrativos, declara la nulidad de la declaración de desamparo.

– Resolución declarando la caducidad del procedimiento administrativo. En la Sentencia de 26 de febrero de 2004, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Málaga se resolvió la oposición formulada por el Ministerio Fiscal a la declara-

627. Señala la misma que *no se están observando las exigencias de razonamiento que debe comportar cualquier resolución administrativa en general y, específicamente, en esta delicadísima misión de protección de menores, las pautas que deben regir las decisiones al respecto de las instituciones de protección de menores, especialmente con arreglo al artículo 11 y concordantes de la citada Ley Orgánica 1/96, con respecto a los menores que se encuentran en situación de desprotección social. Estas consideraciones nos llevan a la ineludible obligación jurídica de anular la declaración de la situación de desamparo, debiendo dictarse de inmediato otra por el INBS en la que se satisfagan las exigencias de índole temporal y de fundamentación desde las técnicas de intervención con respecto a menores en situación de desprotección social a que nos hemos referido. Utilizando, nuevamente, el criterio de prevalencia del «interés superior del menor» y haciendo uso de las facultades que nos reconoce el núm. 2 del artículo 158 del Código Civil, en orden a evitar a los hijos las perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda, no obstante y en tanto en cuanto no sea dictada esta resolución mantendremos la situación de acogimiento residencial provisional de los niños Marisol y José Daniel que, en la actualidad, están manteniendo.*

_____ IV. *Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo,...*

ción de caducidad del procedimiento de desamparo⁶²⁸. El Juzgado entiende que *la Entidad pública siempre ha de adoptar las medidas de protección necesarias para la protección del menor, sin que frente a tal mandato imperativo puedan prevalecer consideraciones meramente formales de ordenación del proceso administrativo como son las alegadas por el letrado de la Entidad pública.*

Del estudio de estas resoluciones se infiere que algunos Juzgados y Audiencias Provinciales sí están conociendo de cuestiones de procedimiento administrativo. Sin embargo, en la mayoría de los casos la jurisprudencia únicamente se ocupa de si realmente existía o no desamparo en el momento de su declaración, realizando un juicio sobre la existencia de los presupuestos del desamparo. Así el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Málaga de 30 de septiembre de 2004, resuelve sobre la oposición al desamparo de una menor y en cuanto a las alegaciones sobre defectos formales del procedimiento señala que los mismos *deben de ser denunciados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no siendo competencia de este Juzgado la revisión formal del expediente administrativo*⁶²⁹.

En cuanto a la aplicación de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional, hay que considerar que el nuevo sistema de plazos contra resoluciones administrativas comienza a contar desde la fecha de la notificación, luego la jurisdicción civil debe estudiar en primer lugar la misma de cara a determinar si el recurso se ha interpuesto en plazo. A este respecto el artículo 10 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial dispone que *a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente.* Luego consideramos que el orden jurisdiccional civil deberá conocer de la validez de la notificación siempre de forma previa a entrar a conocer al fondo del asunto.

Respecto de la resolución administrativa en el procedimiento de desamparo debemos hacer mención a que no siempre que se inicia un procedimiento de desamparo se concluye con una resolución declarando el mismo. La decisión judicial en muchos casos habrá de tener en cuenta la evolución del menor y las nuevas circunstancias del caso, acordando su decisión con relación al interés del menor. La legislación autonómica especifica la posibilidad de que iniciado el procedimiento la propuesta sea igualmente no declarar el desamparo. Ante esta alternativa, nos cuestionamos la posibilidad de oposición y de acordar el Juzgado que existe desamparo, en contra del criterio de la Entidad pública. En este caso ¿no estaría supliendo el Juzgado la potestad administrativa de desamparar?⁶³⁰.

628. Hemos tenido acceso al mismo por nuestra práctica profesional.

629. Al que hemos tenido acceso por nuestra práctica profesional.

630. En el supuesto resuelto en Sentencia de 9 de marzo de 2006 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Málaga, se plantea recurso contra la resolución administrativa que acuerda no declarar el desamparo. En la motivación de la resolución se expresaba como causa para dicha resolución el hecho de que la menor ha cumplido ya 16 años, por lo que no existe falta de escolarización como causa del desamparo, y la falta de localización de la menor. Por el Juzgado se localiza a la madre biológica, la cual está de acuerdo con el desamparo de su hija y por el Juzgado se acuerda revocar la resolución y declarar el desamparo.

5.3. EL ARTÍCULO 172.1 PÁRRAFO SEGUNDO: ¿CARÁCTER OBJETIVO O SUBJETIVO DEL DESAMPARO? LA SEGURIDAD JURÍDICA ANTE LAS SITUACIONES DE HECHO

La definición de desamparo la hallamos en el párrafo segundo del artículo 172.1 del Código Civil: *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*. Uno de los mayores problemas que observamos en el sistema de protección de menores, con relación a la seguridad jurídica, es precisamente, este concepto del Código Civil, por las diversas interpretaciones a que ha dado lugar. Con el fin de demostrar esta afirmación, pasamos a examinar tres cuestiones diferenciadas: la causa del desamparo, la prejudicialidad con causa penal, y la relación entre desamparo y guarda de hecho y acogimiento.

5.3.1. La causa del desamparo

Vamos a estudiar cuáles son las causas del desamparo, cuándo han de producirse, así como la forma y el momento en que han de ser revisadas. Analizaremos igualmente la prejudicialidad de las causas penales en los procedimientos de desamparo.

El artículo 172.1 define las causas del desamparo, pero de una forma absolutamente amplia, acudiendo a conceptos jurídicos indeterminados como la falta de asistencia moral y material⁶³¹. No regulan ni el Código Civil ni la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, las situaciones concretas que dan lugar al desamparo. Nos parece lógica esta opción, ya que la realidad es tan variopinta que resulta conveniente analizar las circunstancias caso por caso. La intención de la legislación no es otra que dejar abierto todo el abanico de posibilidades que la realidad puede ofrecer, siempre más amplia que una lista cerrada⁶³². No observamos sobre esta

631. En el derecho comparado, en Francia, BIGOT, A., en «*L'autorité parentale dans la famille désunie...*», ob. cit., pgs. 15-16, menciona que hay que asegurar al menor una seguridad material, debiendo vivir el menor en la medida de lo posible en el vivienda de los padres (371-373 del Código Civil Francés), no debiendo vivir en un domicilio diferente; y seguridad moral que consiste en todos los elementos susceptibles de contribuir a la preparación de su futuro, la educación en su sentido más amplio, formación intelectual, religiosa y moral. CARRASCO PEREA, A., en «Desamparados», ob. cit., pg. 2, comenta que ya se sospechaba desde 1997 que esta institución acabaría absorbiendo cualquier situación familiar que pudiera calificarse socialmente de patológica o escandalosa: niños educados en religiones incomprensibles, modos de vida familiares extravagantes, gitanos no escolarizados, inmigrantes desarraigados, prostitutas y drogadictos con hijos; y, finalmente, los pobres, que por su condición no pueden prestar a sus hijos los medios materiales o espirituales que les permitan salir del hoyo negro de la indigencia.

632. Como señala ESPIAU ESPIAU, S., en «Protección de menores, acogimiento y adopción», Marcial Pons, Madrid, 1999, cit., pg. 45, una definición de carácter amplio o flexible permite encajar mejor todas las posibles situaciones de desamparo, mientras que la pretensión de enumerarlas corre el peligro de dejar alguna fuera, a no ser que se utilice como colofón una cláusula omnicomprendensiva. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., en «El desamparo y la tutela automática...», ob. cit., pg. 19, al comentar el artículo 8 de la Ley núm. 184, de 4 de mayo de 1983 de Italia, señala que igualmente da una definición no precisa, susceptible de ser aplicada a los contenidos más diversos.

_____ IV. *Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo...*

cuestión inseguridad jurídica, sino más bien la necesidad de aplicar los criterios de actuación administrativa que contemplamos en el apartado referido a la seguridad jurídica y poderes públicos y, en concreto a la interdicción de la arbitrariedad, la discrecionalidad de la actividad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados⁶³³.

Una resolución de desamparo no será arbitraria cuando sea el resultado de un proceso de aplicación de las reglas del ordenamiento jurídico, con una cobertura razonable en la Constitución o en las demás reglas estatales y autonómicas que regulan la institución. El hecho de que la causa del desamparo no esté totalmente definida en la norma no será obstáculo para que la motivación de la resolución sea válida, siempre que se argumente de forma adecuada su existencia. Lo determinante será que el órgano administrativo justifique porqué han tomado una decisión y no otra diversa.

Si analizamos la redacción de las causas del desamparo, tanto en el Código Civil como en la normativa autonómica, observamos que nos hallamos, frecuentemente, ante conceptos jurídicos indeterminados. Los límites de la realidad no están precisados en su enunciado, pero ello no implica la indeterminación en la decisión sobre el desamparo. Cuando se considera que un menor se encuentra en situación de privación de asistencia moral o material, conforme al concepto de desamparo descrito en el Código Civil, sólo se admitirá una solución justa. El hecho de que el artículo 172 o las normas autonómicas contemplen conceptos jurídicos indeterminados, no implica que no se pueda motivar adecuadamente la justicia de la decisión adoptada: estas normas no están aisladas, sino que se enmarca en un sistema jurídico y deben ser integradas por los principios (especialmente el del interés superior del menor y el derecho al mantenimiento en el medio de origen), así como por las normas internacionales sobre menores, la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, por la legislación y desarrollo legal y reglamentario de las Comunidades Autónomas, en el marco de los principios y normas desarrollados por la Constitución. Aunque la norma habilitante no contenga criterio alguno, éste puede encontrarse en otra norma del resto del ordenamiento.

En este apartado es preciso igualmente hacer referencia al momento temporal en que se produce la causa del desamparo y que por los Juzgados se tomará en consideración al revisar la resolución administrativa de desamparo. En cuanto a la incidencia del paso del tiempo en la resolución jurisdiccional de la oposición al desamparo, hemos de distinguir tres situaciones:

i. Impugnación del desamparo provisional: si el procedimiento administrativo aún no ha terminado, y se impugna la medida cautelar, el órgano jurisdiccional podrá decidir sobre la legalidad de la misma, y, para ello, habrá de referir su juicio

633. Si bien parte de la doctrina, ha criticado la indefinición de la casuística que comprende. DE PALMA DEL TESO, A., en «Administraciones Públicas y protección...», ob. cit., pg. 189, recoge dicha crítica.

al momento temporal en que se produjeron los hechos, estudiando la urgencia de la declaración provocada por la necesidad de protección del menor.

ii. Impugnación de la resolución de desamparo. La nueva Ley de Adopción Internacional ha establecido unos plazos de impugnación, que analizaremos más adelante, en el capítulo quinto. Entendemos que si se admite el recurso contra el desamparo, los menores aún pueden volver a su núcleo biológico, y, por tanto, el órgano jurisdiccional, en el momento de resolver sobre la oposición del desamparo ha de contar con información actualizada sobre la situación del menor, a fin de resolver de forma acorde a las circunstancias existentes en el momento en que resuelve⁶³⁴. El Juzgado podrá analizar de un lado si la resolución de desamparo era acorde a derecho, pero también podrá decidir si subsisten las causas que dieron lugar al mismo. Así se analiza en las siguientes resoluciones:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de octubre de 2004 (JUR 2005, 23378), señala que *sabido es que el momento en que se ha de valorar es aquel en que la autoridad administrativa decreta el desamparo, sin perjuicio de la posterior evolución favorable de la familia, con una nueva vivienda que mejora sus condiciones de habitabilidad y unas mejores condiciones laborables de los padres, circunstancias dignas de ser tenidas en cuenta como un loable esfuerzo por parte de los progenitores para conseguir una normalización social, en procedimiento de oposición al desamparo.*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 16 de noviembre de 2004, (AC 2004, 2119), que apunta que *constituye objeto del presente recurso la revisión por la Sala del contenido de la resolución en su día acordada por la Comisión Provincial de Medidas de Protección de la Junta de Andalucía decretando el desamparo de la menor F. de 4 años de edad, debiendo destacarse que tal revisión ha de hacerse refiriéndola al tiempo de la resolución, 27 de junio de 2003, esto es verificar si al tiempo de dictarse la menor se encontraba en la situación de desamparo que conforme al artículo 172 del Código Civil determina legalmente la asunción de la tutela administrativa por la entidad pública.*

iii. Revisión del desamparo en el momento en que se realiza el juicio relativo a la necesidad de asentimiento para la adopción, o a la vez que se decide el acogimiento familiar. En cuanto al momento temporal en que se valora la existencia de

634. DE PALMA DEL TESO, A., en «Administraciones Públicas y protección...», ob. cit., pg. 446, señala que no se trata de un control estático, en el que el Juez controla simplemente la legalidad objetiva del acto administrativo recurrido, sino de un control dinámico, en que los Tribunales deben controlar las medidas adoptadas y actuaciones realizadas con posterioridad a la resolución objeto de control. El carácter flexible de la actuación judicial queda reflejado en múltiples resoluciones, entre otras, cita, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 61773). En Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla, de 16 de abril de 2007, se pone de manifiesto cómo en el momento de dictarse la resolución la madre pone todo su interés en la reintegración de sus hijos en la primera fase de reintegración, pero cuando va pasando el tiempo dicho interés disminuye hasta el punto de que sólo acude una vez al Centro a visitar a sus hijos. En esta ocasión, señala el Juzgado... *el tiempo transcurrido ha dado ocasión de comprobar el acierto de la actuación administrativa al dictar el desamparo. Alude a los «padres Guadiana», que aparecen y desaparecen de la vida de los menores, cuando en realidad la paternidad y maternidad es una responsabilidad permanente (hemos accedido a esta resolución por nuestra práctica profesional).*

la causa del desamparo, debemos de ponerlo en relación con aquellos procedimientos judiciales en que en sede de acogimiento o adopción, no habiéndose formulado oposición al desamparo, el Juez ha de decidir si los padres están incurso en causa de privación. En estos casos, si bien no estamos ante una oposición al desamparo, la realidad es que por el juzgador se examina el momento en que los menores fueron separados de sus padres y suspendida la patria potestad, ya que con posterioridad no han ejercido el contenido de la misma⁶³⁵. Ello, como hemos visto a través del exámen de la jurisprudencia constitucional, ha dado lugar a que estando el menor en acogimiento, incluso preadoptivo, de lugar a que se plantee el retorno de los menores con sus progenitores⁶³⁶. En esta situación, habrá que referirse únicamente al momento en que se dictó la resolución de desamparo⁶³⁷.

Hay que cuestionar igualmente si los hechos pasados, o los que se prevén que pueden suceder en el futuro, podrían ser causa suficiente para la declaración. Así, se plantean casos en que tras la retirada de un primer hijo, e incluso su entrega en adopción, los progenitores tienen más hijos. Sin embargo, las causas que dieron lugar al primer desamparo pueden haber variado, por lo que estos antecedentes habrán de ser tomados en consideración pero no deben de ser determinantes del desamparo⁶³⁸. Tampoco lo es la condición en que se encontraba el menor en el

635. Recordamos aquí los casos de la niña de Benamaurel o de Dos Hermanas analizados en CORRAL GARCÍA, E., en «El derecho a la integridad moral del menor...», ob. cit., y analizados en capítulos anteriores. En Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 14 de julio de 2004 (JUR 2004, 256700), que apunta que *el momento al que ha referirse la valoración de si los padres están incurso o no en causa de privación de la patria potestad, no es el actual, sino que tal juicio de legalidad ha de retrotraerse al momento en que la Entidad Pública retira al menor de la familia biológica, entendiéndose que el incumplimiento sólo puede ser valorado mientras dicha relación está en plena vigencia y no cuando ha sido suspendida como consecuencia de la declaración de desamparo del menor*, y, en el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 29 de julio de 2002 (JUR 2002, 262365). En contra de esta postura, FLUITERS CASADO, R., «Acogimiento y adopción», Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, núm. 16, Madrid, 1996, ob. cit., pg. 323.

636. Y observamos una falta de unanimidad de criterio respecto de la posibilidad de privar a los padres de la patria potestad cuando ésta no ha sido ejercida en ningún momento, como ocurre con el caso de los padres que ingresan en prisión antes del nacimiento del hijo, existiendo una doctrina divergente al respecto en el Tribunal Supremo. En el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1993 (RJ 1993, 478), se acordó ratificar el criterio de la Audiencia Provincial, muerta la madre y estando en prisión el padre, se debe aplicar un criterio objetivo que implica que lo importante es determinar si existe imposibilidad física y moral del ejercicio de la patria potestad, sin profundizar en el hecho de si es o no voluntaria. Puesto que el artículo 170 no distingue entre incumplimiento voluntario e involuntario, no cabe tal distinción, bastando para la privación el incumplimiento de la función que encarna la patria potestad. En este caso se ratificó la privación. Sin embargo, planteado similar debate en Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3941), estando el padre en prisión para cumplir una condena de treinta años, el Tribunal sostiene la tesis subjetivista, acordando que no se puede saber si es un buen padre o no el demandado por inexistencia de relación con el hijo y no por voluntaria inhibición. Se remite al artículo 156.4 del Código Civil y estima que estamos ante la concentración del ejercicio en el progenitor no imposibilitado, por lo que no acuerda la privación de la patria potestad.

637. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 4 de enero de 2007 (JUR 2007, 179192), manifiesta que *el momento al que ha de referirse la valoración de si el padre está o no incurso en causa de privación de la patria potestad es aquel en que la Entidad Pública interviene retirando a los menores de su familia biológica, y no el actual*.

638. Uno de los casos más habituales es el de las madres toxicómanas, y habrá que comprobar

pasado, ya que al hacer referencia a una situación de hecho, el Código Civil se refiere a la situación actual (con independencia de que el menor pudo no estar correctamente atendido en el pasado)⁶³⁹. En este caso, igualmente estimamos que los antecedentes pueden ser indicadores pero no pueden ser determinantes en la decisión⁶⁴⁰.

Sí existe coincidencia jurisprudencial y doctrinal en cuanto al hecho de que para que se produzca el desamparo es indiferente la voluntad de incumplimiento de los deberes de guarda. La doctrina y la jurisprudencia caracterizan el desamparo como una situación de hecho en la que se encuentra el menor cuando los padres o tutores no saben, no pueden o no quieren prestarle la asistencia moral o material necesaria. Además remarca la importancia de distinguir entre incumplimientos forzados o no, considerando que ante los primeros debemos considerar la figura de la guarda como alternativa necesaria, pero siempre con una temporalidad en su aplicación⁶⁴¹.

5.3.2. Prejudicialidad penal en oposición al desamparo

Pasamos seguidamente a estudiar la relación entre la causa del desamparo y su oposición en la vía civil y la existencia de un proceso penal por malos tratos a menor.

que efectivamente la toxicomanía sigue existiendo y que además la inhabilita para el ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad.

639. En este sentido, BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., «El desamparo y la tutela automática...», ob. cit., pg. 22, cita el artículo 10 de la Ley núm. 184, de 4 de mayo de 1983 de Italia, ya que para conocer si existe o no la situación de abandono, no es preciso comprobar los precedentes del menor, sino indagar sobre su presente. RAYMOND, G., «Droit de l'enfance et de l'adolescence», ob. cit., pg. 353, con motivo del desamparo por absentismo, señala que la asistencia educativa puede atentar contra el derecho de las familias con relación a los hijos y es cierto que las medidas adoptadas por el juez de menores pueden ser consideradas como una vulneración a los derechos de la familia y de la vida privada. Y alude a la definición del artículo 375 del Código Civil: existencia de un daño, que ha de ser real, si sólo es potencial no podrá adoptar medidas el Juez sino que actuará la ASE. Si se trata de un daño moral, el Juez deberá apreciar el peligro con criterios bien definidos. La actuación del juez en casos de absentismo sólo tendrá lugar en casos excepcionales.

640. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la jurisprudencia del TEDH, con relación a la retirada de menores en centros hospitalarios en el mismo momento de su nacimiento. En Sentencia de 27 de abril de 2000 (TEDH 2000, 221), caso K. y T. contra Finlandia, citada más arriba, en que se considera contraria al artículo 8 la retirada de un menor en el momento de nacer basada en los problemas mentales que en el pasado había sufrido la madre y las consecuencias futuras de los mismos en el recién nacido.

641. Entre otros, BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., en «El desamparo y la tutela automática...», ob. cit., pg. 41; DE PALMA DEL TESO, A., «Administraciones públicas y protección...», ob. cit., pg. 437; VARGAS CABRERA, B., en «La protección de menores en el ordenamiento jurídico», ob. cit., pg. 89 y PÉREZ MARTÍN, A. J., en «Adopción, acogimiento y tutela...», ob. cit., pg. 216. El auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de febrero de 2000 (AC 2000, 512) matiza que *el desamparo ha de considerarse, en primer lugar, como una situación fáctica, querida o no, en la que se encuentran los menores y que se caracteriza, en esencia, por la falta o privación de la asistencia y protección necesarias...se desprende de forma categórica, que ya sea por ignorancia, imposibilidad, defecto de aptitudes sociales, incultura, marginación o cualquier otra razón que se quiera buscar incluidas el posible alcoholismo, enfermedad mental (epilepsia) etc., y sin que la Sala entienda que se han producido o buscado de propósito tales circunstancias por los progenitores, lo único cierto es que los menores llevan desde hace muchos años, o en realidad desde que nacieron, en una situación de absoluta desatención material y moral, que justifica cumplidamente la adopción de la tutela automática y la declaración de*

IV. *Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo...*

Existe jurisprudencia que se pronuncia en el sentido de que si se dicta la resolución de desamparo sin que se haya decidido sobre la culpabilidad de los progenitores, hay que aplicar lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el momento de la oposición a la resolución de desamparo, entendiendo que la resolución del pleito penal siempre habrá de ser previa a la resolución de la oposición al desamparo⁶⁴². En Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de junio de 2005 (JUR 2005, 181506), en oposición a la resolución de desamparo, dictada a raíz de la fractura de húmero de un menor, en que se acordó el cese de la tutela pública, presuntamente por malos tratos, se revoca la decisión de primera instancia, ya que se estima que se debió de suspender la resolución del procedimiento de desamparo, en tanto por el Juzgado Penal no se dicte resolución sobre los malos tratos infringidos al menor. En Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Granada de 18 de septiembre de 2003, se revisa la declaración provisional de desamparo de una menor, motivada en los presuntos abusos sexuales por parte de la pareja de la madre, amparándose en que ha quedado desmentido en vía penal que la madre conociera y consintiera tales abusos. Por ello el Juzgado revoca la resolución de desamparo⁶⁴³.

Sin embargo, también existe jurisprudencia que se pronuncia en el sentido contrario y aunque en situaciones se produce una concomitancia entre la cuestión debatida en el proceso penal por abandono o malos tratos y el procedimiento de desamparo, en otras no se aprecia la existencia de una conducta dolosa que pueda dar lugar a la aplicación de las normas penales, sino simplemente un resultado que implica la situación de desamparo. Sobre esta cuestión el auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de febrero de 2000 (AC 2000, 512) matiza que *el hecho de que por el Juzgado de Instrucción que las tramitaba, se hayan archivado unas Diligencias por un presunto delito de abandono de familia (única circunstancia que se ha acreditado), en absoluto puede significar que el desamparo de los menores no subsista, por las razones antes expresadas de tratarse de una circunstancia objetiva, ajena a toda idea de malicia o de intención delictiva*. En Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 12 de febrero de 2004 (ARP 2004, 155) tras ser condenado el padre de una menor por abusos sexuales a la misma, se ordena *a la vista de los hechos que se han declarado probados, de la sospecha del deficiente cumplimiento de la medida de alejamiento, y en especial de la actitud de la madre respecto de los abusos sexuales denunciados por la menor, de*

desamparo, que, se repite una vez más, ha de obedecer a circunstancias objetivas, que en el caso presente se dan, aunque no sean maliciosas o intencionadas.

642. Que dispone lo siguiente: 1. *Cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, el tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal.* 2. *En el caso a que se refiere el apartado anterior, no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurran las siguientes circunstancias: Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil. Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.*
643. Esta resolución ha sido aportada por técnicos del Servicio de Protección de Menores de Málaga, en intercambio efectuado con motivo de la dirección del curso sobre Acogimiento Familiar en Andalucía, Málaga, 2007.

conformidad a lo establecido en el artículo 158.3º del Código Civil, al apreciar la existencia de un posible peligro del que se pueden derivar perjuicios para ésta del que no encuentra protección suficiente en el entorno familiar, estimamos adecuado promover el que puedan adoptarse las medidas que se consideren oportunas para conjurar ese peligro poniendo en conocimiento de la Dirección General de Atención al Niño de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía la actual situación de la menor.

Se ha pronunciado algún sector doctrinal en el sentido de que ninguna cuestión prejudicial penal puede suspender la celebración del juicio ni afectar al dictado de la sentencia. El objeto de conocimiento del proceso civil es más amplio y participa de una perspectiva distinta del análisis a realizar en el proceso penal. Son dos las cuestiones esenciales:

De un lado, la aplicación en el pleito civil de la cuestión prejudicial penal, exigida por el artículo 40 de la LEC ha de realizarse de forma muy restrictiva. De lo contrario se produciría una paralización las causas civiles sobre procedimientos de desamparo, con dilaciones insostenibles para los menores.

De otro, el objeto del proceso civil es más amplio y participa de una distinta perspectiva del análisis del proceso penal. Incluso en los procesos por abusos sexuales, aún no habiendo quedado demostrada su veracidad en el proceso penal, se han de valorar otras circunstancias: ¿por qué el menor ha denunciado si no era cierto?, ¿cómo ha reaccionado la familia ante la denuncia?, ¿qué conducta adoptan los progenitores? Por ello, la absolución penal no debe tener una eficacia automática en el proceso civil, por lo que respecta al cese de medida protectora⁶⁴⁴. Incluso en la declaración provisional de desamparo, efectuada por ejemplo a raíz de la comunicación de parte de esencia hospitalario, la intervención mediante la vía de desamparo vendrá motivada no sólo por el ilícito penal, sino que se realizarán indagaciones que van más allá de dicho hecho (situación psicosocial de la unidad familiar, antecedentes en servicios sociales, toxicomanías en la familia, antecedentes de maltrato en otros menores de la familia...).

Todo ello no es óbice para que en aquellos casos en que el menor quede bajo la tutela pública, en los procedimientos administrativos y en los judiciales civiles sobre protección de menores, sea preciso tener conocimiento sobre el curso de la causa penal por los siguientes motivos:

- En el proceso penal se puede instar que se declare que los progenitores están incurso en causa de privación de patria potestad (con lo cual evitaremos posteriormente, en el caso de adopción, el procedimiento de asentimiento a la adopción), así como medidas de alejamiento, suspensión de visitas... y cualquier otra con base al artículo 158 del Código Civil.

644. Así lo expresan SERRANO CASTRO, F., Magistrado-Juez de Familia de Sevilla y OCAÑA RODRÍGUEZ, A., Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla, en «En busca de una más adecuada regulación del régimen de protección de menores. Propuesta de reforma del Código Civil y de la LECiv», [consultado 09/12/2007], disponible en: <http://www.prodeni.org/Informes/PROPUESTA%20DE%20REFORMA%20NORMATIVA%20MENORES.htm>.

- Para motivar las resoluciones y propuestas en los procedimientos sucesivos, es inevitable mencionar si existe o no condena penal por los malos tratos (por ejemplo para el acogimiento preadoptivo o permanente, para la suspensión de visitas o la privación de patria potestad).
- Como hemos visto, se puede plantear la prejudicialidad con la causa penal.
- El menor tiene derecho a ser informado sobre si sus progenitores fueron objeto de condena penal o no.
- El menor puede tener derecho a una indemnización y a que se ejecute forzosamente el pago.

Por tanto nos situamos, en cuanto a la prejudicialidad, en una postura ecléctica, no siempre la causa penal debe ser vinculante ni suspender necesariamente los procesos civiles sobre desamparo. Sin embargo, la Administración debe actuar, como tutora del menor, y conocer en todo momento, mediante su personación, de la existencia de todos los procedimientos civiles y penales que se siguen sobre un menor tutelado. Y los Tribunales que enjuician las causas civiles o penales sobre un menor, en el ámbito de su protección, no deben de ser ajenos a las medidas administrativas que se dictan respecto de los mismos. De lo expuesto se infiere que al igual que con la violencia ejercida sobre la mujer, la violencia ejercida sobre los menores precisa de un tratamiento legal unitario que no existe en la actualidad.

5.3.3. Desamparo, guarda de hecho y acogimiento familiar

El concepto de desamparo, tal como se delimita en el Código Civil, no define el elemento personal activo del desamparo, esto es, no señala quién puede provocarlo⁶⁴⁵. Ante este vacío se han producido dos tendencias doctrinales y jurisprudenciales, una objetiva y otra subjetiva, que se reflejan en resoluciones judiciales, que al decidir sobre una misma cuestión, en función del criterio que se aplique, supondrán la declaración o no de desamparo del menor, creando un clima de inseguridad jurídica entorno a la figura del desamparo. Esta situación se concreta en los supuestos de guarda de hecho, tanto con familia extensa como con familia ajena⁶⁴⁶:

645. Tal como expone BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., este concepto se caracteriza por aparecer delimitado en sus perfiles mínimos, en «El desamparo y la tutela automática...», ob. cit., pg. 16.

646. Sobre la guarda de hecho ROGEL VIDE, en «La guarda de hecho», Tecnos, Madrid, 1986. Es notorio el caso de los abuelos, los cuales vienen desempeñando en muchos casos el papel de guardadores de hecho y que tal como señala CARRASCO PERERA, A. F., en «Benditos abuelos» Aranzadi, Actualidad Jurídica Aranzadi, Pamplona, 2003 (BIB 2003, 1358), desde 1981, la jurisprudencia civil ha asentado sobre tres pilares la recuperación del protagonismo familiar y generacional de los mismos. Primero, negando (pero no siempre) que pudiera darse una situación de desamparo paterno cuando los niños estaban de hecho cuidados por sus abuelos. Segundo, reconociendo a los abuelos sus pretensiones a relacionarse con sus nietos cuando había separación o divorcio de los padres, con independencia del reparto judicial o conve-nido de la patria potestad y custodia. Tercero, y muy recientemente, permitiendo que se pueda reconocer la guarda y custodia en los abuelos, restringiendo los derechos y funciones de la madre a la mera titularidad de una *nuda* patria potestad. Si bien no disponemos de cifras oficiales del número de casos que llegan a los Servicios de Protección de las guardas de hecho que precisan una regulación, de nuestra experiencia profesional así como de las entrevistas efectuadas a los profesionales que trabajan directamente los casos, podemos con-

a) Postura que defiende el carácter puramente objetivo del desamparo: el desamparo es una situación de hecho, en la que lo que importa es el resultado de desasistencia del menor. Por tanto, el desamparo no puede ser considerado como una forma de sanción a los padres sino como una forma de protección del hijo. Ello implica que si alguien atiende al menor no existe situación de desamparo. A esta tendencia es a la que se adhiere buena parte de la doctrina⁶⁴⁷.

b) Postura que defiende el carácter subjetivo: apunta como nota determinante para que se declare el desamparo, además de la situación de desasistencia moral o material del menor, que las personas que teniendo la obligación legal de atender al menor, debido a su incumplimiento, provocan dicha desasistencia⁶⁴⁸. Luego, aunque el menor está atendido, si no lo está por las personas que ostentan la patria potestad o tutela, subsiste la situación de desamparo. En situaciones de guarda de hecho, por tanto, procede declarar dicha situación⁶⁴⁹.

En derecho comparado observamos cómo el artículo 8 de la Ley núm. 184, de 4 de mayo de 1983 de Italia, dispone que el abandono surge ante la *falta de asistencia moral o material de los padres de los parientes obligados a prestársela y cuando la falta de asistencia no sea debida a fuerza mayor de carácter transitorio*⁶⁵⁰. Es un concepto objetivo, cuya comprobación corresponde al Juez. En el segundo párrafo de este artículo 8 se contempla el ámbito subjetivo del abandono, ya que subsiste éste incluso cuando los menores estén acogidos en un instituto de asistencia o se encuentren en acogimiento familiar; la norma confirma que el menor tiene la necesidad de crecer en una familia en la que se encuentre establemente acomodado⁶⁵¹. En el caso del

cluir que no se trata de situaciones aisladas, sino que son muy numerosos en el volumen total de casos que se trabajan día a día en estos Servicios. Como señala LASARTE ALVAREZ, C., en «Principios de Derecho civil. Derecho de Familia», ob. cit., pg. 464, leyes aparte, siempre ha tenido una relativa presencia social la situación de que un menor o incapacitado sea tutelado o protegido de hecho por una persona que no ostenta potestad alguna sobre él.

647. Señala gráficamente VALLADARES RASCÓN, E., en *La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo*, en «Centenario del Código Civil», Tomo II, Madrid, 1999, cit., pg. 2045, que lo definitorio para calificar el desamparo es que el menor reciba o no asistencia. Igualmente RUIZ-RICO RUIZ, «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores», Actualidad Civil, Madrid, 1988, cit., pg. 63, estima que no existe falta de asistencia cuando los padres o tutores entregan al menor, temporal o definitivamente, con intención de abandonar o sin ella. Son partidarios igualmente de esta interpretación objetiva del desamparo, entre otros: PÉREZ MARTÍN, A. J., «Adopción, acogimiento y tutela...», ob. cit., pg. 215; IGLESIAS REDONDO, J. I., «Guarda asistencial, tutela *ex lege* y acogimiento de menores», Cedecs, Barcelona, 1996, cit., pg. 201; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., «El desamparo y la tutela automática...», ob. cit., pg. 64. ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., en «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo», ob. cit., pg. 258, en que remarca la unanimidad de la doctrina en este sentido, pero tal como veremos a continuación tanto la doctrina como la jurisprudencia y la legislación autonómica y la práctica administrativa no se ponen de acuerdo al respecto.

648. La doctrina es minoritaria en la defensa de esta postura, entre otros: GONZÁLEZ LEÓN, C., «El abandono de menores en el Código Civil», Barcelona, Bosh Editores, 1995, cit., pg.87.

649. PALMA DEL TESO, A., en «Administraciones públicas y protección...», ob. cit., pg. 217 señala que el menor está en situación precaria, y al no estar obligado el guardador de hecho a asumir la guarda, no queda garantizado el derecho de asistencia y protección.

650. Ley italiana núm. 184, de 4 de mayo de 1983, sobre Disciplina de la Adopción y el Acogimiento, Gazzetta Ufficiale de 17 mayo de 1983 núm. 133 SO.

651. Nuestra doctrina se ha ocupado ampliamente del estudio de este artículo debido a la gran influencia que tuvo en la redacción de nuestro actual artículo 172 del Código Civil. Entre otros, BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., en «El desamparo y la tutela automática...», ob. cit., pg. 19

IV. Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo,...

acogimiento familiar se mantiene la situación de abandono, ya que el menor es atendido por personas que no son los progenitores. En cuanto a la normativa francesa, el artículo 350 del Código Civil francés se decanta por una aplicación objetiva del abandono, al señalar que *el abandono no será declarado si, en el transcurso del plazo previsto en el apartado primero del presente artículo, un miembro de la familia hubiera solicitado asumir la carga del niño y si esta petición se considerara conforme con el interés de este último.*

Mantener la postura objetiva tiene la ventaja de que se dota al menor de un tutor legal, ya que el guardador de hecho, o el acogedor, en cuanto no se ha declarado el desamparo, no ostenta la total representación del menor⁶⁵².

En cuanto a la legislación autonómica, la mayoría de los textos copian el tenor literal del artículo 172.1 para definir el desamparo⁶⁵³. Pero observamos que en alguna legislación se ha introducido una variación sustancial del concepto, al admitir que existe igualmente desamparo cuando las personas que atienden al menor no son sus guardadores legales, con independencia de que goce de una adecuada asistencia moral y material, como en el caso del artículo 63 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares⁶⁵⁴; artículo 22 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia⁶⁵⁵ y del artículo 2 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción de Cataluña⁶⁵⁶. Otras, como la de La Rioja, se decantan claramente por

y ss. y VARGAS CABRERA, B., en «La protección de menores en el ordenamiento jurídico», ob. cit., pg. 22.

652. En las entrevistas efectuadas a profesionales de los Servicios de Protección de Menores de Andalucía, observamos que la razón por la que se detectan estas situaciones de hecho suelen estar relacionadas con la falta de poder de representación del guardador: cuando hay que realizar una operación quirúrgica, o tramitar el Documento Nacional de Identidad, o matricular al menor en un centro escolar, se personan los guardadores ante el Servicio de Protección demandando legalizar su situación.

653. Así, por ejemplo, el artículo 51 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid o el artículo 56 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco. Es especialmente notorio el tratamiento que se realiza en la «Guía de actuación de los servicios sociales dirigidos a la infancia en el Territorio Histórico de Álava», ob. cit., pg. 80, de la situación de guarda de hecho, en que en los casos en que el menor está bien atendido por sus guardadores se considera que la mejor alternativa ante una situación que podría ser de acogimiento permanente, es promover la tutela ordinaria. Sólo se declarará el desamparo en el caso de que sea conveniente promover el acogimiento judicial y los padres no consientan.

654. Que dispone: 1. *Constituye una 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 las personas menores de edad, o cuando éstas queden privadas de la necesaria asistencia moral o material de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente.* 2. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, se consideran situaciones de desamparo, que apreciará en todo caso la autoridad administrativa competente, las siguientes: b. Inexistencia de las personas a las que legalmente corresponden las funciones de guarda.*

655. *En los términos del artículo 172.1 del Código Civil se considera que el menor está desamparado, entre otras situaciones, en las siguientes: cuando faltan las personas a las que por ley corresponde ejercer las funciones de guarda.*

656. 2. *Se considera que el menor está desamparado: Cuando faltan las personas a las cuales por Ley corres-*

el criterio objetivo, aclarando ésta expresamente que si existe guardador de hecho no existe desamparo y se puede optar por la alternativa del acogimiento o de la tutela⁶⁵⁷.

Toda la cuestión que tratamos está relacionada, además, con el hecho de que no existe un criterio uniforme sobre la vinculación del desamparo con la figura del acogimiento familiar, alternativa que puede ser válida para regularizar la situación de un menor en situación de guarda de hecho⁶⁵⁸. Si primamos el elemento subjetivo del desamparo, bastaría con el incumplimiento de las funciones inherentes a la patria potestad por quienes la ostentan, para proceder a su declaración. Pero en muchas ocasiones resulta embarazoso emitirla si falla el elemento objetivo del desamparo porque el menor está, *de facto*, atendido por miembros de su familia extensa que no desean enfrentarse con los padres, que simplemente solicitan un acogimiento para soslayar los problemas de representación que tienen respecto del menor⁶⁵⁹.

Respecto de la aplicación práctica de esta cuestión por las Entidades Públicas, con motivo de la asistencia a la Jornada de Profesionales sobre el Sistema de Protección de menores en la España de las Autonomías, así como en intercambios efectuados con profesionales de los Servicios de Protección de Menores de todas las provincias andaluzas y del resto de Comunidades autónomas, hemos tenido la oca-

ponde ejercer las funciones de guarda, o cuando estas personas están imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con grave peligro para el menor.

657. El artículo 49.3 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, señala que *no concurre la situación de desamparo cuando un guardador preste de hecho al menor la necesaria asistencia moral o material. En tal caso, si lo requiriera el interés del menor, la Administración pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja podrá promover la formalización de dicha guarda como acogimiento familiar o el nombramiento del guardador como tutor.*

658. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., en «El desamparo de menores», ob. cit., pgs. 119 y ss. analiza la relación del acogimiento con la guarda de hecho y el carácter autónomo del acogimiento. TOSCANO GIL, F., en «Acogimiento de menores y Administraciones públicas competentes en Andalucía», Actualidad Administrativa, Tomo I, Madrid, 2006, cit., pg. 23, vincula el acogimiento necesariamente a los menores que se encuentren en situación legal de desamparo, sin embargo, el Código Civil expresamente en su artículo 173.2 señala que *el acogimiento se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda.* Específicamente en cuanto a la determinación de la situación de desamparo ha concluido el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 3100), que *para que entre en funcionamiento la institución de acogimiento se precisa la demostración de la existencia de un menor en situación de desamparo, tal como ésta es definida en el artículo 172.1, párrafo segundo, del Código Civil, que se determina por la falta de atenciones a aquél a consecuencia del incumplimiento de los deberes de asistencia y protección*, entendiéndose por éstos los que incumben a los padres y constituyen el contenido de la patria potestad respecto a los hijos. Sin embargo en la jurisprudencia analizada, se observa que es amplia la que estima que no se debe dictar desamparo en situaciones de guarda de hecho y que el acogimiento no ha de estar vinculado necesariamente al desamparo.

659. Así se pone de manifiesto en «Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías», SOLER PRESAS, A. (MARTÍNEZ GARCÍA, C., Coord.), ob. cit., pg. 172, que señala que ante esta situación diversas Comunidades Autónomas optan por constituir un acogimiento administrativo recabando el consentimiento de los padres. Otras lo tienen expresamente prohibido por su Consejo Consultivo. La diversa forma de actuación en las distintas Comunidades Autónomas, refleja la inseguridad jurídica que provoca la actual regulación del desamparo.

sión de comprobar que no existe un criterio unánime a este respecto⁶⁶⁰. No concurre, por tanto, una unidad general en cuanto a si se debe declarar o no el desamparo ante situaciones de hecho y si el desamparo es requisito previo para constituir el acogimiento. Además esta regla puede variar en cada provincia (en los casos de Comunidades pluriprovinciales), en los distintos Juzgados de una misma provincia e incluso entre profesionales que trabajan en un mismo Servicio de Protección. Así, en algunos sectores no se admite que se adopte medida alguna de acogimiento o adopción, sin que se dicte previamente la resolución de desamparo y en otros sí⁶⁶¹. Esta variedad de actuación en distintos territorios encuentra su justificación en la falta de claridad de la norma.

Además, a todo lo expuesto hay que unir el hecho de que, el desamparo no se decreta en un solo acto, sino que es objeto de un procedimiento con unas fases determinadas. Ello implica lo siguiente: en ocasiones se declara el desamparo provisional de un menor e ingresa en un centro de protección, o bien, adoptada dicha medida continúa fuera del ámbito de la guarda de la Entidad pública por imposibilidad de ejecución de la misma, pero antes de que se ratifique dicha declaración provisional el menor pasa a ser atendido, incluso con el consentimiento de los padres, por terceras personas. ¿Procede ratificar en este caso la declaración de desamparo? Dependerá por tanto de si atendemos a la orientación objetiva o subjetiva del desamparo la ratificación o no de dicha medida cautelar.

A fin de demostrar la diferente forma de actuación generada de la falta de claridad de la dicción del artículo 172.1 del Código Civil, realizamos a continuación un estudio jurisprudencial, especialmente referido a la Audiencia Provincial de

660. Hemos mantenido igualmente entrevista con algunos profesionales y se concluye lo siguiente: En entrevista con una profesional de los Servicios de Protección de Cataluña señala que en su Comunidad, si el menor está en guarda de hecho se declara el desamparo (los artículos 253 a 258 del Código de Familia, Ley 9/1998, de 15 de julio, la regulan y en concreto establecen que *el guardador o guardadora de hecho es la persona física o jurídica que tiene acogido transitoriamente a un menor que ha sido desamparado por aquella o aquellas personas que deben tener cuidado del mismo*). En la práctica hasta hace poco tiempo siempre se declaraban los desamparos en estas situaciones, pero actualmente existe una tendencia a pensar que puede haber otras soluciones como la delegación de la guarda privada o la solicitud de la privación de la potestad de los padres para constituir una tutela ordinaria.

En La Rioja, la nueva normativa ha expresado claramente la interpretación que se realiza del Código Civil, pero ello no implica que no haya que interpretar caso por caso, y así, en situaciones, por ejemplo, en que el guardador no tiene relación de parentesco, se actúa con mucha cautela al decidir si existe o no situación de desamparo.

En entrevista con profesionales de la Comunidad de Murcia, apuntan igualmente que cuando los padres no atienden a los menores y lo hacen terceras personas, se declara la situación legal de desamparo.

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., en «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo», ob. cit., pg. 260 critica la definición de la norma catalana, por ser excesivamente restrictiva, al exigir una preexistente situación fáctica de desamparo.

661. Resulta especialmente clarificador el ejemplo relativo a la situación de menores atendidos por parientes respecto de los que se propone el acogimiento judicial (a veces porque los padres se oponen y otras porque están desaparecidos), a fin de dar forma legal a una situación de guarda de hecho: en Andalucía, donde hemos tenido la oportunidad de entrevistarlos con profesionales de todas las provincias, en algunas se dicta siempre un desamparo antes del acogimiento, y en otras no, con independencia de si el menor esta bien atendido por sus guardadores o no.

Cádiz, de las diversas sentencias dictadas a raíz de la llegada de menores inmigrantes acompañados de sus padres en patera, y entregados a familias para su cuidado en guarda de hecho, pero también referido a otras Audiencias Provinciales⁶⁶².

Postura objetiva. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004 (JUR 2006, 33273), revoca la declaración de desamparo de un menor en guarda de hecho, tras un año de permanencia con la familia guardadora y señala que lo importante es *interrogarnos sobre si el menor de edad que recibe la correcta asistencia material y moral de un guardador de hecho, es decir, de persona que no ostenta autoridad o poder jurídico alguno sobre el mismo, puede ser declarado en desamparo una vez transcurrido más de un año en tal situación (...) la existencia de un guardador que atiende de modo efectivo las necesidades del menor, excluye la situación de desamparo y por ende, la tutela administrativa. Mayoritariamente, los argumentos utilizados devienen de la propia exégesis del concepto legal de desamparo*⁶⁶³. Respecto de la ratificación, sanción o reconocimiento judicial de la guarda de hecho, la sentencia se pronuncia en contra de la misma: al tener conocimiento de la guarda de hecho la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, lo que éstos deben hacer, no es perpetuarla en el tiempo, sino de forma inmediata promover las instituciones tutelares, sin perjuicio de las medidas de control⁶⁶⁴.

Igualmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004 (JUR 2006, 33272), en términos muy similares, resuelve sobre la declaración de desamparo de dos menores en guarda de hecho y revoca dicha resolución sobre la base de que *la expresión «de hecho» utilizada por el artículo. 172.1 del Código Civil nos lleva necesariamente a atender datos puramente externos, sin juzgar valores internos ni la voluntad de los que incumplieron o están imposibilitados para ejercer sus deberes, ni las causas que motivaron su conducta.*

Este carácter objetivo del desamparo se pone de manifiesto en sentencias múltiples de las Audiencias Provinciales. El auto de la Audiencia Provincial Sevilla de 23 noviembre 1999 (AC 1999, 8672), define el desamparo sustancialmente por tres

662. DE PALMA DEL TESO, A., en «Administraciones Públicas y protección...», ob. cit., pg. 217, pone de manifiesto el gran número de situaciones de guarda de hecho que está generando la creciente inmigración en nuestro país.

663. Nuestro Tribunal Constitucional en diversas sentencias ha reconocido el derecho al amparo constitucional de personas que atienden al menor, no como padres sino como guardadores de hecho, sustentando así la teoría de que si lo importante es que al final se defienda el que se considera el mejor interés para los menores, los que los atienden tienen que poder defenderse a sí mismos y a los menores, estando legitimados por tanto para impugnar las decisiones judiciales ante el alto Tribunal. Así la Sentencia del Tribunal Constitucional 221/2002, de 25 de noviembre (BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2002 [RTC 2002, 221]), señala que *debemos considerar legitimados a los guardadores de hecho para recurrir en amparo una resolución judicial que consideran lesiva de los derechos fundamentales de la menor que tienen a su cargo... El interés superior del menor... impide que pueda negarse legitimación a quienes, ostentan la condición de guardadores de hecho de la menor. Y el artículo 216 del Código Civil dispone que las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código podrán ser acordadas también 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 e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos.*

664. Sobre esta Sentencia, ver comentario de MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., en «El desamparo de menores», ob. cit., pgs. 111 y ss.

IV. Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo,...

notas: 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 asistencia⁶⁶⁵. El auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 marzo de 1996 (AC 1996, 519), señala que *la situación de desamparo que contempla el artículo 172.2.º del Código Civil se configura como una situación objetiva o de hecho que, según reiteradísima Jurisprudencia, excluye toda idea o causación culpabilística. No implica pues una situación de abandono de los menores, sino de desamparo en tanto en cuanto se encuentran privados de la necesaria asistencia moral o material*. El Auto Audiencia Provincial Málaga de 14 septiembre de 2001 (JUR 2002, 154), lo expresa de la siguiente forma: (...) *las consideraciones fácticas expuestas, son por sí solas suficientes como para mantener la decisión judicial de primera instancia en todos y cada uno de sus apartados al concurrir los dos presupuestos necesarios para ello, el subjetivo, consistente en una actuación de completa dejación por quienes ejercían la guarda de los menores en sus deberes asistenciales, y, de otro, el objetivo, materializado en la constatación de abandono de los menores*. Y la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 22 junio de 1996 (RJ 1996, 6185) cuando señala que *la situación que se produce cuando una entidad asume las funciones de tutela respecto de un menor viene impuesta o predeterminada por una circunstancia de puro hecho, a la que la Administración tiene que hacer frente por virtud de las obligaciones que le impone la Constitución en cuanto a asegurar la protección social y económica de los menores*.

Postura subjetiva. La Sentencia Audiencia Provincial Cádiz de 20 de enero de 2006 (JUR 2006, 129140), se pronuncia sobre la oposición a la declaración de desamparo de una menor por parte de su madre, después de haber permanecido en guarda de hecho y la oposición de la Entidad pública a la decisión de primera instancia de que la menor continúe en guarda de hecho en lugar de en acogida con una familia seleccionada por dicha Entidad. En el fallo de la sentencia desestima ambas peticiones y decide que fue adecuada la declaración de desamparo y que la menor debe continuar con la guardadora de hecho. Respecto del desamparo la motivación es la siguiente: *se entiende que la menor estaba a la fecha de la resolución administrativa en situación de desamparo, declaración que por Ley conlleva la asunción de tutela por la entidad pública de protección de menores, la suspensión de la patria potestad y el ejercicio de la guarda por medio de cualquiera de la formulas previstas en la Ley. Y ello con independencia de que la Sra. R. y su familia se hubieran hecho cargo de la menor, puesto que ésta no estaba bajo la patria potestad de sus padres por las razones dichas ni tampoco bajo tutela alguna. Y además, aunque de hecho la niña Inmaculada recibía todo tipo de medios por parte de sus guardadores, es lo cierto que esta situación no se había producido a través del cauce legal establecido en los artículos 172 a 174 del Código Civil*. En el voto particular que formula el magistrado P. Marcelino Rodríguez Rosales, señala que a su entender *el desamparo en el sentido del artículo 172 del Código Civil consiste, no en que el menor deje de recibir la atención precisa, sino en que no se le presten quienes por Ley tienen obligación de hacerlo (...). Está en desamparo el menor a quien abandonan sus padres*,

665. Ampliamente comentado por MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J.: «La Protección Jurídica del Menor...», ob. cit., pgs. 41 y ss.

aunque otra persona, desinteresadamente o no, pero sin obligación ni vínculo jurídico ni personal con el niño, lo recoja y cuide de él. Existe el desamparo porque a esa persona no es exigible ninguna prestación con respecto al menor. No tiene por qué conservarlo, protegerlo, ampararlo o educarlo. Puede desprenderse de él en cualquier momento. El desamparo está presente al menos en sentido jurídico, suficiente para poner en marcha los mecanismos legales de protección.

De igual forma se resuelve la oposición a la declaración de desamparo en Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 16 de noviembre de 2004 (AC 2004, 2119), en que se ratifica la resolución pero resuelve que la menor continúe bajo la guarda de sus guardadores, sobre la base de los artículos 158 y 303 del Código Civil.

El Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 30 de enero de 2002 (JUR 2002, 74968), estima los recursos de apelación interpuestos por las partes procesales en los que la madre del menor y la guardadora de hecho solicitaban que esta última fuera nombrada tutora y el menor continuara conviviendo con ella. La Audiencia Provincial declara que el menor se encuentra en situación de desamparo, señala que *únicamente puede estar referido a los padres biológicos*, y, aplicando la excepción a la regla general que atribuiría la tutela a la Entidad pública de la Comunidad Autónoma, nombra tutora a la que hasta ahora era la guardadora. Se decanta claramente por la postura subjetiva del desamparo, al expresar que *el desamparo como hecho, aunque algún autor ha entendido que no existe si el menor esta bajo guarda de hecho, hay que referirlo a los padres biológicos, en relación a los cuales, de lo transcrito del recurso de la madre resulta la imposibilidad de ésta del ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes, con referencia a la patria potestad.*

La conclusión más importante de la exposición que hemos hecho no es realmente si se debe aplicar una u otra teoría, sino el hecho de la inseguridad jurídica que provoca la falta de claridad de la norma, que ha llevado a que ante situaciones idénticas se adopten soluciones opuestas tanto por la legislación y la jurisprudencia como por la doctrina y en la práctica administrativa. En todo caso, estimamos que un menor necesita siempre de un responsable parental (padre o tutor) que supla la capacidad que a él le falta, pero ello no implica necesariamente que la asunción de la tutela por la Entidad pública a través del desamparo sea la medida adecuada, en detrimento de la tutela de los particulares, como veremos seguidamente, en aplicación del artículo 239 del Código Civil⁶⁶⁶.

666. Sobre las posibles alternativas jurídicas para regularizar la situación de guarda de hecho, MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., en «El desamparo de menores», ob. cit., pg. 95. Este estudio fue el resultado del trabajo de investigación previo a la realización del presente trabajo de investigación. Asimismo, se pronuncia a favor del nombramiento de tutor sin necesidad de privación de patria potestad, por existir los presupuestos del desamparo, y sin necesidad de que éste sea declarado, el artículo 61 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, que dispone que *en relación con los menores de edad no emancipados y que no estuvieren bajo la patria potestad, cuando, por existir guardadores de hecho del menor, éste no se encuentre privado de la necesaria asistencia moral o material, si la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja tuviere conocimiento de ello lo comunicará al Ministerio Fiscal y a la Autoridad judicial, a los efectos prevenidos en el artículo 229 del Código Civil.*

5.4. EL ARTÍCULO 172.1 PÁRRAFO TERCERO: EFECTOS DEL DESAMPARO

El artículo 172.1 del Código Civil dispone que *la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.*

Son varias las cuestiones que suscita este apartado del artículo 172.1 del Código Civil con relación a la seguridad jurídica, y que nos interesa analizar en nuestro estudio: el concepto de suspensión, así como su relación con la privación de la patria potestad, y quiénes son los destinatarios de dicha suspensión.

a) ¿Qué se entiende por suspensión de la patria potestad? El término suspensión de la patria potestad desapareció del Código Civil tras la reforma efectuada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de Modificación del Código Civil en materia de Filiación, patria potestad y Régimen económico del Matrimonio⁶⁶⁷.

No queda clara la distinción entre la suspensión y la privación de la patria potestad y la doctrina menciona incluso que la suspensión podría determinar una privación parcial de la patria potestad⁶⁶⁸. Si bien algún sector doctrinal asimila la suspensión a la privación, sin embargo, la mayor parte de la misma considera que ambas figuras han de ser diferenciadas, especialmente en cuanto a sus efectos, conllevando la suspensión la subsistencia únicamente de la representación patrimonial del menor⁶⁶⁹. Podemos razonar que esta figura implica la suspensión temporal del ejercicio de la patria potestad, de forma que el nuevo tutor ejercerá el contenido de los artículos 267 y 269 del Código Civil⁶⁷⁰. Así, la Ley de Adopción Internacional ha introducido un nuevo apartado en el artículo 172 del Código Civil, en que se expresa que *durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución*

667. Que la regulaba en los artículos 170 (por incapacidad, ausencia, interdicción civil, dureza excesiva en el trato de los hijos, o por órdenes, consejos o ejemplos corruptores) y en el artículo 171 (apreciada por los Tribunales Tutelares de Menores).

668. En este sentido se pronuncia LINACERO DE LA FUENTE, M., en «Protección jurídica del menor», ob. cit., pg. 214. Igualmente alguna resolución judicial usa de forma indistinta ambos términos. Hay sentencias que confunden la suspensión con la privación de la patria potestad, así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de octubre de 2004 (JUR 2005, 23378), en procedimiento de oposición al desamparo, señala que *la cuestión objeto de debate en esta alzada se circunscribe a determinar si los recurrentes se encuentran incurso en causa de privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, respecto de su hija Gabriela, para declarar el desamparo de la misma buscando siempre el interés de la menor.*

669. De forma expresa menciona VARGAS CABRERA, B., en «La protección de menores en el ordenamiento jurídico», ob. cit., pgs. 93 y 108, que la tutela y la patria potestad no pueden convivir simultáneamente, sin embargo para la extinción de la patria potestad es requisito la declaración judicial. En cuanto a los deberes relativos a la administración del patrimonio, DE PALMA DEL TESO, A., en «Administraciones públicas y protección...», ob. cit., pg. 331, señala que la tutela pública implica la suspensión de la patria potestad sólo en los aspectos personales pero no patrimoniales. En la práctica, sin embargo, la única facultad que les queda a los padres que han sido suspendidos es la de mantener un régimen de relaciones personales con sus hijos, ya que desde la práctica profesional hemos podido observar que para cualquier acto de contenido patrimonial, en casos de compraventa ante notario, donaciones, gestiones ante compañías aseguradoras, actuaciones bancarias, se exige la representación por la Entidad pública como tutora del menor.

670. PÉREZ MARTÍN, A. J., «Adopción, acogimiento y tutela...», ob. cit., pg. 230, así lo señala.

administrativa por la que se declare el desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el número 1 de este artículo, están legitimados para solicitar que cese la suspensión.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia 260/1994, de 3 de octubre de 1994 (RTC1994, 260)⁶⁷¹, al conocer del recurso de amparo constitucional con motivo de la resolución de desamparo dictada por falta de escolarización de unos menores, utiliza incluso otra terminología, al señalar que *la situación escolar, por tanto, no es, para la Audiencia, circunstancia que, en el caso, justifique las medidas administrativas de tutela, y correspondiente «desposesión» de la patria potestad.*

Las consecuencias de que el artículo 172 otorgue efectos suspensivos y no privativos de la patria potestad al desamparo son las siguientes:

1.—En cuanto al consentimiento para el acogimiento y el asentimiento para la adopción, ambos se condicionan al hecho de que exista previamente privación de patria potestad, que no suspensión, en los términos de lo dispuesto en los artículos 173.2 y 177 del Código Civil, siendo el resultado de la oposición de los padres o tutores, la dilación en el tiempo en la adquisición para el menor y los que lo atienden de una posición emocional y jurídicamente segura, conllevando, en el caso de la adopción, incluso, un nuevo proceso judicial⁶⁷². Y si bien es cierto que siempre que se observen indicadores que pueden dar lugar a la privación de la patria potestad, previamente a que se adopten dichas medidas, se puede promover judicialmente la privación de la patria potestad en los términos del artículo 170 del Código Civil, sin embargo, de las entrevistas efectuadas con profesionales y de la práctica profesional, así como del estudio de sentencias efectuadas a lo largo de esta investigación, se deduce que esto normalmente no ha lugar, por lo que, tal como demostraremos más adelante, son muchos los casos en que los procedimientos de adopción se dilatan en el tiempo por este motivo.

2.—En cuanto a la promoción de la tutela ordinaria y el otorgamiento de facultades de tutela.

Respecto de la promoción de la tutela ordinaria el artículo 222 del Código Civil dispone que *están sujetos a tutela los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad y los menores que se hallen en situación de desamparo.* El artículo 239.2 del Código Civil, ubicado sistemáticamente en el Título X, Capítulo II, relativo a la tutela, Sección Segunda, de la delación de la tutela y nombramiento de tutor, dispone literalmente: *la tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172. Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor*

671. BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1994.

672. Deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil: *Los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación. Esta situación sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el artículo 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

IV. *Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo,...*

*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*⁶⁷³.

La interpretación de este artículo realizada por la jurisprudencia resulta confusa y poco segura, por los siguientes motivos⁶⁷⁴:

a) Algunas resoluciones judiciales entienden que es necesario que, previamente a la constitución de la tutela, se haya declarado el desamparo, como el auto de la Audiencia Provincial de Álava de 15 de junio de 1992 (AC 1992, 845), y el auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 13 julio de 1998 (AC 1998, 6279); y otras, sin embargo, estiman que es suficiente que existan los presupuestos legales para que exista el desamparo para constituir dicha tutela, así el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de enero de 2002 (JUR 2002, 74968), menciona que aunque *no se ha decretado el desamparo por la Entidad Pública de protección de menores, de no atender la abuela al menor, éste estaría en situación de desamparo* (por lo que ordena la constitución de la tutela ordinaria).

b) No se pronuncia tampoco sobre la necesidad o no de privar expresamente a los padres de patria potestad antes de constituir esta tutela, punto esencial que da lugar a que en muchas ocasiones la jurisprudencia se pronuncie por no constituir la tutela en aplicación de este artículo. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 17 de marzo de 2004 (JUR 2004, 129314), se pronuncia a favor de la privación previa⁶⁷⁵, mientras que el auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 91361), por el contrario, se muestra partidario de admitir el nombramiento de tutor sin la privación de patria potestad de los padres.

En los casos en que se ha constituido la tutela sin la privación previa de la patria potestad, se entiende que el menor estaría en situación de desamparo, de no haber sido atendido por sus guardadores. Por tanto, los padres quedan privados

673. En la legislación autonómica observamos la prioridad que se da a la tutela como primera alternativa cuando falla el intento de reintegración familiar, como medida de protección al menor. Así, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, en su artículo 10 establece el siguiente orden de prioridad de actuación en la actuación de la entidad pública respecto a la persona menor declarada en desamparo: 1.-*La reinserción del menor en el propio núcleo familiar en que se hubiera producido el desamparo, cuando ello sea posible y el interés del menor lo aconseje.* 2.-*La constitución de la tutela ordinaria, en los casos en que sea conveniente para el interés del menor.* 3.-*La adopción, cuando no sea conveniente la reinserción del menor en su familia de origen.* 4.-*La declaración de incapacidad del menor, en caso de que concurra alguna de las causas de incapacidad.* En parecido sentido se pronuncia el artículo 164 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia y artículo 61 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia.

674. Sobre esta cuestión MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., «El desamparo de menores», ob. cit., pg. 105.

675. Plantea el caso de un menor reconocido legalmente únicamente por su madre, la cual convive con los acogedores que solicitan la tutela, con el consentimiento de aquélla. Requiere la sentencia que potencialmente al menos, se dé la situación de desamparo para poder aplicar el artículo 239.2 del Código Civil. Alude a que no estamos ante un desamparo ni siquiera futuro, ya que la madre convive en el mismo domicilio y por ello estima que no se debe usar este artículo en fraude de ley cuando lo procedente es la privación de patria potestad, o la adopción del menor.

de patria potestad y no ostentan, ante el nombramiento de tutor, facultad alguna respecto de sus hijos.

Esta cuestión hay que ponerla en relación de nuevo, con la guarda de hecho. Hemos mencionado más arriba que en ciertas Comunidades Autónomas ante las situaciones de guarda de hecho se reacciona siempre decretando el desamparo y en otras no:

En el primer caso, la formalización de la tutela depende de que se interprete que la sola suspensión es suficiente, sin ser necesaria la privación de la patria potestad, para la constitución de la tutela.

En el segundo, la regularización de la situación jurídica del menor variará en función de la interpretación que del artículo 239 del Código Civil realice el Juzgado correspondiente, admitiendo o no la formalización de la tutela sin la declaración de desamparo, además de la interpretación que efectúe de si es necesaria o no previamente la privación de la patria potestad.

En cuanto al otorgamiento de facultades de tutela a los acogedores, es necesario cuestionar si sólo en los casos en que haya suspensión o privación de patria potestad se pueden otorgar a los acogedores dichas facultades, ya que parece que igual que la tutela es una alternativa a la patria potestad –bien suspendida, bien privada–, las facultades de tutela deberían igualmente otorgarse en detrimento del tutor –en este caso la Entidad pública– a los acogedores, pero sólo en tanto exista dicha tutela, ya que si la patria potestad no está ni suspendida ni privada, y no existe la tutela, no será posible otorgar facultades de tutela⁶⁷⁶. Sin embargo, la reforma del Código Civil realizada por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, al modificar el artículo 103, del Código, parece que aclara la cuestión⁶⁷⁷. En esta modificación se ha reconocido la

676. El artículo 173.3 del Código Civil dispone que en el caso del acogimiento familiar permanente, *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*. FLUITERS CASADO, R., «Acogimiento y adopción», ob. cit., pg. 304, sin embargo, señala que sólo procederá otorgar facultades de tutela cuando la Entidad pública haya asumido la tutela, ya que señala que lo contrario podría integrar una privación de facto de la patria potestad o tutela, cuando ésta no es la finalidad del acogimiento.

677. Dicho precepto expresa 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, confiándoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez*. Y, en alguna ocasión, en la práctica jurisdiccional se hallan casos en que se otorgan facultades tutelares sin necesidad de privar o suspender la patria potestad. Destacamos el contenido del Auto de 17 de junio de 2005, del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Málaga (al que hemos tenido acceso por nuestra actividad profesional), en que los guardadores de un menor procedente de Honduras, se personan en el Juzgado solicitando la guarda del mismo, sobre la base del artículo 303 del Código Civil. Señala el Juez en el auto que el menor convive con los guardadores desde hace dos años, y no se encuentra en situación de riesgo o desamparo, motivando la intervención judicial en el único hecho de que *es preciso regularizar la situación legal del menor con sus guardadores, dada la falta de cobertura jurídica de la misma, falta de cobertura que en ningún caso, y por muy mucho que se quieran extender los conceptos de riesgo y desamparo, puede subsumirse a tales situaciones de desprotección*. Por ello otorga la guarda a los guardadores, amparándose en

posibilidad de dar facultades de tutela a los abuelos manteniendo los padres la patria potestad intacta, sin necesidad de que la misma sea privada o suspendida⁶⁷⁸.

Respecto de cuáles son las facultades de tutela que se pueden otorgar a los acogedores, las menciona como correlativas al texto del artículo 154 del Código Civil: velar, compañía, formación, reptación y administración de bienes. En la práctica profesional hemos tenido acceso a autos de Juzgados de Primera Instancia en que se otorgan facultades de tutela de forma indistinta estando o no declarado el desamparo. Debemos observar que en muchos de ellos no se hace mención a cuáles son específicamente las facultades que se otorgan, lo cual provoca problemas en la vida diaria de los acogedores, por lo que consideramos que dicha precisión debe efectuarse siempre por las resoluciones judiciales.

b) Sujetos de la suspensión de la patria potestad.

En principio, la suspensión de la patria potestad, ante la ausencia de claridad del Código Civil, debe entenderse referida a ambos progenitores. Ya hemos estudiado, en el apartado referido a la guarda, los problemas derivados de la falta de unidad de criterio en la jurisprudencia sobre la posibilidad de otorgar la guarda a un solo progenitor estando vigente el desamparo o de resolución de los procedimientos de guarda y custodia en tanto no se ha revocado el desamparo⁶⁷⁹.

Por lo que respecta a los hijos como sujetos de la suspensión de la patria potestad, destacan los siguientes aspectos que hemos detectado a través de la práctica profesional y del intercambio efectuado a través de las entrevistas realizadas a profesionales:

Menores ilocalizados. En la práctica, en ocasiones se dicta resolución de desamparo de menores y se ordena su localización para ingreso en centro de protección a la policía. Sin embargo, pueden no ser localizados, o bien, una vez ingresados en centros de protección, se fugan de los mismos, especialmente en el caso de menores adolescentes. En estos casos la patria potestad está suspendida de derecho, pero no de hecho, ya que los menores continúan bajo la guarda de sus padres o guardadores. El problema que se plantea es si resulta conveniente mantener la tutela pública en estas condiciones. En la práctica, las Entidades públicas suelen esperar un tiempo prudencial, en tanto se intenta localizar al menor, procediendo a la revocación del desamparo en caso de que el menor no aparezca, con independencia de que con posterioridad se pueda iniciar un nuevo procedimiento de desamparo. La cuestión a plantear sería durante cuánto tiempo se puede mantener una situación de desamparo sin que se ejecute dicha resolución: en todo caso consideramos que para ejecutar ese desamparo, habrá que contar con la informa-

el artículo 158 del Código Civil *con las facultades necesarias para atender al menor respecto de su cuidado diario, salud y educación.*

678. ACEVEDO BERMEJO, A., en «Las relaciones abuelos-nietos...», ob. cit., pg. 35, menciona cómo por disposición judicial los abuelos desplazarían a los padres, de ahí el carácter excepcional que podría justificar una medida de esta naturaleza, de apartamiento de los padres de unos derechos/deberes, que por su condición de progenitores les incumben.

679. Capítulo 4, apartado 4.1 de esta publicación.

ción suficiente que garantice que las circunstancias que dieron lugar a esa declaración no han variado sustancialmente.

Grupos de hermanos. Es cuestionable si la suspensión de la patria potestad ha de afectar a todos o puede realizarse solo de algunos de ellos. En la práctica de los Servicios de protección se considera que cada hermano tiene una situación concreta, atendiendo a la edad, madurez, desarrollo evolutivo, lo que implica que en ocasiones los padres no sean capaces de atender a alguno de los hermanos pero sí a otros. Esta situación se vuelve especialmente complicada con relación a las madres toxicómanas, ya que en los procesos de rehabilitación hay muchos altibajos, por lo que es posible que a una madre le sea retirado un hijo al nacer por detectarse droga en orina, pero ante un segundo nacimiento, aun sin existir una rehabilitación completa, no sea precisa la retirada, e igualmente ocurre en los casos en que las madres padecen trastornos psiquiátricos⁶⁸⁰.

5.5. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DEL DESAMPARO

El Código Civil dispone en su artículo 218 que *las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil. Dichas resoluciones no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones*. Y el artículo 46 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil establece que *cuantos hechos afectan a la patria potestad, salvo la muerte de los progenitores, se inscribirán al margen de la inscripción de nacimiento de los hijos*⁶⁸¹.

La Constitución otorga competencia exclusiva al Estado en materia de Registro civil en el artículo 149.8 y algunas legislaciones autonómicas apuntan que la resolución administrativa de desamparo se remitirá para su inscripción en el Registro Civil⁶⁸². Sin embargo ni la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, por la que se modifi-

680. En Sentencia del TEDH, de 27 de abril de 2000 (TEDH 2000, 221), caso K. y T. contra Finlandia, el Tribunal estima que las razones esgrimidas eran injustificadas, los métodos utilizados eran arbitrarios en la retirada de una menor del hospital, justo después del nacimiento. La madre padecía psicosis, pero no queda demostrado que no fuera capaz de atender a su hija en el momento del nacimiento sin riesgo para la misma. Respecto del hijo, se encontraba en guarda en un centro de protección, a solicitud de los padres, por lo que se considera que tampoco existía riesgo alguno. En cuanto al tiempo de duración de la *care order*, también lo estima excesivo, ya que no hubo esfuerzos por parte de las autoridades nacionales para el retorno al hogar.

681. Sobre la inscripción del nacimiento, ALBALADEJO GARCÍA, M., en «Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro», cit., pgs. 166-191, Revista de derecho privado, núm. 81, 1997, Madrid.

682. Entre otros: El artículo 34 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa dispone que la Administración de la Junta de Andalucía, *a través de los órganos competentes, asumirá la tutela de los menores cuando éstos sean declarados en situación de desamparo o así lo determine una resolución judicial, debiendo comunicarlo al Registro Civil para que proceda a su inscripción*. El artículo 24.3 del Decreto 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los Procedimientos Relativos a la Protección de Menores y a la Adopción y se regula el Registro de Protección de la Infancia y Adolescencia de Cantabria señala que *la asunción de la tutela además será comunicada al Registro Civil*. El artículo 9.2 del Decreto 121/1988, de 23 de noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor de la Comunidad de Madrid estipula que *acordándose la constitución de la tutela, deberá ser notificado también al Ministerio Fiscal y al Registro Civil*.

can determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor/1996 han abordado la cuestión de la inscripción del desamparo en el Registro Civil.

Es escasa la doctrina que encontramos sobre la cuestión, pero coincide en la necesidad de dar publicidad registral al desamparo⁶⁸³. La postura de la Dirección General de Registros y del Notariado, en Resolución de 22 de junio de 1996, considera que la tutela legal no es objeto de inscripción principal en la Sección Cuarta del Registro Civil, y que, por tanto, tampoco la suspensión de la patria potestad daría lugar a la inscripción marginal en el folio de nacimiento del tutelado. Sin embargo sí sería posible dejar constancia registral de la constitución de esta tutela legal mediante anotación marginal en la inscripción de nacimiento del menor tutelado, en los términos del artículo 38 de la Ley de Registro Civil⁶⁸⁴. La resolución mencionada se apoya en la tesis de la posibilidad de anotación marginal del acogimiento, considerando que habitualmente éste trae causa de la previa declaración de la situación de desamparo, nada debe obstar para que ésta sea igualmente objeto de anotación marginal, a los efectos de lograr su publicidad mediante la institución registral.

Aborda la cuestión igualmente la Resolución de 30 de mayo de 2006 de la Dirección General de Registros y del Notariado (RJ 2007, 3393), resuelta a raíz de la reclamación interpuesta por el Servicio de Protección de Menores de Málaga, tras negar el Registro civil la inscripción del desamparo de un menor. En su argumentación para que no se proceda a la inscripción esgrime lo siguiente: Señala que se trata de una tutela, radicalmente distinta de la tutela ordinaria, no es susceptible de inscripción por basarse en una situación de hecho del desamparo de un menor, por corresponder por ministerio de la ley y por no permitirlo el artículo 218 del Código Civil. Apunta que *no es inscribible la suspensión de la patria potestad ligada a dicha tutela, pues no es una suspensión absoluta; es una consecuencia legal de la situación de hecho de desamparo, que podrá hacerse usar cuando se use éste*. Sin embargo admite que se dé publicidad registral a la situación jurídica derivada de la declaración administrativa de desamparo con el valor meramente informativo que le corresponde, a través de una anotación marginal de las previstas en el núm. 1 del artículo 38 de la Ley del Registro Civil respecto del procedimiento administrativo que ha concluido con la citada declaración

683. RUIZ-RICO RUIZ, «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores», Actualidad Civil, Madrid, 1988, cit., pg. 67 estima que el desamparo debería ser objeto de inscripción a fin de que la misma tuviera efectos frente a terceros. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., en «El desamparo y la tutela automática...», ob. cit., pgs. 310 y ss., considera que se trata de una laguna legal, y que lo procedente es realizar la anotación marginal del desamparo. SALVADOR GUTIÉRREZ, S., ha estudiado esta cuestión, en «Algunas instituciones de protección del menor y su régimen registral», Actualidad Civil, Madrid, 1998, cit., pg. 89, concluye que se debe realizar al menos la inscripción marginal. IGLESIAS REDONDO, J. I., es defensor de la inscripción, ya que sostiene, mantener lo contrario, además de carecer de justificación, sería contraproducente a los efectos de asegurar la protección integral de los hijos, en «Guarda asistencial, tutela *ex lege* y acogimiento de menores», Cedecs, Barcelona, 1997, ob. cit., pg. 97.

684. Que dispone que a *petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, se anotará, con valor simplemente informativo y con expresión de circunstancias: El procedimiento judicial o gubernativo entablado que pueda afectar al contenido del Registro*.

del menor en situación legal de desamparo, toda vez que dicho procedimiento puede afectar al contenido del Registro en caso de que de lugar con posterioridad a la privación judicial de la patria potestad, a la entrega del menor en régimen de acogimiento en cualquiera de las modalidades previstas por la ley o a la constitución judicial de una tutela ordinaria logrando con ello una publicidad informativa que puede salvar los inconvenientes prácticos a que se refiere en sus alegaciones la entidad recurrente que, por lo demás, aconseja, salvando las numerosas deficiencias técnicas que nuestra doctrina científica ha señalado respecto del artículo 172 del Código Civil, mejorar de «lege ferenda» la coordinación de estas llamadas tutelas administrativas con el Registro Civil.

Al hilo de este último párrafo, que menciona la necesidad de coordinación de las tutelas administrativas con el Código Civil, debemos recordar que las normativas autonómicas han contemplado igualmente la creación de registros de tutelas⁶⁸⁵. Además el artículo 23 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor señala que *para el ejercicio de la función de vigilancia de la tutela que atribuyen al Ministerio Fiscal los artículos 174 y 232 del Código Civil, se llevará en cada Fiscalía un Índice de Tutelas de Menores*. De esta forma observamos cómo la constancia registral de la tutela administrativa puede figurar en distintos instrumentos registrales. De cara a la seguridad jurídica estimamos que publicidad registral del desamparo se debe garantizar a través de un único registro y que el Registro Civil el instrumento adecuado para ello, ya que en el mismo se reflejan el resto de hechos que afectan a la patria potestad⁶⁸⁶.

Hemos observado otra cuestión referida a la seguridad jurídica y la inscripción registral del nacimiento. Cuando se inscribe el nacimiento de un menor se ha de completar igualmente un boletín estadístico de parto que se remite por el Registro Civil para su entrega al Instituto Nacional de Estadística. Dicho Boletín, conforme a lo dispuesto en el artículo 64 del Reglamento de Población y Demarcación de las

685. Entre otros, el Título V 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; el Título IV, Capítulo V de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares; o el Capítulo VII del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa dispone que la Administración de la Junta de Andalucía.

686. De esta forma se evitarían situaciones como la planteada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 10 de diciembre de 2001 (JUR 2002, 66372), en que el juzgador se encuentra con *la confluencia de actuaciones administrativas y judiciales acerca del fondo del asunto, que convergen en la actualidad en la paradójica situación jurídica de que hay dos guardadores del menor, que lo son en virtud de títulos jurídicos formalmente incompatibles, ya que a la madre se le otorga la guarda y custodia de la menor, habiéndose acordado previamente el acogimiento de la misma por la Entidad pública. Y se evitaría la incertidumbre en que se encuentran los Juzgados sobre la posible situación de desamparo de los menores, tal como refiere la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de julio de 2002 (JUR 2002, 275615), al señalar que es doctrina consolidada de esta Sala que constando vigente un pronunciamiento administrativo de desamparo y adopción de medidas de protección, no contradicho judicialmente o, estando en curso el correspondiente procedimiento 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 como tampoco constituir un organismo tutelar ordinario, 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.*

Entidades Locales, es remitido a los Ayuntamientos para dar de alta al recién nacido en el Padrón Municipal de Habitantes. El menor queda inscrito en el padrón municipal con los apellidos de la madre (y, en su caso, del padre) en el domicilio de ésta. En los casos de renuncia para entrega del menor en adopción, la madre, o cualquier otro familiar, al solicitar una certificación de datos al padrón, se pueden encontrar los datos del menor, del que puede que ni siquiera sepa el sexo, inscrito en su hoja del Padrón⁶⁸⁷. Y en aquellos casos en que la retirada se realiza sin el consentimiento de los padres, la inscripción en el Padrón municipal puede suponer que se le den ayudas sociales aun teniendo la patria potestad suspendida y el hijo retirado.

Esta cuestión ha de relacionarse con los problemas que hemos observado que derivan de la reforma operada en el artículo 167 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, que anteponía, el derecho del hijo a conocer la identidad biológica de la madre al derecho de la madre a ocultársela, tras acatar la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999, que entiende que el mismo ha de ser derogado por inconstitucionalidad sobrevenida⁶⁸⁸. De esta forma queda suprimido el derecho que en la regulación anterior tenía la madre, por su sola voluntad, de ocultar la maternidad, lo que, considera el Tribunal, vulnera el derecho a la identidad biológica. Las consecuencias para el sistema de protección derivadas de esta reforma han sido las siguientes, tal como expresan profesionales que trabajan desde fecha anterior a la misma, en Servicios de Protección:

Antes de la reforma, cuando una madre quería dar a su hijo en adopción, se le garantizaba el anonimato. Con ello se facilitaba que madres solas, inmigrantes o adolescentes que dieran a sus hijos en adopción y se obtenían dos beneficios:

- Se evitaba, en mayor medida que en la actualidad, que los menores fueran abandonados (en la calle, en contenedores...), ya que estas personas, al no estar identificadas, no tenían el miedo a que personas de su entorno conocieran el nacimiento⁶⁸⁹. En el caso de inmigrantes ilegales, se consideraban en

687. Hemos conocido una situación como la descrita en el Servicio de Protección de Menores de Málaga. Una madre adolescente dio a su hija en adopción (sin saber siquiera que era niña y sin haber puesto ella nombre a la misma, ya que de este trámite se encargó el Servicio de Protección, en ejercicio de la tutela asumida) y, posteriormente al pedir datos en el padrón, apareció el nombre de la menor con sus apellidos.

688. El artículo 167 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil señala lo siguiente: *En el parte de nacimiento, además del nombre, apellidos, carácter y número de colegiación de quien los suscribe, constarán, con la precisión que la inscripción requiere, la fecha, hora y lugar del alumbramiento, sexo del nacido y menciones de identidad de la madre, indicando si es conocida de ciencia propia o acreditada, y en este supuesto, documentos oficiales examinados o menciones de identidad de persona que afirme los datos, la cual, con la madre, firmará el parte, salvo si ésta no puede o se opone, circunstancia que también se hará constar. El parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad.*

689. Cada cierto tiempo nos hacemos eco de la publicación de noticias del tipo que se pueden leer en los siguientes artículos periodísticos, y que podemos observar que no son hechos aislados. Es más, éstos son sólo los casos que saltan a la luz, pero se desconoce el número de abandono y muerte de recién nacidos. AGUILERA GARCÍA, J., denuncia esta situación en el

una situación más segura por este anonimato (en su ignorancia, piensan que cometen un delito al dar al hijo en adopción, o bien que pueden ser expulsadas del país, o localizadas por los servicios de inmigración).

- Se evitaba la búsqueda de familiares del menor para su reintegración a su familia biológica. Hemos tenido oportunidad de debatir esta cuestión en ámbitos judiciales y de la administración, y se da la paradoja de que aunque la madre solicita que su familia no conozca el hecho del nacimiento (el hijo puede ser fruto de una relación extramatrimonial, o tratarse de una adolescente, o una mujer que cuya religión no admite la relación que ha mantenido), la Administración busca al padre, o a la familia extensa, en España o en el país de origen del menor para ofrecerles que se hagan cargo del menor⁶⁹⁰. Es cierto que el menor tiene derecho al mantenimiento en su familia de origen, pero el derecho a la vida, que se garantizaba más cuando el menor podía ser de filiación desconocida, quedaba más resguardado. El problema se agrava, cuando el menor es hijo de una relación extramatrimonial, ya que en este caso, puede que haya que localizar al marido, que puede tener la presunción legal de paternidad.

El TEDH, en Sentencia de 13 de febrero de 2003 (TEDH 2003, 8), caso Odièvre, se ha pronunciado en un sentido diverso al que propone el Tribunal Supremo, considerando que el levantamiento del secreto del nacimiento podría comportar riesgos importantes no sólo para la madre, sino también para la familia adoptiva, y para el padre y los hijos biológicos, cuando todos ellos tienen el mismo derecho de respeto a su vida privada y familiar. Sostiene esta resolución que los Estados deben poder elegir los medios que estimen mejores para la conciliación de los intereses en juego en cada caso⁶⁹¹.

No podemos dejar de mencionar la situación de inseguridad emocional que padecen los menores que se encuentran en procesos de adopción, por el hecho de que durante todo el tiempo que tardan en obtener una adopción firme han de conservar los apellidos de sus padres biológicos (en el estudio estadístico que realizamos en el siguiente capítulo, hemos comprobado que puede llegar a 11 años el tiempo en que tarda desde que inicia la convivencia con la familia acogedora

artículo «Madres desconocidas», publicado en el Diario 7 días, de Málaga, el día 8 de febrero de 2008 (<http://www.jaimeaguilera.net/>). Así, la reciente noticia publicada sobre un basurero que se encuentra un feto en un contenedor de basura el día 31 de enero de 2008, en Santa Fe, Granada (http://www.cadenaser.com/espana/articulo/basurero-halla-feto-contenedor-granada/csrsrpor/20080131csrsrnac_4/Tes); o el caso de otra menor hallada aún con vida, igualmente en un contenedor Málaga en la misma fecha (http://www.elpais.com/articulo/espana/Hallado/feto/muerto/contenedor/Granada/elpepuesp/20080131elpepunac_5/Tes).

690. No existe un criterio unánime sobre esta cuestión. En las provincias andaluzas observamos que existe una disparidad de forma de actuación en los Servicios de Protección de Menores a este respecto. En algunos casos se realiza la investigación sobre la familia, en otros no, pasando el menor de forma ágil a una familia adoptiva.

691. RUBIO TORRANO, E., en «El secreto de la maternidad», Aranzadi Civil, núm. 9/2003, Parte Tribuna, cit., pg. 4, Aranzadi, Pamplona, 2003 (BIB 2003, 955), estudia cómo en Francia sí es reconocido el derecho de la madre a ocultar su identidad.

IV. Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo,...

hasta firmeza de la adopción)⁶⁹². En tanto los procesos de acogimiento preadoptivo y adopción puedan conllevar plazos tan extensos se debe valorar la alternativa de realizar una inscripción transitoria en el Registro Civil, al iniciar el acogimiento preadoptivo, que quedara confirmada o anulada en el momento de la adopción. Ofrecen una alternativa, para cuando ya se han usado de hecho los apellidos de los adoptantes los artículos 205 y 207 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. No hemos hallado ningún caso en que se halla acudido a esta opción⁶⁹³.

Respecto del libro de familia, hemos de indicar que éste es el documento que se suele solicitar para avalar la relación familiar y conceder prestaciones sociales. El problema es que en este documento, a pesar de lo indicado apuntado en el artículo 36 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, en la práctica, no se hace indicar mención alguna al desamparo o al acogimiento, con lo que según los profesionales entrevistados, puede suceder que los padres, teniendo la patria potestad suspendida, se beneficien de derechos sociales que no les corresponden⁶⁹⁴.

692. En la práctica profesional y en conversaciones mantenidas con psicólogos que trabajan en el sistema de protección, se pone de manifiesto el daño emocional que produce esta situación a los menores, ya que a pesar de que los adoptantes suelen evitar que se les llame por sus apellidos antiguos, hemos conocido casos de menores que en la consulta del médico, en el colegio ante sus compañeros y en otras situaciones parecidas, se les nombre por los apellidos de la familia biológica. Incluso hemos conocido de menores que no quieren hacerse el Documento Nacional de Identidad hasta que tengan sus nuevos apellidos (situación muy frecuente cuando se quieren federar para participar en competiciones deportivas, no admitiendo un documento que no refleje su actual identidad adoptiva). En el artículo del Diario El País, de 2 de julio de 2006, en el reportaje «Las cuatro vidas de Angeles», se relata la experiencia de la, ya mayor de edad, M^a Angeles, conocida como la niña de Benamaurel, que tuvo tres nombres y cuatro familias diferentes (http://www.elpais.com/articulo/portada/vidas/angeles/elpepusocdmg/20060702elpdmgpor_2/Tes).

693. El artículo 205 señala lo siguiente: El Ministerio de Justicia puede autorizar cambios de nombre y apellidos, previo expediente instruido en forma reglamentaria. *Son requisitos necesarios de la petición de cambio de apellidos: Que el apellido en la forma propuesta constituya una situación de hecho no creada por el interesado.* Y el artículo 207 apunta que *bastará que se cumpla el requisito del número 1 del artículo 205, para que pueda autorizarse el cambio de apellidos en los siguientes casos: Si se tratare de apellido o apellidos que no correspondan por naturaleza y el propuesto sea usual o perteneciere a la línea de apellidos conocida. Si el apellido o apellidos solicitados correspondieren a quien hubiere adoptado, prohijado o acogido de hecho al interesado, siempre que aquél, o por haber fallecido, sus herederos, den su consentimiento al cambio. En todo caso se requiere que, por sí o por sus representantes legales, asientan al cambio el cónyuge y descendientes del titular del apellido.*

694. Este artículo señala que *en el Libro se asentará con valor de certificaciones cualquier hecho que afecte a la patria potestad y la defunción de los hijos, si ocurre antes de la emancipación.*

El paso del tiempo como causa de inseguridad jurídica en el sistema de protección de menores

Tal como hemos mencionado más arriba, ha definido el Tribunal Constitucional en Sentencia 27/1981, de 20 de julio (RTC 1981, 27)⁶⁹⁵, la seguridad jurídica como *suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad (...), es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad*. Vamos a relacionar en este apartado la certeza y la agilidad del derecho con la obtención de la justicia, ya que lo que debemos cuestionar seguidamente es si nuestro sistema jurídico se somete al principio de seguridad jurídica en relación con el respeto al hecho de que los menores necesitan alternativas jurídicas que les den estabilidad emocional hoy y no mañana, porque para entonces el perjuicio ya se habrá producido; y para los que el paso de cada día en un centro de protección, en un acogimiento provisional o en un proceso adoptivo cuenta. Igualmente procederemos a analizar cómo influye emocionalmente en los menores el paso del tiempo cuando se encuentran con medidas jurídicas provisionales y el papel que juegan en ello la Administración de Justicia y la Administración pública.

Por ello, en primer lugar nos acercamos a la Psicología Evolutiva y estudiamos la relevancia de la creación y mantenimiento del vínculo de apego en los menores en el sistema de protección. Seguidamente realizamos un análisis del tratamiento del tiempo en la legislación y la jurisprudencia, en lo que respecta a las medidas de protección, esencialmente de la figura del desamparo y a las consecuencias derivadas del mismo, el acogimiento y la adopción.

1. EFECTOS EMOCIONALES DEL PASO DEL TIEMPO EN LOS MENORES CON MEDIDA DE PROTECCIÓN

La Psicología Evolutiva tiene por objeto el estudio del cambio en la conducta relacionado con la edad, y por tanto, a lo largo de todo el ciclo vital, concerniente al desarrollo afectivo y social de los sujetos. La teoría del apego se ha encargado de explicar cómo los niños desarrollan sus necesidades humanas esenciales, y, en concreto, la necesidad de sentirse seguros, de sentirse protegidos por una o varias

695. BOE núm. 193 de 13 de agosto de 1981.

personas a las que consideran disponibles, incondicionales y eficaces. Ya hemos mencionado la teoría del apego, al estudiar los regímenes de relaciones personales de los menores, y ahora lo haremos con relación a los efectos adversos del paso del tiempo en los menores. Se denomina apego al lazo afectivo duradero que el menor establece con otra persona, habitualmente el cuidador principal, que le lleva a mantener la proximidad y la interacción con ella y en la que el menor halla una base de seguridad que le permite explorar el mundo físico y social que le rodea a la vez que le sirve de refugio ante las situaciones que le provocan temor, tristeza o ansiedad.

Basándose en el tipo de conductas que el menor presenta en presencia de la figura de apego, en la interacción de éste con una persona extraña y en la reacción del menor ante la separación y el reencuentro con la figura de apego, M. AINSWORTH, en 1978 desarrolló un procedimiento breve para evaluar la calidad y seguridad del vínculo niño-figura de apego en los dos primeros años de vida, ampliamente validado en la actualidad, distinguiendo entre tres tipos de apego: seguro, ansioso ambivalente y evitativo. En el apego seguro se establece una relación de confianza por parte del niño con sus figuras de apego que le permite explorar el mundo con seguridad y confianza, favoreciendo así un adecuado desarrollo afectivo, social y cognitivo del menor. Los otros dos tipos de apego se caracterizan principalmente por la ausencia de seguridad y confianza en la figura de apego. Recientemente se ha descrito un cuarto tipo de apego, el ansioso desorganizado, también conocido como ansioso evitativo⁶⁹⁶.

Existen períodos de la vida del niño en que está más receptivo a la creación de vínculos de apego seguros. Generalmente, la manifestación del vínculo de apego

696. Sobre esta cuestión, LÓPEZ SÁNCHEZ, F. [et al.], en «Desarrollo afectivo y social», Pirámide, Madrid, 2003, cit., pg. 48.

Cuando hay un apego seguro en presencia de la figura de apego exploran activamente el entorno. En ausencia de la madre la exploración decae y la angustia por la separación es evidente. Cuando la madre vuelve el niño muestra señales de alegría y activa las conductas de apego hacia ella.

En el apego inseguro ansioso ambivalente los niños apenas exploran el entorno en presencia de la madre, su preocupación por el paradero de la madre hace que no se alejen de ella. Cuando la madre se va la ansiedad ante la separación es muy intensa, cuando ésta regresa se muestra ambivalente: buscan su proximidad pero al iniciar contactos la madre la rechazan. A diferencia del grupo anterior, son difícilmente consolables tras la separación. Las madres de este grupo proceden de manera inconsciente, se muestran sensibles y cálidas en algunas ocasiones y en otras insensibles. Esto lleva al niño a la inseguridad.

En menores con apego inseguro evitativo, durante el juego no utilizan a la madre como base para la exploración, no miran si está presente. Cuando la madre se va no muestran estar afectados por su marcha. Cuando vuelve, si la madre busca contacto el niño lo rechaza. Parecen estar sus respuestas afectivas cortocircuitadas. Este desapego recuerda al de niños con separaciones dolorosas. Las madres de estos niños son insensibles a sus peticiones y rechazantes. Su estilo interactivo es caracterizado por la irresponsabilidad y el rechazo; no responden a las señales de apego de sus hijos, les bloquean el acceso y son poco pacientes y tolerantes con las expresiones de necesidad de sus hijos.

El apego ansioso desorganizado recoge las características de los dos últimos, los menores muestran una mayor inseguridad. Tras la separación muestran conductas confusas y desorganizadas. Se ha observado en niños que han sufrido de negligencia y maltratos físicos, que han experimentado ciclos de protección y también de rechazo y agresión. Han desarrollado frente a la figura de apego vinculación y temor.

en un menor en circunstancias normales, en que es criado por sus padres u otras personas que lo atienden desde su nacimiento, tiene lugar alrededor del octavo mes de vida. Cuando por cualquier circunstancia esto no ocurre en este período, pueden crearse vínculos posteriormente, pero serán mayores las dificultades para el menor. La actuación lenta de la Administración, unida al actual sistema legislativo implica que el menor se ha de ver expuesto a experiencias negativas que le privan del aprendizaje de patrones de comportamiento esenciales para su desarrollo.

R. F. MARCUS., recuerda la teoría del apego enunciada por BOWLBY (1969), y el hecho de que AINSWRIGHT (1975) la reformula sobre la base de que los niños responden a un elenco variado de estímulos relacionados todos ellos con el hecho de que se sientan o no seguros respecto de su figura de apego, estableciendo así los distintos tipos de apego expuestos anteriormente, concluyendo que aquellos menores que han desarrollado un apego seguro muestran menos problemas de comportamiento que aquellos que han desarrollado un apego no seguro. Asimismo señala cómo las investigaciones desarrolladas demuestran que el apego seguro en la infancia es importante para desarrollar una adecuada salud social, emocional y un buen desarrollo cognitivo. Describe en este estudio los problemas añadidos que sufren los menores por el hecho de su acogimiento⁶⁹⁷. Desde el punto del vista jurídico, el menor sale en acogimiento provisional y en tanto se dicta auto de acogimiento y el mismo adquiere firmeza, pueden transcurrir varios años, como veremos más adelante, luego existen motivos para pensar que nuestro sistema legal no contribuye de forma alguna a conseguir crear entre menores y acogedores ese vínculo de apego seguro.

Describe los comportamientos que desarrollan los menores que no tienen un apego seguro, M. F. ERICKSON: sobre dependencia de los profesores para que le presten atención, falta de confianza y de motivación para aprender, dificultad para tener amigos, desobediencia y agresión (...). Este comportamiento los hace vulnerables a ser tanto víctimas como a victimizar a los demás. De esta forma se refuerzan los modelos negativos de sí mismos y de los demás⁶⁹⁸.

Refiere las consecuencias de la separación del niño de la figura de apego así como el proceso de duelo que ha de sufrir un menor cuando es separado de la misma, y la forma en que se puede ayudar al menor a crear un nuevo vínculo de este tipo, P. D. STEINHAEUER. Se trata de un proceso lento, que depende de muchos factores, como el haber tenido previamente una figura de apego segura, el temperamento del niño o el ambiente en que ha sido educado⁶⁹⁹. Por ello, se debe de evitar la institucionalización de menores en centros de protección, procurando

697. «*The attachment of children in foster care*», *Genetic, Social and General Psychology*, 117, Washington, 1991, cit., pgs. 367 y ss.

698. «*Children-Adult attachment: a lens for viewing decisions that affect children and families*», Youth and Family Consortium, Minneapolis, 1998, cit., pg. 2.

699. *Issues of attachment and separation: mourning and loss in children*, en «*The last detrimental alternative. A systematic guide to case planning and decision making for children care*», Universidad de Toronto, 1991, cit., pg. 39.

encontrar el núcleo familiar adecuado para los mismos. Sin embargo, la interposición de recursos jurisdiccionales y la tardanza en su resolución ralentizan que la figura jurídica bajo la cual permanecen en el núcleo familiar sea la que más estabilidad le proporcione al menor: así, si existe recurso contra el desamparo, aun cuando ya se ha decidido que la figura jurídica adecuada para el menor es el acogimiento preadoptivo, es posible que el menor bien permanezca en centro de protección, bien salga en acogimiento simple. El problema es que los plazos de resolución de recursos jurisdiccionales entre primera y segunda instancia pueden ser superiores a los dos años.

En cuanto a los niños que se encuentran en situación de acogimiento preadoptivo (siempre que tengan la madurez, por su edad, suficiente para comprender su situación), el problema es que tienen que enfrentarse a superar su pasado (el rechazo que han sufrido por parte de sus padres) y además tienen que aprender a vivir en un núcleo familiar con el que no está garantizada la estabilidad (están pendientes de las resoluciones judiciales). Ni por parte de los acogedores ni de los menores, en estas circunstancias se puede crear un vínculo de apego seguro, ya que necesitan saber que definitivamente no serán separados por las decisiones judiciales en un plazo razonable. Y en muchos casos, llegan a la adolescencia sin que dicha seguridad se les haya proporcionado. Existen estudios sobre el apego, que revelan la necesidad de los adolescentes de acudir a las figuras de apego en momentos de crisis, así como la necesidad de la incondicionalidad y la disponibilidad de las figuras de apego para sentirse seguros y abrirse cada vez más y de forma más atrevida y, hasta arriesgada, a otras relaciones sociales y a la primera experiencia de pareja⁷⁰⁰. Pero para ello es preciso que también esta figura jurídica se haya consolidado, y ello, en la adopción de menores que pasan a acogimiento preadoptivo en edades cercanas a la adolescencia no se consolida hasta que la misma es definitiva.

Hace una descripción de los niños en acogimiento temporal de larga duración, comparándolos con los adoptados, J. TRISELIOTIS, señalando que son los que más dificultad tienen para desarrollar su identidad y sentirse seguros. Los niños pueden sentirse diferentes por haber sido abandonados por sus familias, no respondiendo a las expectativas de las normas de la sociedad. Ese temor les lleva a ocultar que son acogidos y a veces quieren cambiar sus apellidos y tomar el de sus padres acogedores para no llamar la atención y para manifestar su deseo de identidad con los acogedores⁷⁰¹. Esta situación la han de afrontar los menores que se encuentran en acogimiento, y es indiferente que el mismo sea simple, permanente o preadoptivo. La diferencia está, en que los niños que se van a beneficiar de la adopción no

700. Sobre esta cuestión, LÓPEZ, F. [et al.], en «Desarrollo afectivo y social», Pirámide, Madrid, 2003, cit., pg. 69 y PATERSON, J. E., FIELD, J. y PRIOR, J., «Adolescent perceptions of their attachment relationships with their mothers, fathers and friends», *Journal of youth and adolescence*, vol. 23, nº 5, Wageningen, 1994, cit., pg. 579.

701. «Identity and security in adoption and long-term fostering», Gordon and Breach Science Publishers, Inc, Londres, 1984, cit., pgs. 150 y ss.

deberían sufrir estos efectos, ya que se les debería dar una medida segura en un plazo breve de tiempo.

Si la adolescencia supone de por sí una etapa difícil, en los menores que están sufriendo procesos adoptivos, estos problemas se pueden agudizar (pensemos que los niños que se benefician de una adopción a partir de los 10 años, considerando los períodos en que tarda en resolverse la misma, pueden pasar toda su adolescencia a la espera de la firmeza de la misma). D. HOWE⁷⁰², estudia el comportamiento de los adolescentes adoptados, señalando que deviene problemático esencialmente por la relación entablada con sus padres adoptivos. Detecta cómo los problemas que pueden existir en una relación adoptiva son mayores en la adolescencia y cómo se pueden incrementar con la edad. Si en lugar de ser adoptado, el menor está en acogimiento preadoptivo, ello no contribuye a mejorar la situación.

Existe una nueva tendencia en la psicología, que da una nueva luz a la situación de los menores que viven experiencias negativas de separación, a través del concepto de resiliencia, o la capacidad de una persona o grupo para seguir proyectándose en el futuro a pesar de acontecimientos desestabilizadores, de condiciones de vida difíciles y de traumas a veces graves. El daño causado por la separación de la familia, en el caso de los menores, se produce, pero en ocasiones, resisten con insospechada fortaleza los embates de la vida, e incluso ante sucesos extremos hay un elevado porcentaje de personas que muestra una gran resistencia y que sale psicológicamente indemne o con daños mínimos del trance.⁷⁰³

En la Ley de Adopción Internacional, se ha incluido un nuevo párrafo al artículo 154 y 268 del Código Civil en que se hace mención a la forma de ejercicio de la patria potestad y a la tutela, especificando que las mismas *se ejercerán de acuerdo con la personalidad y con el respeto a la integridad física y psicológica* de los hijos o pupilos. Consideramos que de esta forma se viene a recoger la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre la necesidad de respeto al desarrollo afectivo y emocional como una manifestación del derecho a la integridad moral, a que hemos hecho referencia en el apartado dedicado al derecho del menor al mantenimiento en su familia de origen, pero que puede ser aplicado también al ejercicio de la tutela por parte de la Administración. Y el respeto de la integridad psicoló-

702. «Adopters' relationships with their adopted children from adolescence to early adulthood», *Adoption and fostering*, 20 (3), Londres, 1996, cit., pg. 124.

703. En «La experiencia traumática desde la psicología positiva: resiliencia y crecimiento traumático», *Papeles del Psicólogo*, número 1 VOL-27, Universidad de Alcalá-Universidad Complutense, Madrid, enero 2006, VERA POSECK, B., CARBELO BAQUERO, B. y VECINA JIMÉNEZ, M. L., señalan que la resiliencia (del inglés *resilience*) es un fenómeno ampliamente observado al que tradicionalmente se ha prestado poca atención, y que incluye dos aspectos relevantes: resistir el suceso y rehacerse del mismo. Ante un suceso traumático, las personas resilientes consiguen mantener un equilibrio estable sin que afecte a su rendimiento y a su vida cotidiana. A diferencia de aquellos que se recuperan de forma natural tras un período de disfuncionalidad, los individuos resilientes no pasan por este período, sino que permanecen en niveles funcionales a pesar de la experiencia traumática. Este fenómeno se considera inverosímil o propio de personas excepcionales y sin embargo, numerosos datos muestran que la resiliencia es un fenómeno común entre personas que se enfrentan a experiencias adversas y que surge de funciones y procesos adaptativos normales del ser humano.

gica, según todo lo expuesto, sólo se puede traducir en ofrecer alternativas familiares seguras (bien en familia propia o ajena) en los plazos más breves posibles.

2. ASPECTOS RELEVANTES DEL TRATAMIENTO DEL TIEMPO EN LA LEGISLACIÓN

La Exposición de motivos de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, alude indirectamente al principio de seguridad jurídica, como la necesidad de acortar lo máximo posible los plazos cuando trabajamos con menores, al señalar que *subyace a lo largo de la Ley una preocupación basada en la experiencia extraída de la aplicación de la Ley 21/1987, por agilizar y clarificar los trámites de los procedimientos administrativos y judiciales que afectan al menor, con la finalidad de que éste no quede indefenso o desprotegido en ningún momento*⁷⁰⁴. Nos interesa analizar si efectivamente esa preocupación que subyacía en el espíritu de la reforma efectuada, en la práctica ha dado los frutos esperados⁷⁰⁵. Para ello haremos volveremos sobre las principales figuras jurídicas que hemos analizado, añadiendo ahora también notas sobre el acogimiento y la adopción, ya que estas medidas nos servirán para constatar en cifras cómo son de largos verdaderamente estos plazos. Y lo haremos tanto desde la perspectiva de la actividad administrativa como judicial.

En la legislación se observa un esfuerzo relativo a fin de conseguir dicha agilidad, mediante el establecimiento de plazos y, en ocasiones, de referencias vagas a los tiempos. Pasamos a continuación a analizar algunos aspectos temporales de las medidas de protección señaladas. Igualmente estudiaremos la Ley de Adopción Internacional, en que a pesar de su título, en sus disposiciones finales primera y segunda se incluyen modificaciones esenciales del articulado del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que respecta a la patria potestad, tutela y desamparo, especialmente en cuestiones sobre recursos jurisdiccionales y plazos para su interposición.

a) La atención inmediata.

Como su nombre indica y tal como hemos estudiado, pretende dar protección en plazos rápidos a los menores. Y así se hace efectivamente, pero, a veces, como ocurre con los menores extranjeros no acompañados, esta atención se puede volver

704. FUERTES ZURITA, J., en la ponencia presentada en el VIII Congreso estatal de Infancia Maltratada, celebrado en Santander los días 23 a 25 de noviembre de 2006, menciona expresamente el principio de agilidad como elemento esencial del principio de seguridad jurídica (<http://www.cavascan.org/congreso/>).

705. Alguna legislación autonómica contempla la necesidad de cumplir con la agilidad procedimental que conlleva la seguridad jurídica. Así, el artículo 39 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra, dispone que *el menor sujeto a protección, junto a los derechos que esta Ley Foral y el resto del ordenamiento jurídico reconocen a todos los menores, será titular específicamente de los siguientes: b) A la seguridad jurídica y emocional proporcionadas por una tramitación lo más eficaz y rápida posible, que impida la prolongación de las medidas de carácter provisional, evite las intromisiones en la esfera de su intimidad más allá de lo estrictamente preciso y restrinja al mínimo imprescindible las limitaciones a su capacidad de obrar y las interferencias en su vida y en la de su familia.*

en contra de los mismos: se les ingresa en un centro, y se les cuida materialmente pero no jurídicamente, ya que en muchas ocasiones no se dicta la resolución de desamparo o tarda meses en dictarse. La justificación que se utiliza para no dictar dicha medida desde que el mismo momento en que el menor ingresa en centro, se halla en la necesidad de identificación del menor y la posibilidad de su reagrupación a su país de origen, aplicando el plazo de nueve meses⁷⁰⁶. Se ha acudido a este plazo y se ha hecho una interpretación que consideramos no adecuada del desamparo, conforme a los criterios que hemos expresado más arriba, dando lugar a que no se dicte la medida de tutela hasta que se haya descartado la reagrupación familiar. Así, por ejemplo, el Defensor del Pueblo Andaluz en Informe de 2004 sobre los Menores Inmigrantes en Andalucía señala que la declaración formal del desamparo de estos menores tendrá lugar una vez que el informe sobre el menor inmigrante es analizado por la Comisión de Medidas de Protección y la misma acuerda proponer su permanencia en España⁷⁰⁷. Pero hasta ese momento el menor ha de permanecer en un centro sin medida de protección alguna⁷⁰⁸.

b) La declaración de la situación de riesgo.

El actual sistema de protección se articula desde el principio de mantenimiento del menor en la familia biológica. Para que prospere cualquier medida que implique la separación del menor de su medio de origen, previamente hay que demostrar que se ha intentado trabajar la situación de riesgo social. Sin embargo, ya hemos visto en el apartado de esta investigación dedicado a esta cuestión, que en este punto la situación de inseguridad jurídica es total. No existe una obligación legal de puesta en marcha de un plan temporalizado de actuación con la familia y cada Comunidad Autónoma ha optado por darle un valor diferenciado a esta figura, que se refleja en la disparidad de criterios sobre la necesidad de dictar o no resolución administrativa. Y hemos de preguntarnos, si ni siquiera se dicta resolución ¿cómo conocen los interesados cuándo empieza y cuándo termina la situación de riesgo?, ¿cuánto tiempo puede permanecer un menor en situación de riesgo?, ¿cómo se pueden defender los padres de una declaración informal de la situación de riesgo que afecta a su vida privada y familiar? Y, por último ¿cómo se demuestra en la oposición jurisdiccional al desamparo, al acogimiento o a la adopción que realmente se ha trabajado la situación de riesgo?

706. El artículo 92.5 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone que *transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, de acuerdo con el apartado 2, y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen, si ésta no hubiera sido posible, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.*

707. BOPA núm. 18, de 8 de junio de 2004, Sevilla, 2004.

708. Sobre la necesidad de protección efectiva del menor no acompañado, mediante la declaración inmediata del desamparo, con independencia de si efectivamente se efectúa la repatriación, se pronuncia LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., en «Menores extranjeros no acompañados. La situación en España», Revista Facultad de Derecho, Prolegómenos, Derechos y Valores, Volumen X, núm. 19, Bogotá, enero-junio de 2007 [consultado 08/02/2008], disponible en: <http://www.umng.edu.co/docs/revderecho/rev1de2007/MENORESEXTRANJEROS.pdf>.

Con el actual sistema legislativo simplemente no hallamos respuestas a estos interrogantes: en las Comunidades Autónomas en que se dicta declaración de riesgo y se ponen plazos de intervención no se plantean estas cuestiones; en las que no se dicta declaración, siempre cabrá la duda del tiempo en que el menor y su familia permanece en una situación indeterminada desde un punto de vista jurídico. Los planes de intervención o planes de caso pueden temporalizar la intervención, pero no siempre se realizan, ni de forma uniforme, ya que la legislación no se muestra exigente a este respecto.

Si la indefensión es grande para los padres, aún lo es mayor para los hijos, ya que en tanto no se declara la situación de riesgo, el tiempo transcurre en la vida del niño o la niña y puede ser que ello avoque a la imposibilidad de intervención por la edad alcanzada por los menores, o a que cuando se efectúe sea demasiado tarde. Debemos recordar aquí el caso, citado más arriba, de los menores del caso Z. y otros frente a Reino Unido, del TEDH, en que la familia fue objeto de intervención durante años y en que son los propios menores los que formulan demanda, por tardar más de cuatro años en retirarlos del infame ambiente familiar en que conviven⁷⁰⁹.

Consideramos que no tiene que regular la Ley el plazo máximo o mínimo en que los menores pueden estar en situación de riesgo (éste además puede ser catalogado de leve, moderado o grave), pero sí es preciso que mediante un plan de trabajo se establezcan los plazos en que se ha de superar la situación, con la adquisición de los correspondientes compromisos por parte de los padres y con conocimiento de las consecuencias que la falta de cumplimiento del mismo puede conllevar.

c) La guarda administrativa.

Por lo que respecta a los plazos, hemos de señalar que no hay una obligación legal de temporalización de la guarda. Lo contrario daría lugar a la asunción de facultades de los progenitores por parte de la Administración con dejación por parte de aquéllos ya que se entiende, como hemos expuesto, que esta medida ha de ser transitoria. La guarda sólo ha de durar el tiempo necesario para que los padres puedan volver a asumir su responsabilidad⁷¹⁰.

d) El desamparo.

La reforma de 1987 introdujo la asunción automática de la tutela como medida de rapidez en la protección. Por lo que respecta a la intervención de la Administración, como ya hemos expuesto, existe una actuación rápida y urgente, únicamente en el caso de la medida de desamparo provisional, ya que la resolución de

709. Sobre esta cuestión, ver capítulo tercero de esta publicación, sobre el derecho al mantenimiento en su medio familiar de origen, Sentencia de 10 de mayo de 2001 (TEDH 2001, 332).

710. El tiempo de duración de la guarda, según los profesionales consultados, no debe ser superior de 6 meses a un año. En este tiempo los padres deben asumir sus deberes, formalizando la Administración plan de intervención familiar para superar las circunstancias que dieron lugar a la misma.

los procedimientos de desamparo se extiende en muchas ocasiones por meses y años. Sea por causa de la regulación legal o por la falta de recursos de que dispone la Administración para resolver los procedimientos, la realidad es que se produce una dilación en el tiempo que va en contra del interés del menor.

Una vez declarado el desamparo, hasta la aprobación de la Ley de Adopción Internacional, no existía plazo para recurrir el mismo ante el Juzgado, en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esto ha sido duramente criticado por parte de la doctrina⁷¹¹. Por parte de los Jueces, en la valoración de la oposición de los padres, se tomaba en consideración el tiempo que han tardado en presentar recurso, pero ello no impide que al no existir plazo se prorrogaba la situación de provisionalidad de los menores y la inseguridad de su situación; que se mantendrá, no sólo hasta que se ratifique el desamparo o se determine la reintegración, sino incluso estando ya los menores en un núcleo familiar en acogimiento preadoptivo o en adopción, ya que los padres siguen teniendo la oportunidad de recurrir el desamparo⁷¹².

La Ley de Adopción Internacional ha establecido plazos concretos con relación a impugnación de la declaración de desamparo. En concreto modifica el artículo 172 del Código Civil, en el apartado 3, referido a la oposición al acogimiento y 6, relativo al desamparo, introduciendo dos nuevos apartados, el 7 y el 8.

El nuevo apartado 6 señala 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*

711. DE PALMA DEL TESO, en «Administraciones Públicas y protección...», ob. cit., pg. 455, así lo pone de manifiesto, y señala que 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. SERRANO CASTRO, F. y OCAÑA RODRÍGUEZ, A., «En busca de una más adecuada regulación del régimen de protección de menores. Propuesta de reforma del Código Civil y de la LEC», abogan por la implantación de plazos para la impugnación de las resoluciones administrativas (<http://www.prodeni.org/Informes/PROPUESTA%20DE%20REFORMA%20NORMATIVA%20MENORES.htm>). Sin embargo algún sector, a contrario, estima que no han de establecerse plazos. Así UTERA GUTIÉRREZ, J. L. en un artículo titulado «Perder a los padres por un día», Diario Madrid Digital, 5 de septiembre de 2007, [consultado 05/10/2007], disponible en: http://www.madriddigital.info/detalle_noticia.php?id=200709050431307145_4a8edc392073eb3cd2b48719493, se pronuncia en contra de la reforma del Código Civil en los siguientes términos: En un campo como el de la protección de los menores donde la transparencia y la igualdad de partes no son los valores dominantes, erigir un nuevo obstáculo legal, en este caso el tiempo, para que las familias biológicas ejerzan sus derechos y los jueces puedan controlar la actividad administrativa, no es más que fomentar zonas de oscuridad que a nadie favorecen y que ahondarán la desconfianza que muchas familias sienten hacia los servicios de protección a la infancia. Dotar a los servicios sociales de personal y medios, intervenir en el seno de las propias familias con carencias, respetar el principio de proporcionalidad de las medidas de protección, aligerar los procesos judiciales de control (como por fin hace también la reforma), especializar a los jueces que conocen de estos asuntos o dotar de asistencia letrada efectiva a las familias biológicas es el camino para evitar las disfunciones que en algunos casos se han producido.

712. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de julio de 2004 (AC 2004, 1458) menciona que el *desamparo ha devenido firme por aquietamiento de la familia biológica* (que no se ha opuesto a ninguna resolución previamente a la adopción). Igualmente entiende por tanto que la madre se encuentra incurso en causa de privación de patria potestad, y señala que *no puede pedirse a estas alturas la necesidad de un asentimiento materno, cuando por actos propios –pasividad, falta de oposición... se han ido consintiendo todas las resoluciones previas– desamparo, acogimiento simple, acogimiento preadoptivo, y confirmándose la inocencia en la causa de privación de potestad –abandono– en que incurre la familia nuclear, integrada por la madre biológica.*

en el plazo y condiciones determinados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa. Y el apartado 7 dispone que durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el número 1 de este artículo, están legitimados para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo del menor, si por cambio de las circunstancias que la motivaron entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. Igualmente están legitimados durante el mismo plazo para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor. Pasado dicho plazo decaerá su derecho de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo⁷¹³.

A su vez, el plazo para la impugnación del desamparo se señala en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *La oposición a la resolución administrativa por la que se declare el desamparo de un menor podrá formularse en el plazo de tres meses desde su notificación*. Distingue, por tanto, la ley, entre plazos para solicitar el cese de la suspensión de la patria potestad y la revocación de la tutela, y el mencionado plazo para oponerse a la resolución de desamparo. El problema es que no contempla que puede existir una declaración provisional de desamparo, como medida cautelar en el procedimiento administrativo, y una ratificación posterior de la misma. La cuestión a debate será si se admite el plazo de tres meses en ambas resoluciones administrativas.

Por lo que respecta a la solicitud de cese de la suspensión y revocación del desamparo, entendemos que está dirigida a la Entidad pública de protección de menores. Y nos preguntamos, si esta demanda se realiza ante la Administración, ¿tiene ésta la obligación de dictar una resolución administrativa respondiendo a la solicitud de los particulares, en aplicación del artículo 43 de la Ley 30/1992 de RJAP y PAC? Si hemos de aplicar esta norma, habrá que prever también los efectos del silencio, ya que en caso contrario, los efectos de la falta de resolución serían estimatorios. Asimismo habría que cuestionar ¿es el Código Civil la norma ade-

713. El Grupo Popular planteó la posibilidad de que existiera reclamación previa en vía administrativa mediante enmienda, que finalmente no ha prosperado, en que se solicitaba que dicha reclamación fuera obligatoria, e incluso, se señalaban los efectos que debía de tener la falta de resolución. De nuevo, nos encontramos cómo la dualidad de la naturaleza civil-administrativa del desamparo hace introducir remisiones sobre la forma de actuación de la Administración en el Código Civil. Se justificaba esta enmienda precisamente en la seguridad jurídica y se proponía la siguiente redacción: *1. Será necesaria la reclamación previa en vía administrativa para formular oposición ante los tribunales civiles, contra las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Esta reclamación deberá resolverse en el plazo de 10 días siendo el sentido del silencio el carácter negativo. En el caso de resolución por silencio el responsable para resolver deberá informar de las razones de la falta de resolución. La oposición a la resolución administrativa por la que se declare el desamparo de un menor podrá formularse en el plazo de tres meses desde la notificación de la desestimación expresa o presunta de la reclamación previa, y en el plazo de dos meses la oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores (BO de las Cortes Generales, de 12 de noviembre de 2007 http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_143-11.PDF).*

cuada para regular la actividad administrativa con relación a este aspecto? Ante esta nueva resolución administrativa ¿se puede plantear un nuevo recurso jurisdiccional? Habrá que esperar los criterios que sienta la jurisprudencia a este respecto, ya que no consideramos que resulte clara la redacción de la nueva norma.

Esta solicitud de cese de la suspensión, además, se podrá efectuar en el plazo de dos años, y, en el mismo plazo se podrá formular oposición a «decisiones» que se adopten respecto de la protección del menor. Como veremos seguidamente la ley establece un plazo de dos meses para oponerse al acogimiento. Y nos preguntamos de nuevo ¿no es el acogimiento una «decisión» respecto de la protección del menor? El término «decisiones» supone que los particulares pueden oponerse al acogimiento por otros motivos que los señalados en la norma, o a cuestiones sobre régimen de relaciones personales, o por ejemplo al tipo de centro de protección en que se ejerce la guarda, aún sin haberse opuesto a la resolución de desamparo, en el plazo de dos años.

Vamos a analizar, con relación a la nueva regulación de plazos, los tiempos que ha fijado el legislador con relación a la posibilidad de los padres de solicitar su reintegración y los tiempos de los menores para que se efectúe la misma.

Respecto de los padres, debemos distinguir dos situaciones:

1.—Cuando notificado el desamparo se oponen al mismo, o bien, aunque no se opongan, comienzan a trabajar con la Entidad pública de cara al retorno familiar de los hijos. En este caso, parece razonable el plazo de dos años: en este tiempo el menor puede permanecer en acogimiento familiar o residencial y los padres pueden estar realizando un plan de trabajo o de caso, en que se hayan establecido unos objetivos en unos plazos concretos (de rehabilitación de drogodependencias, trabajo, vivienda...). Durante ese plazo, además, los padres deben de mantener un régimen de relaciones personales con los hijos que garantice, que si se produce el retorno, el vínculo de apego se ha mantenido.

2.—Cuando notificado el desamparo, los padres no formulan oposición jurisdiccional, o bien, no se avienen a iniciar la intervención social, educativa o psicológica, necesaria para el futuro retorno. Si además en este tiempo no visitan a los menores o lo hacen de forma discontinua. Nos preguntamos el porqué de un plazo de dos años y no uno inferior.

Respecto de los hijos nos planteamos la conveniencia para su seguridad emocional y jurídica de ese plazo:

Cuando los padres están en la primera situación descrita más arriba, y mantienen la vinculación afectiva con los menores, consideramos que dos años es un plazo razonable para intentar la reintegración. Los menores, en este tiempo permanecen en un centro de protección o en una familia de acogida y mantienen un régimen de relaciones personales que cada vez será más amplio, por lo que no se rompe el vínculo de apego y no se produce maltrato emocional en los menores.

Sin embargo, en la segunda situación descrita respecto de los padres, en ese plazo de dos años, lo más probable es que los menores se beneficien de un acogimiento familiar. En este caso, consideramos que dos años es un plazo excesivo para que los padres puedan solicitar el cese de la suspensión: los menores tienen derecho a una situación jurídica y emocionalmente segura en el plazo más breve posible. Estimamos que en el plazo de un año, sin ningún tipo de actuación por parte de los padres, deben perder este derecho. Este plazo es usado, aunque con diferentes efectos, en las siguientes normas:

- En materia de secuestro internacional de menores, el Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, señala en su artículo 10 este plazo con relación a las normas de competencia (el artículo 12 del Convenio de La Haya núm. XXVIII, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980 usa el mismo plazo)⁷¹⁴.
- En lo relativo al acogimiento preadoptivo, el artículo 173 de nuestro Código Civil señala el plazo de un año para la duración del mismo⁷¹⁵.

714. Apunta el artículo 10 del Reglamento, que *en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro, entre otras condiciones, cuando habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno, así como que el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor, del menor tras su restitución.*

El artículo 12 del Convenio, dispone que *cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido provisto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.* En el «Informe explicativo de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado», PÉREZ VERA, E., Madrid, 1981, «Informe explicativo de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado», Madrid, 1981 [consultado 08/01/2008], disponible en: <http://www.hcch.net/upload/expl28s.pdf>, en aplicación del Convenio, analiza que la causa de elegir el plazo de un año es la siguiente: Cuando está integrado en un nuevo ambiente, su retorno sólo debería tener lugar tras un análisis del fondo del derecho de custodia, lo que nos situaría fuera del objetivo convencional. Ahora bien, las dificultades que encuentra cualquier intento de traducir el criterio de la integración del menor en una norma objetiva han llevado a la fijación de un plazo, tal vez arbitrario, pero que constituye la respuesta «menos mala» a las preocupaciones expresadas en este punto. La obligación de restitución automática queda mermada por el hecho del arraigo, al haber quedado el menor integrado en su nuevo medio.

715. La entidad pública podrá formalizar, asimismo, un acogimiento familiar preadoptivo cuando considere, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, que fuera necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia. Este período será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año.

- En cuanto a la adopción, el artículo 176 del Código Civil señala que *no se requiere propuesta previa de la Entidad pública cuando el menor lleve más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo.*

Respecto de los efectos del transcurso del plazo de dos años sobre la patria potestad, señala la norma, que simplemente los padres no pueden pedir el cese de la suspensión, pero a efectos de constitución del acogimiento o la adopción, en tanto no están privados de patria potestad, podrán oponerse, igual que hasta ahora, dando lugar a largos procedimientos jurisdiccionales que provocan la inseguridad de los menores y los que los atienden. Además, en caso de que la contestación de la Administración a la petición de cese, sea susceptible de recurso, la seguridad jurídica no se obtendrá, hasta que se resuelva el mismo, por plazos, de nuevo, de varios años más.

La Ley de Adopción Internacional ha añadido un párrafo 8 al artículo 172, en los siguientes términos: *La entidad pública, de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá en todo momento revocar la declaración de desamparo y decidir la vuelta del menor con su familia si no se encuentra integrado de forma estable en otra familia o si entiende que es lo más adecuado en interés del menor. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal.* En este caso la actividad administrativa no es limitada con plazo alguno, sin embargo se está regulando por el Código Civil una figura del derecho administrativo y de la actividad de la Administración, esto es, la revocación de los propios actos del artículo 105 de la Ley 30/1992 de RJAP y PAC⁷¹⁶. Y debemos cuestionar de nuevo si el Código Civil es la norma adecuada para articular la forma de actuación administrativa.

Por último, la ley amplía el contenido del artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los siguientes términos: *Los procedimientos en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tendrán carácter preferente.* Consideramos acertada esta modificación, siempre que se pongan los medios materiales y personales suficientes para llevarla a efecto⁷¹⁷.

716. Señala este artículo que *las Administraciones públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.*

717. TOSCANO GIL, F., en «El acogimiento administrativo de menores: análisis de su problemática en sede judicial», Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 708/2006, Aranzadi, SA, Pamplona, 2006 (BIB 2006, 857), analiza el caso de los menores Iván y Sara y señala lo siguiente: Podemos concluir que una materia tan delicada como el acogimiento de menores requiere no sólo de la máxima prudencia por parte de autoridades judiciales y administrativas, sino también de una mayor dotación de recursos materiales y de técnicas jurídicas más perfectas. Una más generosa previsión presupuestaria a favor de la justicia española, que permitiera contar con más órganos judiciales, de tal modo que, en caso de conflicto, se resolviera con mayor rapidez y mejor conocimiento de causa. Lo que también vale para las Administraciones públicas competentes, que en este ámbito han de estar dotadas de medios materiales y humanos suficientes, equipos técnicos de protección de menores que puedan trabajar holgadamente y sin grandes restricciones presupuestarias.

e) Acogimiento familiar y residencial.

Acerca del acogimiento en familia, el simple habrá de ser transitorio; el permanente, será de aplicación siempre que no exista otra medida que le dé mayor seguridad jurídica y emocional al menor (como la tutela ordinaria o la adopción)⁷¹⁸. Si bien no contamos con datos numéricos sobre los tiempos en que permanecen los menores en situación de acogimiento simple o en permanente, siendo labor de la Entidad pública cambiar dichas medidas cuando proceda a otras que otorguen mayor seguridad, conocemos por la experiencia profesional propia y de las personas entrevistadas, que son muchas las ocasiones en que el cambio de medida tarda demasiado tiempo en producirse. Observamos además un muy variado uso de estas figuras en las distintas Comunidades Autónomas, ya que algunas como Cataluña ni siquiera regula el acogimiento permanente y otras como Andalucía, le da en su legislación una vocación de estabilidad⁷¹⁹. En otras como Madrid, se utiliza la figura del acogimiento permanente en situaciones prácticamente de adopción, teniendo incluso en cuenta en la valoración de idoneidad de los acogedores que exista motivación de filiación⁷²⁰. La razón de realizar este tipo de acogimiento es dar al menor una figura jurídica estable, ya que el paso del tiempo hasta tener la seguridad de que no es posible el retorno a la familia de origen podría perjudicar su desarrollo evolutivo.

En cuanto al acogimiento residencial, la estancia de los menores en los centros debe estar marcada por planes de trabajo con las familias desde el momento inicial en que se toma la medida de protección, con objetivos claros y evaluables en un plazo de tiempo determinado, para evitar que determinados acogimientos residenciales se perpetúen y no puedan ensayarse otras vías (acogimiento familiar, adopción); especialmente, para los de menor edad, cumpliendo así igualmente con el artículo 21.1 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, que señala que

718. Sobre la tipología de los acogimientos familiares, MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., en «El acogimiento familiar: regulación, régimen jurídico y naturaleza. Estudio de las distintas clasificaciones de los acogimientos. Su relación con otras figuras jurídicas», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 21, Lex Nova, Valladolid, 2003, cit., pgs. 35-71.

719. Así se refleja en la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción de Cataluña. El artículo 23.2 del Decreto 282/2002, de acogimiento familiar y adopción de Andalucía lo define de la siguiente forma: *el acogimiento familiar permanente se promoverá conforme a la legislación civil cuando, no existiendo previsión de reinserción adecuada del menor en su familia biológica, las características y deseos personales del propio menor o las específicas circunstancias de su situación aconsejen su integración estable y duradera en otra familia, sin creación de vínculo de filiación entre ellos.*

720. En «Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías», SOLER PRESAS, A. (MARTÍNEZ GARCÍA, C., Coord.), ob. cit., pgs. 157 y ss., señala que la regulación andaluza pone de manifiesto la separación del acogimiento permanente de la adopción, en concreto a través del artículo 27.4 del Decreto 282/2002 de Acogimiento Familiar y Adopción de Andalucía, que dispone que *si de la evolución favorable del acogimiento familiar permanente, en un período continuado de tres años, se observara la plena integración del menor en la familia acogedora, y la normalización de la convivencia familiar, se instará judicialmente la atribución a los acogedores de aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades y la suspensión del seguimiento semestral. En este caso, el expediente de acogimiento familiar sólo se rehabilitará si surgen incidentes en la familia que aconsejen restablecer el seguimiento.* En el caso de Madrid hijos de familias muy desestructuradas en que es poco previsible el retorno, al no ser viable la adopción con régimen de visitas, se formaliza un acogimiento permanente.

cuando la entidad pública acuerde la acogida residencial de un menor, teniendo en cuenta que es necesario que tenga una experiencia de vida familiar, principalmente en la primera infancia, procurará que el menor permanezca internado durante el menor tiempo posible, salvo que convenga al interés del menor⁷²¹. Igualmente resulta precisa la especialización de los centros atendiendo a las características de los menores.

Los procedimientos para la constitución del acogimiento arbitrados por las Comunidades Autónomas, en ocasiones, ponen tantas trabas burocráticas que ralentizan la seguridad jurídica para los menores⁷²². Sin embargo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional señala una línea de agilidad de trámites que choca con esta regulación. Así, en Sentencia del Tribunal Constitucional 221/2002 (RTC 2002, 221)⁷²³ al destacar el carácter esencialmente antiformalista del procedimiento de acogimiento. Esta cuestión, se hace extensiva a la vía judicial: en el fundamento jurídico cuarto se dice que los derechos e *intereses de extraordinaria importancia que están en juego en este procedimiento justifica un menor rigor formal (...) lo trascendental no es tanto su modo como su resultado*. Si esto es así en un proceso, tanto en primera instancia como en apelación, está mucho más justificado en el procedimiento administrativo el que se simplifiquen los trámites y se eliminen al máximo los sucesivos pasos burocráticos, exigencia que contrasta con la realidad de la normativa autonómica vigente.

Cuando un menor va a salir con una familia en adopción, porque ya se ha descartado el retorno a su familia biológica, el Código Civil, en su artículo 173, señala, que puede existir un período de adaptación, que además no debe de ser superior a un año. De la redacción del artículo se infiere que no es obligatorio promover un acogimiento preadoptivo previamente a la adopción, y, que en caso de hacerse, no hay por qué agotar ese plazo, sino más bien lo contrario. En el caso de recién nacidos o niños muy pequeños, pierde todo su sentido realizar un acogimiento preadoptivo, ya que de formular oposición los padres al acogimiento, la realidad es que puede suponer una dilación en el tiempo de obtención de una adopción firme⁷²⁴.

721. MAYORAL NARROS, I. V. (MARTÍNEZ GARCÍA, C., Coord.), *El acogimiento residencial*, «Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías», ob. cit., pg. 201, pone de manifiesto el fracaso en muchos casos de la posibilidad de reintegración y del mantenimiento de vínculos familiares, con lo que en ocasiones los menores alcanzan la mayoría de edad en los centros de protección.

722. Como ejemplo el Decreto 282/2002 de Acogimiento Familiar y Adopción de Andalucía que en sus artículos 40 y siguiente dispone que para adoptar una medida de acogimiento se ha de pasar la misma propuesta hasta 3 veces por la Comisión Provincial de Medidas de Protección. En otras Comunidades Autónomas, sin embargo la legislación ha desarrollado procedimientos mucho más simples y ágiles. Así, 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 y se regula el Registro de Protección de la Infancia y Adolescencia de Cantabria, en que se regula en una misma norma reglamentaria las normas comunes al procedimiento de adopción de cualquier medida de protección, conforme al modelo de la Ley 30/1992 de RJAP y PAC. Esta norma incluso prevé en su artículo 17 la posibilidad de acumulación del procedimiento de guarda o desamparo al de acogimiento, en aras, señala, de *garantizar la celeridad de la actuación administrativa y el principio de economía procesal*.

723. BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2002.

724. Sin embargo alguna legislación autonómica contempla la obligatoriedad de pasar por el

Por lo que respecta a los plazos de resolución del procedimiento de acogimiento, la dilación de la resolución jurisdiccional del mismo se produce a raíz de que el artículo 173 del Código Civil exige siempre que los padres presten su consentimiento. Las notificaciones judiciales a los progenitores tardan muchas veces mucho tiempo en materializarse, y, cuando por fin se localiza a los padres no se entiende cuál puede ser el valor de la opinión que puedan tener al respecto cuando habiéndose notificado correctamente el desamparo han mostrado una pasividad absoluta ante la situación de sus hijos⁷²⁵.

Hasta la aprobación de la reciente Ley de Adopción Internacional no existía plazo de impugnación jurisdiccional de las resoluciones de acogimiento. La nueva norma ha modificado el texto del artículo 172.3 del Código Civil, que queda redactado en los siguientes términos: *La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la entidad pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde se ha acogido al menor. Los padres o tutores del menor podrán oponerse en el plazo de dos meses a la resolución administrativa que disponga el acogimiento cuando consideren que la modalidad acordada no es la más conveniente para el menor o si existieran dentro del círculo familiar otras personas más idóneas a las designadas.* Modifica igualmente el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que señala: *La oposición a la resolución administrativa por la que se declare el desamparo de un menor podrá formularse en el plazo de tres meses desde su notificación, y en el plazo de dos meses la oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores.*

Ante esta nueva norma hemos de formular varias preguntas. En primer lugar nos hallamos con un plazo de dos meses para la oposición a la resolución administrativa de acogimiento, y entendemos que hace referencia a la resolución provisional mencionada en el artículo 173.3 del Código Civil, ya que conforme a dicho artículo el acogimiento, cuando los padres no consientan, sólo podrá ser constituido por el Juez. Dado que no siempre existe consentimiento, la Entidad pública formula propuesta judicial y lo habitual, según hemos podido comprobar en el estudio estadístico que hemos realizado, es que los padres no se opongan a la resolución de la Administración, sino que no consienten ante el Juez, y, tras dictar este auto, se oponen ante la Audiencia Provincial, luego este nuevo plazo no aporta, a nuestro juicio, seguridad jurídica alguna. Además ¿Sólo pueden oponerse los interesados por las causas mencionadas en este artículo? ¿No se admitirá la oposición cuando simplemente los padres no estén de acuerdo con que el menor salga en acogimiento, sea cual sea el acogedor y la modalidad de acogimiento?

acogimiento preadoptivo, como paso previo a la adopción, como el caso del artículo 36 del Decreto 282/2002 de Acogimiento y Adopción de Andalucía, de 12 de noviembre, en que señala que para la constitución de la adopción *se exigirá una convivencia previa superior a cuatro meses, en régimen de acogimiento familiar.*

725. En intercambios efectuados con Jueces de Familia de Málaga así se pone de manifiesto: la tardanza en resolver los procedimientos se produce en gran parte debido a la dificultad de comunicación con los padres de los menores.

Parece que esto es así, *a priori*, pero, sin embargo, como hemos mencionado más arriba, en el apartado 7 del mismo artículo, en su segundo apartado se alude a la posibilidad de oposición en dos años desde la notificación del desamparo a todas las decisiones que se adopten respecto de la protección del menor. Estos dos artículos resultan, por tanto, contradictorios, y habrá de esperar a la práctica jurisprudencial para dilucidar si se admite la oposición al acogimiento por otras causas.

Además, ante esta nueva regulación hemos de preguntarnos el efecto que tiene el hecho de que no se use la vía impugnatoria por los padres. Si en ese plazo de dos meses desde que se notifica el acogimiento, los padres no han formulado recurso contra la resolución administrativa ¿cuál es el objeto de que hayan de ser citados en el Juzgado para la constitución del acogimiento? Si no se han opuesto al acogimiento, ¿por qué siguen teniendo la posibilidad oponerse cuando se formule por ejemplo la propuesta de adopción?

No podemos dejar de hacer mención a la situación de inseguridad jurídica que provoca el hecho de que no ha establecido la nueva normativa disposición transitoria alguna, con lo que habrá que estar de nuevo a lo que disponga la jurisprudencia respecto de los plazos de impugnación aplicables a las resoluciones dictadas con anterioridad a esta norma.

f) La adopción.

Respecto del procedimiento de adopción, queremos hacer resaltar los siguientes aspectos relacionados con el tiempo en su regulación legal:

– El artículo 177 del Código Civil señala que *el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto*. La razón de establecer dicho plazo estriba en que la madre debe tener clara y segura su decisión y es necesario dejar un margen desde la fecha del nacimiento. El problema es que el consentimiento prestado ante la Entidad pública carece de valor a efectos del procedimiento de adopción, por lo que la madre, habrá de ser citada de nuevo ante el Juzgado, pero no se le cita a los treinta días, sino transcurrido, a veces, un plazo superior a un año para prestar su asentimiento. No resulta beneficioso citar tan tardíamente a los padres. En el capítulo cuarto, en el apartado relativo a la inscripción registral del desamparo, ya hemos hecho mención a los inconvenientes que entraña el hecho de que se exija la identificación de las madres. Ahora debemos resaltar, de nuevo, la situación en que quedan aquellas que habiendo querido ocultar el nacimiento, dan a su hijo en adopción y son citadas para volver a ser preguntadas. Además, para cuando se cita para prestar el asentimiento, normalmente el menor ya está vinculado a la nueva familia⁷²⁶. No restamos importancia a

726. ARCOS VIEIRA, M. L., en «Comentario a la sentencia de 21 de septiembre de 1999 del Tribunal Supremo», Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, enero/marzo 2000, Madrid, 2000, cit., pg. 175 y siguientes, analiza la validez del documento de renuncia de la madre, realizado ante la Administración pública y antes de transcurridos 30 días del parto, y pone de manifiesto cómo el transcurso del tiempo desde que se iniciaron los recursos judiciales por parte de la madre, hasta que se dictó sentencia por parte de la Audiencia Provincial, tras el pronunciamiento del Tribunal Supremo, hacen inviable que el menor, dado en adopción, puede retornar con su madre biológica.

los derechos de los padres de tener a sus hijos consigo, lo que cuestionamos es si los padres debían ser oídos en estos procedimientos de forma más temprana, ya que la tardanza en la resolución de los procedimientos jurisdiccionales, implica la imposibilidad del retorno por el transcurso del tiempo, con lo cual el acto del asentimiento pierde todo su sentido⁷²⁷.

– Desmedido abanico de defensa sin límite temporal de los padres. A pesar de las modificaciones introducidas en cuanto a plazos en la oposición al desamparo y al acogimiento, el derecho de defensa de los padres tal como está articulado en el sistema procesal actual implica una dilación desmedida de los procedimientos. Esto se produce tanto por las dificultades en las comunicaciones a los padres, tal como venimos señalando, como por la amplia posibilidad de defensa que se les ofrece, así como por la lenta actuación de los órganos jurisdiccionales y de las Entidades públicas. Respecto de las posibilidades de defensa, no debemos olvidar que un menor que se va a beneficiar de una adopción puede estar sometido a tres procesos jurisdiccionales distintos (de acogimiento preadoptivo, sobre necesidad de asentimiento a la adopción y de adopción), sin olvidar que además, estando en acogimiento preadoptivo o adopción, los padres pueden recurrir la resolución administrativa de desamparo, la solicitud de cese de la suspensión de la patria potestad, el acogimiento provisional; y además pueden concurrir recursos ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, así como la posible oposición a medidas judiciales adoptadas en el *interin* sobre la base del artículo 158 del Código Civil⁷²⁸.

Durante la resolución de todos estos procesos la situación del menor continuará en precario, con los efectos psicológicos adversos que ello pueda provocar en el mismo. Y, a la postre, aunque la razón se incline en la balanza, del lado de los progenitores, el interés del menor habrá de prevalecer, y, tras la integración en un nuevo núcleo familiar, por muchas posibilidades de defensa que hayan tenido, el retorno será imposible.

Como cautela por parte de las Entidades públicas a fin de que no se produzcan retornos de menores una vez que están emplazados en nuevos núcleos familiares, hemos tenido la oportunidad de observar, en los intercambios efectuados en entre-

727. Sobre la importancia de la audiencia se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, entre otras en la Sentencia del Tribunal Constitucional 143/1990 de 26 de septiembre de 1990 (BOE núm. 254 de 23 de octubre de 1990 [RTC 1990, 143]). Se trata de hechos acaecidos antes de la Reforma del Código Civil de 1987. A la madre no se le da audiencia material en el procedimiento de adopción ya que es citada a través del Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza, aun cuando era conocido que su domicilio estaba en Pamplona, además de que había noticia de dicho domicilio en el Juzgado. El Tribunal Constitucional anula el auto judicial por el que se constituye la adopción porque, señala, oír a los padres en estos procesos es esencial, habiendo colocado a la madre en indefensión.

728. BARBERÁ FRAGUAS, M., en «La adopción: cuestión jurídica. Problema humano», Boletín Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 39/2002, Pamplona (BIB 2002, 635), con relación al asentimiento para la adopción, señala la falta de unidad de criterio que existe en la jurisprudencia sobre la relevancia que debe darse a la falta de participación de los progenitores en el procedimiento, ya que algunas resoluciones judiciales interpretan que la negativa a asentar no impide que pueda constituirse la adopción y otras señalan que el asentimiento es requisito indispensable.

vistas con los profesionales, en algunas Comunidades Autónomas no se inicia el procedimiento de acogimiento o adopción en tanto no se ha ratificado judicialmente el desamparo o la propuesta de privación de patria potestad, postura plausible, pero que conlleva a la institucionalización de los menores en centro de protección o la salida con familias en acogimiento simples de carácter transitorio⁷²⁹. La permanencia en núcleos familiares en acogimiento de carácter provisional (que en muchas ocasiones se alargan excesivamente en el tiempo) implica que los menores crean vínculos de apego difícil de romper una vez creados, por los efectos emocionales adversos que ello provoca en el menor. En estos casos, la Administración se encuentra en una encrucijada sin solución clara: si promueve el acogimiento preadoptivo o permanente en familia ajena expone al menor al riesgo de que posteriormente haya de reintegrarse a su familia biológica tras crear un lazo de unión afectivo con un nuevo núcleo familiar. Por el contrario, si espera a que se resuelva la oposición, el menor puede permanecer institucionalizado durante un largo período de tiempo, lo cual va en contra de su interés. Este dilema simplemente no tiene solución alguna en nuestro panorama legislativo, y la nueva regulación introducida en la Ley de Adopción Internacional, a pesar de los plazos a los que hace mención, tampoco la mejora.

Por ello conocemos por la práctica, que cuando la Entidad pública, conocedora de la dilación de los procesos jurisdiccionales, considera que no es posible el retorno a la familia biológica, opta por alternativas familiares estables para el menor, aun exponiéndolo a la posibilidad de una resolución jurisdiccional que le obligue al retorno.

La Ley de Adopción Internacional consideramos que no ha venido a mejorar la situación de los menores que se encuentran en procesos adoptivos en cuanto a su seguridad jurídica. La modificación introducida en la Disposición Final Primera, propone que el apartado primero del artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil quede redactado en los siguientes términos: *1.º Los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán comparecer ante el tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente y manifestarlo así. El tribunal, con suspensión del expediente, señalará el plazo que estime necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser superior a veinte días. Presentada la demanda, se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753.* Por tanto únicamente modifica el plazo para la presentación de la demanda, que anteriormente era no inferior a 20 ni superior a 40 días.

Observamos que en la reforma se ha ocupado el legislador de arbitrar plazos para diversas cuestiones que hemos analizado, pero la realidad es que los padres,

729. SERRANO CASTRO, F. y OCAÑA RODRÍGUEZ, A., «En busca de una más adecuada regulación del régimen de protección de menores. Propuesta de reforma del Código Civil y de la LECiv», se pronuncian a este respecto en contra de la formalización de cualquier acogimiento preadoptivo cuando exista posibilidad de impugnar el desamparo o de rehabilitar la patria potestad (<http://www.prodeni.org/Informes/PROPUESTA%20DE%20REFORMA%20NORMATIVA%20MENORES.htm>).

a pesar de no interponer recursos al desamparo o de no ganarlos, continúan sin ser privados de la patria potestad hasta el momento en que se enjuicia el procedimiento para el asentimiento a la adopción. Ante esta resolución judicial de nuevo cabe recurso, y, además, los menores no gozarán del vínculo de filiación hasta la constitución de la adopción. Por ello estimamos que la reforma no resuelve en absoluto el problema de inseguridad jurídica que se genera en los menores con medida de desamparo en que no existe privación de la patria potestad.

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

La Fiscalía General del Estado se ha pronunciado sobre la cuestión de los plazos, en Circular 1/2008, 22 de diciembre de 2008⁷³⁰. La misma pone de manifiesto cómo la nueva normativa sobre plazos plantea ciertas dudas y sienta los criterios que habrán de seguir los Fiscales para su interpretación, en un extenso documento de 27 páginas. En la redacción de la misma se observa cómo usa continuamente expresiones vagas en la interpretación de la norma como: «la legitimación (para oponerse al desamparo) ha de entenderse ampliada reconociéndola a los portadores de intereses legítimos» «el plazo reseñado (para la interposición del recurso de desamparo) debe entenderse de caducidad», «parece (frente a la resolución de revocación) que únicamente estará legitimado para impugnar la resolución de la Entidad Pública, transcurridos los dos años, el Ministerio Fiscal».

Señalamos algunos aspectos concretos de la interpretación que realiza:

En cuanto a la posibilidad de adoptar decisiones de acogimiento preadoptivo o adopción, apunta que no debe hacerse en el plazo de dos años previsto para reclamaciones de los padres, pero deja abierta la posibilidad de que se haga si en los informes consta la irreversibilidad de la situación de los padres. Y nos preguntamos: ¿Quién interpreta lo que se entiende por irreversible? Y si consta dicha irreversibilidad en los informes psico-sociales, pero está pendiente la resolución de recursos de los padres u otras personas con intereses legítimos (por ejemplo hay recurso de los padres contra la suspensión de visitas, o de los guardadores de hecho contra el desamparo, o de los tíos contra la resolución de no idoneidad), ¿hay que esperar también el plazo de dos años, e, incluso superior, hasta que se resuelvan los recursos, para que el menor se beneficie de un núcleo familiar estable?

La Circular interpreta que ante la solicitud de revocación en el plazo de dos años, la Entidad Pública de Protección habrá de dictar una resolución expresa que podrá ser impugnada jurisdiccionalmente; o bien podrán formular su solicitud directamente los padres ante la autoridad judicial. En todo caso, tal como hemos señalado, se trata de un recurso más.

730. <http://www.fiscal.es/fiscal/public>.

E, incluso, ante la solicitud de modificación de medidas de protección trascurrido el plazo de dos años, señala que si se plantea ante el Ministerio Fiscal habrá de proceder a dictar una resolución expresa que habrá de notificarse al interesado. Si en su resolución considera pertinente la revocación del desamparo, habrá de comunicarla a la Entidad Pública instando su dictado. Ésta habrá a su vez de dictar una resolución, que en caso de ser desestimatoria de la pretensión formulada por el Fiscal, podrá ser recurrida por éste ante la jurisdicción civil. Es decir, se abre otra posibilidad impugnativa más.

Por tanto, nos encontramos ante una espiral de recursos sin límite temporal a la que la nueva norma no ha puesto solución.

En cuanto a la aplicación de la ley a las resoluciones dictadas antes de la entrada en vigor de la misma, la Circular concluye que conforme a lo dispuesto en los artículos 9.3 de la Constitución, 2.3 y Disposición Transitoria 4ª del Código Civil, la reforma operada no tendrá efectos retroactivos sobre la naturaleza, contenido, extensión y efectos de los derechos y acciones surgidos con anterioridad a su entrada en vigor, si bien el ejercicio, la duración de aquellos derechos y acciones, y los procedimientos para hacerlos valer, se ajustarán a los plazos preclusivos previstos en la nueva ley que se computarán en sus respectivos casos a partir de su entrada en vigor el día 30 de diciembre de 2007.

3. TRATAMIENTO DEL TIEMPO POR LA JURISPRUDENCIA

A pesar de la inexistencia de plazos para alcanzar una seguridad jurídica y emocional para los menores, la jurisprudencia, antes de la aprobación de la Ley de Adopción Internacional, se ha decantado, en términos generales, por otorgar un papel muy importante a la inactividad de los padres de cara a recuperar a sus hijos y a la dificultad del retorno cuando se ha roto el vínculo de apego por el paso del tiempo. A pesar de no existir la obligación legal de declarar la situación de riesgo con un plan temporalizado de intervención, ni de ser legalmente obligatoria la formalización de dicho plan tras la declaración de desamparo para procurar la reintegración, los Jueces toman en consideración la intervención técnica realizada y la actuación de los padres antes de tomar decisiones sobre los menores y la vinculación de padres e hijos. Así, hemos podido observar que en la mayoría de las decisiones judiciales, aún sin la existencia de plazos, los menores, en casos de acogimiento permanente o preadoptivo o adopción, en muy raras ocasiones, retornan con sus padres cuando se ha roto el vínculo de apego. El problema es que durante todo el tiempo que han durado los procesos, los menores han permanecido en esa inseguridad. Consideramos que con los nuevos plazos de la Ley de Adopción Internacional, es muy posible que la situación continúe igual. Pero existen algunos casos en que sí se ordena ese retorno a pesar del paso del tiempo y de los perjuicios emocionales, y, por tanto, de la vulneración del derecho a la integridad moral del menor, lo cual es causa de inseguridad jurídica y de alarma social.

Seguidamente analizamos la jurisprudencia de mayor relevancia sobre esta cuestión, del Tribunal Constitucional, TEDH y de las Audiencias Provinciales.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión en múltiples resoluciones, de poner de manifiesto la incidencia que tiene el paso del tiempo en la ejecución de medidas relativas a menores. En todos los casos planteados se cuestiona no sólo el hecho de que existiera o no situación legal de desamparo, que la Administración hubiera dictado correctamente la resolución o que los órganos jurisdiccionales en primera o segunda instancia hubieran tomado la decisión de acordar una acogimiento preadoptivo o adopción, sino que, a la postre, las motivaciones a las que se refiere son de tipo emocional, relacionadas con el derecho a la integridad moral para cuestionar la posibilidad de retorno de los menores con anteriores núcleos familiares cuando están vinculados a la que le atiende, e interpreta que el maltrato psicológico, e incluso el posible perjuicio futuro, está incluido en derecho a la integridad moral. En el capítulo tercero, en el apartado relativo al derecho del menor al mantenimiento de su familia de origen hemos realizado un estudio jurisprudencial sobre el principio del derecho al mantenimiento y reinserción al medio de origen, y hemos tenido la oportunidad de observar que en todos estos casos el paso del tiempo ha sido lo que ha determinado la posibilidad o imposibilidad del retorno⁷³¹.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado igualmente sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, contemplado en el artículo 24 de la Constitución, asumiendo como propia la interpretación que realiza el TEDH sobre los criterios a tener en cuenta: *la complejidad del litigio, la conducta de los litigantes y de las autoridades y las consecuencias que del litigio presuntamente demorado se siguen para aquéllos*⁷³². Tal como hemos estudiado son muchos y muy adversos los efectos emocionales en los menores derivados de la dilación en las resoluciones jurisdiccionales y de la tardanza en la intervención administrativa⁷³³.

731. Hemos analizado resoluciones como las siguientes, en que el Tribunal Constitucional se pronuncia al respecto: Auto del Tribunal Constitucional 206/2000, de 18 de septiembre de 2000 (RTC 2000, 206 AUTO); Auto del Tribunal Constitucional 147/2002, de 23 de julio (RTC 2002, 147 AUTO); Sentencia del Tribunal Constitucional 221/2002, de 25 de noviembre de 2002 (BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2002 [RTC 2002, 221]); Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2004 de 19 de abril de 2004 (BOE núm. 20, de 18 de mayo de 2004 [RTC 2004, 71]). Estudia en profundidad la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la integridad moral como límite para ejecutar la sentencia que ordene la reinserción en su familia de un menor acogido, en CORRAL GARCÍA, E., en «El derecho a la integridad moral del menor...» y se pronuncia sobre el hecho de que ha de prevalecer el derecho a la estabilidad e integridad psíquica del niño sobre el del progenitor biológico a recuperarle.

732. Citados en Sentencia 36/1984, de 14 de marzo de 1984, BOE núm. 80 de 3 de abril de 1984, en que menciona el caso Zimmermann y Steiner contra Suiza, en Sentencia de 13 de julio de 1983 (TEDH 1983, 9).

733. JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, M., en «La Ilusión Política ¿Hay que reinventar la democracia en España?», Alianza Editorial, Madrid, 2003, analiza la jurisprudencia del Tribunal constitucional con relación a las dilaciones indebidas: desde la Sentencia 36/1984, que estableció la obligación del Estado de indemnizar por la vulneración de este derecho, hasta la Sentencia 69/1993, de 1 de marzo de 1993 (BOE núm. 78 de 1 de abril de 1993), en que señala que *la resolución posterior no repara una dilación que ya está consumada*.

El TEDH ha dictado una amplia jurisprudencia en la que se pronuncia específicamente sobre la necesidad de que las medidas de separación de un menor de su medio de origen sean lo más breves posibles, señalado que *el tomar a su cargo a un niño debe contemplarse como una medida temporal que debe suspenderse en cuanto la situación se preste a ello* y que todo acto de ejecución debe estar de acuerdo con el fin último de volver a unir al progenitor natural y al niño⁷³⁴. Además, el artículo 6 del CEDH establece el derecho a un proceso equitativo, que implica que *toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella*.

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales también se pronuncia de forma prolija sobre la trascendencia que tiene el transcurso del tiempo, en concreto sobre las posibilidades de retorno a la familia de origen. Observamos que de nuevo es oscilante la jurisprudencia respecto de la orden de salida del menor de familias con las que ya se ha vinculado afectivamente. La mayor parte de las resoluciones jurisdiccionales consideran adecuada la intervención administrativa, pero existe igualmente un porcentaje que ordena la revocación del desamparo. En ocasiones, además del desamparo, se formula a la vez oposición al acogimiento. Habiendo permanecido durante años en una familia en acogimiento o guarda, a pesar del tiempo transcurrido, se ordena la reintegración a la familia biológica, en otras sin embargo se decide la permanencia en la familia de acogida, a pesar de que se reconoce que procede la reintegración, y ello por el perjuicio psicológico que se infringiría a los menores en caso de ejecutar el retorno⁷³⁵. De estas últimas sólo un pequeño porcentaje se refiere a reintegración de menores estando en familia en acogimiento, que son las que hemos destacado. Entre las que optan por la reintegración o cambio a otra familia de acogida, comentamos las siguientes:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 diciembre de 2004 (JUR 2006, 33273), revoca la declaración de desamparo de un menor en guarda de hecho y ordena que el menor permanezca con la familia guardadora, tras un año de convivencia con la misma, y señala que lo importante es *interrogarnos sobre si el menor de edad que recibe la correcta asistencia material y moral de un guardador de hecho, es decir, de persona que no ostenta autoridad o poder jurídico alguno sobre el mismo, puede ser declarado en desamparo una vez transcurrido más de un año en tal situación (...) la*

734. Así lo expresa la Sentencia de 16 de noviembre de 1999, (TEDH 1999, 57), caso E. P. contra Italia. De forma similar se contempla entre otras en: Sentencia de 24 marzo 1988, (TEDH 1988, 2), caso Olsson contra Suecia (TEDH 1988, 2); Sentencia de 31 agosto 1990 (TEDH 1990, 20), caso Nyberg contra Suecia; Sentencia de 22 abril 1992 (TEDH 1992, 49), caso Rieme contra Suecia; Sentencia de 19 septiembre 2000 (TEDH 2000, 438), caso Glaser contra Reino Unido; Sentencia de 26 febrero 2002 (JUR 2002, 90046), caso K. contra Alemania; Sentencia de 21 junio 2007 (TEDH 2007, 42), caso H. y otros contra República checa.

735. Como indicador podemos señalar que efectuada una búsqueda de resoluciones de las Audiencias Provinciales desde el año 1992 hasta el 2007, sobre oposición al desamparo, en la base de datos jurisprudencial de *Westlaw*, encontramos 252 estimaciones frente a 49 desestimaciones.

existencia de un guardador que atiende de modo efectivo las necesidades del menor, excluye la situación de desamparo y por ende, la tutela administrativa.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de enero de 2004 (JUR 2004, 61693). Se trata de una resolución muy extensa, en que se analiza, en sede de acogimiento preadoptivo, los plazos de intervención de la Entidad pública. El menor fue desamparado tras su nacimiento por dar positivo a droga en orina al nacer. Fue entregado a una familia en acogimiento preadoptivo, al no existir familiar alguno con quien formalizar acogimiento, no habiendo presentado los padres oposición al desamparo y no iniciando su rehabilitación hasta unos siete meses después de la declaración del mismo. Sin embargo, la Audiencia Provincial estima que debió esperarse al menos un año para considerar si existía o no una posibilidad real de actuación social y médica en torno a los progenitores, ya que posteriormente los padres han demostrado su rehabilitación. La resolución señala que con independencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, no procede estimar la oposición de los padres. En el momento de resolver el menor llevaba más de dos años con su familia de acogida.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 13 de febrero de 2007 (JUR 2007, 254604). En este caso es la abuela de los menores la que se opone a su acogimiento preadoptivo. El Tribunal observa cómo de cara a combatir la inseguridad jurídica, el Juzgado de Primera Instancia ha optado por interpretar, que sí existe plazo de oposición a la resolución administrativa de acogimiento: en la misma el Juzgado de Primera Instancia aplica el plazo de 5 días mencionado en el artículo 457 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y estima que la demanda es extemporánea. La Audiencia Provincial no considera que éste sea el plazo de aplicación y alude al de dos meses contemplado en el 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Es más, la Sentencia señala que aunque han transcurrido esos dos meses, dado que la resolución administrativa no mencionaba dicho plazo, siendo ello preceptivo conforme a la Ley 30/1992 de RJAP y PAC, a pesar de haber transcurrido ocho meses, se ha de admitir la demanda. En cuanto al fondo del asunto, de nuevo, el hecho de que los menores ya estén acoplados a una nueva vida en una familia en acogimiento preadoptivo, hace que desestime la demanda, motivada además en que la solicitante dejó transcurrir esos ocho meses hasta la fecha de interposición del recurso.

Entre las resoluciones que optan por ordenar la reintegración con la familia biológica, en ocasiones reconociendo que el menor está totalmente integrado en su nuevo núcleo familiar, y a pesar de no haber mantenido contacto con sus progenitores en el tiempo transcurrido desde la salida en acogimiento familiar, señalamos las siguientes:

Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 20 enero de 1999 (AC 1999, 3893), en que se resuelve sobre el desamparo y acogimiento preadoptivo de unos menores. El Tribunal estima que no concurre situación de desamparo, ya que se ha producido un cambio en las circunstancias de los padres no tomadas en conside-

ración en primera instancia, por lo que ordena la reintegración con los padres tras más de tres años de convivencia en acogimiento preadoptivo.

Sentencia de la Audiencia Provincial Sevilla de 12 junio de 2000 (JUR 2000, 283139). En este caso, la Audiencia Provincial decide que no procede constituir el acogimiento preadoptivo de los menores y ordena la reintegración. En la motivación de la Sentencia, para analizar el posible retorno de los menores con la madre biológica, señala que *sólo restaba por conocer si para el preferible retorno de sus hijos a su cuidado y compañía podía haber influido de alguna manera de forma negativa el transcurso del tiempo, no sólo desde que fueron apartados de su madre, sino incluso desde que el juez a quo dictó la resolución recurrida, lo que hacía preciso conocer el estado actual de los menores en la familia que viene ejerciendo como acogedora así como los recuerdos y opinión de los menores hacia su madre.*

Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 10 octubre de 2006 (AC 2006, 1835). Habiendo sido desamparada la menor en 2003, y habiendo sido ratificado el desamparo y constituido el acogimiento preadoptivo de la menor en primera instancia, sin tener régimen de visitas desde la fecha del desamparo, la Audiencia Provincial ordena la restitución de la menor a su madre por considerar que no se realizó un trabajo de intervención social adecuado para el mantenimiento de la menor en su medio de origen y estando la madre capacitada, en el momento de dictarse la sentencia para tener a la menor consigo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 21 de noviembre de 2006 (AC 2006, 2255). Acuerda la revocación del desamparo y del acogimiento preadoptivo de una menor que fue desamparada el 2 de abril de 2003. Según el texto de la sentencia, *la menor actualmente se encuentra adaptada al entorno social donde vive, con nivel económico aceptable y con estabilidad familiar y personal.* La menor se encuentra en situación de acogimiento preadoptivo mediante resolución provisional de la Administración desde el año 2003, la Audiencia Provincial ordena *no haber lugar a la declaración de desamparo y acogimiento familiar preadoptivo de la menor A., con inmediata recuperación de su custodia.*

Si bien es cierto que no son muchas las resoluciones que ordenan la reintegración del menor, una vez integrado a un núcleo familiar diferente del biológico, cada vez que se produce uno de estos casos se crea una alarma social y una desconfianza en el sistema. Y, además, los padres adoptantes y acogedores y los menores que están pendientes de resoluciones jurisdiccionales viven, como veremos a continuación, durante años, en una situación de falta de seguridad, que se podría solventar mediante la privación de los padres de la patria potestad.

4. ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE CASOS

Hemos argumentado, que una vez que el menor entra en un núcleo familiar ajeno al de sus padres biológicos, por haberse descartado la posibilidad de retorno con mismos de forma fehaciente, lo importante para el mismo es poder crear un

vínculo afectivo de apego seguro. Para el menor lo elemental es saber que no lo van a separar de la familia en la que se encuentra.

Como muestra de la tardanza en la resolución de los procedimientos hemos realizado un estudio estadístico de casos en que analizaremos la siguiente variable:

Plazo (años) que se tarda desde que se formula propuesta por la Entidad pública de acogimiento preadoptivo al Juzgado, hasta que se obtiene una resolución judicial firme de adopción.

Los casos que estudiaremos son todos los de los menores de la provincia de Málaga en cuyos expedientes consta que se ha recibido el auto declarando la firmeza de la adopción de los mismos entre los años 2000 y 2007.

Por tanto, el estudio estadístico tiene:

- Como ámbito geográfico: la provincia de Málaga.
- Como ámbito temporal, el período 2000-2007.

Respecto a la significatividad estadística del estudio:

a) Es plenamente representativo de la situación (plazos) en la provincia de Málaga en el período 2000-2007. Se estudian todos los casos, o universo y no una parte de éstos o muestra, de manera que el error muestral es nulo.

b) Otra cuestión es la representatividad de los resultados a nivel nacional. No se ha efectuado un análisis de toda la situación nacional debido a que, además de los límites para poder obtener la información de base, hubiera sido un trabajo que excedería de los objetivos de esta investigación.

En todo caso, si bien en términos estadísticos los resultados no son representativos de lo sucedido a nivel nacional, se puede sostener que no hay razones, *a priori*, que hagan predecible una disparidad manifiesta entre los resultados obtenidos en la provincia de Málaga y los que se obtendrían a nivel nacional.

El motivo de elegir estas dos variables temporales relativas a estas medidas, y no otras, es el siguiente: no se puede tomar como momento inicial del estudio, el de la declaración de desamparo ya que el principio de mantenimiento del menor en su medio de origen implica que la primera actuación de la Entidad pública debe ser, si el caso lo permite, la intervención mediante un plan temporalizado con el objeto de intentar la reintegración. El tiempo transcurrido desde el desamparo hasta la propuesta de acogimiento preadoptivo, puede ser diverso ya que está sometido a muchas variables, entre otras: la temporalización del plan de reintegración familiar, en que los plazos variarán en función de las circunstancias del caso (rehabilitación de toxicomanías de los padres, reparación de deficiencias de medios materiales, rehabilitación en la relación padres-hijos...) y durante ese tiempo el menor puede permanecer en acogimiento familiar o residencial; las dificultades en la búsqueda de familia adoptiva, derivadas de factores como la edad del menor, grupos de hermanos, menores discapacitados...

Los datos y el objeto del estudio estadístico son los siguientes:

- Datos estudiados: hemos analizado 313 casos en los que se ha propuesto la adopción por el Servicio de Protección de Menores de Málaga, de la Delegación para la Igualdad y el Bienestar Social de la Junta de Andalucía. Los casos examinados son los de todos aquellos menores en que se ha dictado el auto declarando la firmeza de la adopción de los mismos entre los años 2000 y 2007. No se trata por tanto de una muestra, sino de todos los casos que están en la situación que hemos definido.
- El objeto del estudio estadístico ha sido el tiempo que ha transcurrido desde que la Entidad pública ha formulado la propuesta de acogimiento preadoptivo del menor al Juzgado, hasta que por éste se ha dictado auto declarando la firmeza de la adopción.

Los resultados obtenidos han sido explotados en las siguientes tablas y gráficos significativos.

Tabla 1. Años desde la propuesta hasta la firmeza del auto de adopción

Años desde la propuesta de acogimiento preadoptivo hasta el auto de adopción	Número de casos
0	1
1	40
2	35
3	35
4	79
5	49
6	25
7	27
8	13
9	5
10	1
11	3
Total casos	313

Tabla 2. Años desde la propuesta hasta la firmeza del auto de adopción

	Número	Porcentaje sobre el total
De 0 a 3 años	111	35,5
De 4 a 6	153	48,9
Siete o más años	49	15,7
Total	313	100

Gráfico 1. Distribución de los casos totales según el número de años que transcurren desde la propuesta hasta la firmeza del auto de adopción

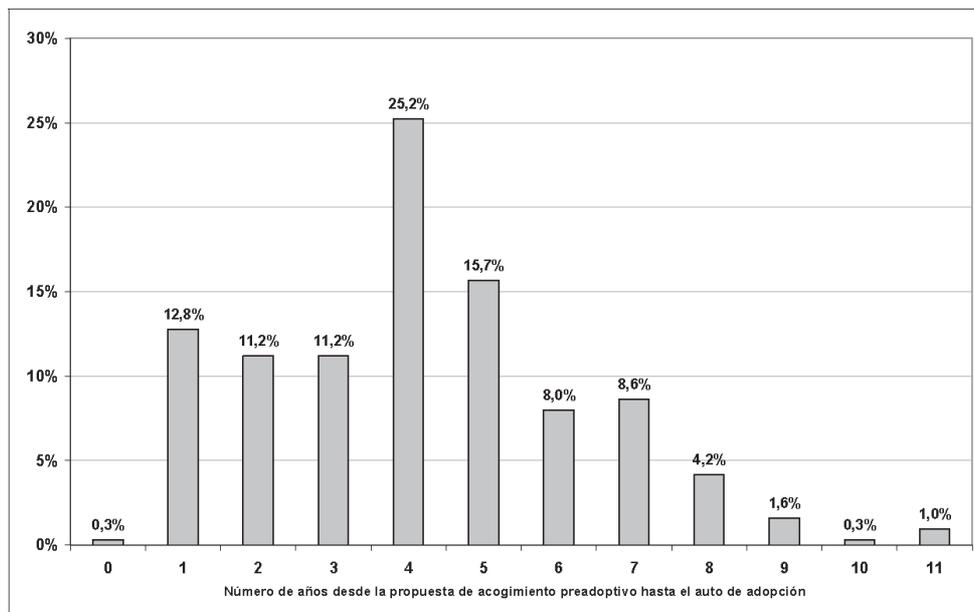
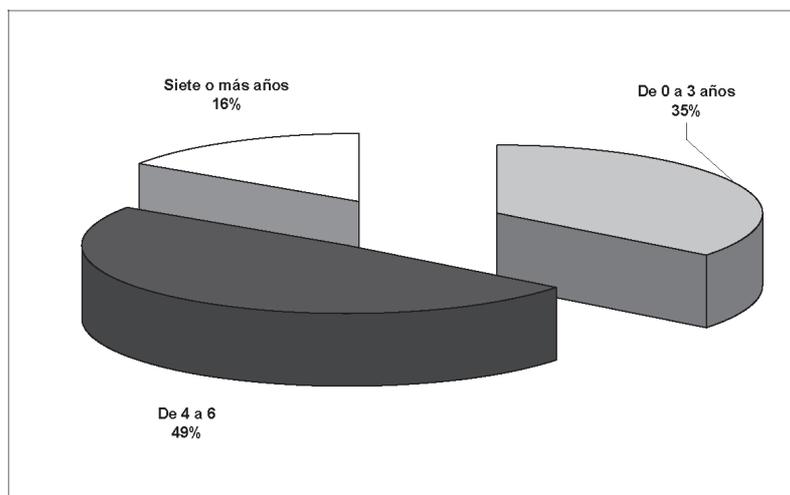


Gráfico 2. Distribución de los expedientes según el número de años que transcurren desde la propuesta hasta la firmeza del auto de adopción



Ponen de manifiesto los Jueces entrevistados, que es causa común en la dilación de los procedimientos jurisdiccionales, la falta de localización de los padres y los problemas relativos a las citaciones y notificaciones a los mismos. La variabilidad de los plazos de resolución transcurridos desde la propuesta de acogimiento preadoptivo hasta la firmeza de la adopción depende, además, entre otras, de las siguientes circunstancias, tal como hemos podido constatar en el estudio de estos 313 casos, en las entrevistas efectuadas a los profesionales que trabajan los mismos, magistrados de los Juzgados de Familia y la propia experiencia profesional:

Causas por las que se demora en el tiempo la resolución firme del acogimiento preadoptivo en sede judicial:

- Que el procedimiento de acogimiento preadoptivo quede en suspenso en tanto se resuelve la oposición al desamparo.
- Que el procedimiento de acogimiento preadoptivo quede en suspenso en tanto se acumula al procedimiento de desamparo.
- Que el procedimiento de acogimiento preadoptivo quede en suspenso en tanto se resuelve el procedimiento de privación de patria potestad.
- Que el procedimiento de acogimiento preadoptivo sea objeto de recurso ante la Audiencia Provincial o ante el Tribunal Constitucional o Tribunal Supremo.
- Que existan recursos contra medidas del artículo 158 del Código Civil.

Una vez que el acogimiento ha adquirido firmeza puede demorarse el tiempo debido a que la Entidad pública o los acogedores preadoptivos pueden tardar en proponer la adopción al Juzgado (sujeto siempre al requisito de la realización de un seguimiento de la evolución del acogimiento por parte de la Entidad pública). Una vez formulada la propuesta de adopción, las causas por las que se dilata en el tiempo la resolución firme de la adopción son, entre otras, las siguientes:

- Que exista procedimiento de oposición al asentimiento a la adopción
- Que el procedimiento de asentimiento a la adopción o la adopción sea objeto de recurso ante la Audiencia Provincial o ante el Tribunal Constitucional o Tribunal Supremo.
- Que existan recursos contra medidas del artículo 158 del Código Civil.

De la investigación efectuada se concluye lo siguiente:

- Los menores tienen derecho a acceder a una situación jurídica y emocionalmente segura en un plazo lo más breve posible, ya que lo contrario puede conllevar un perjuicio moral. Así lo demuestran las teorías psicológicas sobre el vínculo de apego, y la aplicación de la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional sobre el transcurso del tiempo como perjuicio contra la integridad moral.

- De los datos estadísticos expuestos se infiere, que hasta la fecha de la aprobación de la Ley de Adopción Internacional, aproximadamente en el 50% de los casos los menores pueden tardar de 4 a 6 años en obtener una situación jurídica y emocionalmente segura, y que es igualmente elevado en número de casos en que puede llegar a tardar más de 7 años.
- La aprobación de la nueva Ley de Adopción Internacional, con toda una batería de plazos, en ciertos casos, podría aumentar estos plazos, no disminuirlos, ya que dispone nuevas posibilidades de recursos a los padres.

Nuestro sistema de protección no cumple, por tanto con lo dispuesto en el CEDH en su artículo 6.1, señala que *toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella*. No resulta arriesgado pronunciarnos en el sentido de que estos datos reflejan lo que se denomina maltrato institucional y que resulta necesaria una revisión del sistema de protección de cara a disminuir los plazos⁷³⁶.

736. MARTÍNEZ ROIG, A. y SÁNCHEZ MARÍN, J. J., en «Malos tratos institucionales», I Congreso Estatal sobre la Infancia Maltratada. Barcelona, Associació Catalana per la Infancia Maltratada, 1989, cit., pg. 193-211, definen el maltrato institucional de la siguiente forma: Se entiende por malos tratos institucionales cualquier legislación, programa, procedimiento, actuación u omisión procedente de los poderes públicos o bien derivada de la actuación individual del profesional o funcionario de las mismas que comporte abuso, negligencia, detrimento de la salud, la seguridad, el estado emocional, el bienestar físico, la correcta maduración o que viole los derechos básicos del niño y/o la infancia.

Conclusiones

Es reconocida la importancia que socialmente se le brinda a la protección de los menores y en sus resoluciones, el Tribunal Constitucional aprecia que en las decisiones sobre protección de menores *se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia*. No es por tanto baladí, que en la aplicación de la normativa sobre protección de menores deba existir la mayor claridad y certeza para los interesados (padres, tutores, menores, acogedores, guardadores...) y para los operadores jurídicos que cada día tratan con el sistema. En la introducción de este trabajo hemos expuesto que nuestro objetivo es analizar la seguridad jurídica en el sistema normativo, distribución de competencias y aplicación territorial y personal de las normas, en los principios esenciales del sistema de protección y en la aplicación de las figuras jurídicas.

Después de haber descrito el concepto de seguridad jurídica y de sistema de protección, así como los principios básicos de la intervención pública; tras estudiar los problemas de seguridad jurídica derivados de la fragmentación jurídica que implica la coexistencia de normativa internacional, estatal, autonómica y local; realizado un recorrido por los principios esenciales del sistema de protección de menores: interés del menor, derecho a ser oído, derecho a la intimidad y a la vida familiar, derecho al mantenimiento en el medio de origen y derecho a mantener un régimen de relaciones personales; tras profundizar en las figuras jurídicas de atención inmediata, guarda, situación de riesgo y desamparo; y, por último, después de examinar los efectos emocionales del paso del tiempo en los menores y el tratamiento del tiempo por la legislación y la jurisprudencia, pasamos ahora a exponer las conclusiones de nuestro estudio.

1.-Conclusiones respecto a la seguridad jurídica en el sistema normativo, distribución de competencias y aplicación territorial y personal de las normas. Aplicación de los principios esenciales del sistema de protección

La Constitución establece la organización territorial del Estado basada en el principio de autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española y en la solidaridad entre todas ellas, lo que se traduce en la igualdad de derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado. El Plan Estratégico Nacional de la Infancia y la Adolescencia 2006-2009 deberá entenderse como eje común y complemento de las actuaciones derivadas del nivel competencial de cada Institución. La Exposición de motivos de la Ley 30/1992 de RJAP y del PAC, señala que es preciso un marco jurídico de actuación común a todas las Comunida-

des Autónomas, que permita a los particulares dirigirse a cualquier instancia administrativa con la certeza de que todas actúan con criterios homogéneos.

Considerando que éstos han de ser los cimientos del sistema de protección en la España de las autonomías, hemos observado que no siempre existen estos criterios homogéneos en ciertas cuestiones, lo que provoca desigualdad en la protección de los derechos de protección de los menores. La causa la hallamos en la falta de claridad de algunas normas. Esta desigualdad se concreta en la distinta interpretación y aplicación de las figuras jurídicas por las Comunidades Autónomas y por los órganos jurisdiccionales.

En la aplicación de los principios esenciales del sistema observamos las siguientes notas de inseguridad jurídica:

1. Interés del menor y derecho a ser oído.

Este principio es utilizado de forma demasiado general, ya que la norma no concreta su uso. La inclusión de esta cláusula no exime a la Administración y a los Jueces de la obligación de la motivación del interés. La concreción de este interés, además, ha de tener en cuenta, siempre que se pueda, la opinión del menor. Por ello en cada resolución ha de figurar de forma expresa cómo se ha accedido a dicho juicio, y, cuando no se haya podido oír al menor, habrá que justificar la causa de dicha omisión. Constatamos, además, una colisión de intereses cuando la Administración actúa como tutora: en ocasiones interviene a la vez defendiendo el interés general y protegiendo el interés particular del menor. En estos casos, como ocurre con los menores inmigrantes no acompañados, se debe recomendar acudir a otras figuras, como el defensor judicial.

2. Protección de la vida familiar.

Es conveniente conectar el derecho protegido por el artículo 18 de la Constitución al mencionar la intimidad, con la protección de la persona en su ámbito familiar. Conforme a la interpretación realizada por el TEDH, ante situaciones de desamparo, acogimiento o adopción, así como en la regulación de los regímenes de relaciones personales, se podría entender vulnerado el derecho a la vida familiar, ya que interpreta éste como interés del menor directamente conectado con el mantenimiento de sus vínculos familiares naturales y el derecho de los progenitores a los mismos. Por tanto, estimamos que estas resoluciones, en la medida en que constituyan una injerencia no prevista legal ni legítimamente, deben ser objeto de revisión constitucional en amparo.

3. Derecho al mantenimiento en la familia de origen.

Son muy variados los conceptos de familia que se barajan en el sistema, lo que implica una mayor o menor protección en función de la interpretación del mismo (lo cual es notorio en el caso de las guardas de hecho). Previamente a la separación definitiva de un menor de su familia de origen ha de probarse que se ha trabajado la no separación durante la situación de riesgo, y, una vez declarado el desamparo, ha de procurarse de nuevo la reintegración familiar. Éste es el pilar básico de la

protección de menores. Sin embargo, hemos detectado que no existe una obligación legal de establecer un plan de intervención temporalizado junto a ambas medidas de protección, que pruebe que se ha procurado el mantenimiento del menor con su familia y en el desamparo, que se decida, además, el concreto régimen de visitas de un menor y se motive, en su caso, la limitación o denegación de las visitas. Además de la inseguridad jurídica a que esto aboca, supone la falta de garantía jurídica de cara al mantenimiento del vínculo afectivo de apego. Cada Comunidad Autónoma ha establecido regulaciones parciales al respecto, sin que exista una unidad de criterio. En los procedimientos de desamparo, y, posteriormente en los de acogimiento y adopción, si queda probado el fracaso de la intervención educativa, social y psicológica, quedará demostrado si la separación era necesaria, por lo que consideramos que debía ser legalmente establecido la necesidad de establecer planes de intervención y su temporalización.

4. Derecho a la integridad moral.

Los perjuicios psicológicos de que son objeto los menores, derivados de los efectos adversos por el paso del tiempo, e, incluso, la posibilidad de que existan estos efectos, en la adopción de medidas de protección, pueden ser catalogados de vulneración a la integridad moral, y, por tanto, susceptibles de amparo constitucional.

5. Aplicación territorial de las normas.

La aplicación de las normas sobre protección de menores, por Comunidades Autónomas, e, incluso, por provincias, no goza de la uniformidad que requiere la certeza en la aplicación del derecho que implica la seguridad jurídica: ante una misma situación, la respuesta puede ser diversa.

6. Coordinación entre Juzgados y Administración.

No es correcta la coordinación en los casos de malos tratos en lo que respecta a la protección inmediata del menor.

No es correcta la coordinación en la intervención de menores con medida de protección e inmersos en procedimientos jurisdiccionales sobre guarda y custodia.

2.-Conclusiones respecto a la seguridad jurídica en la aplicación de las figuras de protección: claridad y certeza de los conceptos; claridad y agilidad de los procedimientos

i. Atención inmediata.

Induce a confusión la utilización de esta figura. La Administración, en ciertos casos, se vale este término para amparar la situación de menores sobre los que no se ha adoptado medida de desamparo. Es especialmente grave la situación de menores inmigrantes no acompañados: por el hecho de prestarles atención inmediata, se crea la ficción de que están protegidos jurídicamente y se aplaza la decisión de desamparar.

ii. Situación de riesgo.

No existe en la legislación estatal una obligación de dictar resolución administrativa declarando la situación de riesgo. Algunas Comunidades Autónomas han regulado procedimientos para su declaración y en otras no se efectúa la misma. Ello provoca que no se pueda probar documentalmente desde cuándo y cómo se ha trabajado el riesgo social, como antesala para justificar la decisión de desamparar. Tampoco existe una obligación en la legislación estatal de trabajar la situación de riesgo mediante planes de intervención familiar, con lo que no siempre queda probado que la Administración haya ofrecido recursos a las familias antes de efectuar la separación del menor de su medio.

Es muy pobre la actual protección del *nasciturus*, por lo que resulta necesario una regulación precisa sobre esta cuestión. Respecto de los adolescentes, es necesaria una regulación que provoque una mayor coordinación entre el sistema educativo, sanitario y de protección.

iii. Guarda.

Guarda administrativa. No existe una obligación legal de que la guarda administrativa esté acompañada de un plan de intervención familiar temporalizado, para procurar el retorno al medio de origen.

Guarda judicial. Existe una dejación por parte de los Juzgados de Instrucción, en general, de su función de tomar medidas protectoras de los menores cuando se produce una situación de maltrato, dejando que sea la Administración la que haya de decidir mediante la figura del desamparo. Sin embargo, observamos el uso de esta medida para la protección de los adolescentes con trastornos de conducta en lugar de alternativas en los ámbitos sanitario o educativo.

iv. Desamparo.

• Concepto.

No consta uniformidad de criterio en cuanto a si se debe considerar como una figura objetiva o subjetiva. Esta diversidad de interpretación se detecta en la doctrina, en la jurisprudencia y en Administración (a nivel autonómico y dentro de cada autonomía, a nivel provincial). Ello se traduce en una falta de coincidencia en la decisión sobre la existencia de desamparo ante situaciones idénticas: destaca esencialmente la diferente reacción en distintos ámbitos territoriales ante la necesidad de regularización de la guarda de hecho o ante la solicitud del acogimiento familiar.

• Efectos de la declaración de desamparo.

La atribución de efectos suspensivos de la patria potestad, implica que, aun no habiendo sido recurrido jurisdiccionalmente el desamparo, los padres habrán de ser oídos en los procedimientos de acogimiento y adopción. Aunque nuestra investigación nos indica que son escasas las ocasiones en que se ordena, en esta fase, el retorno del menor con la familia biológica, el estudio estadístico nos mues-

tra que el tiempo que tardan los menores en obtener una situación jurídica y emocionalmente segura, es excesivo. Por ello, consideramos que si en el plazo de un año los padres no han realizado ningún acto positivo para la recuperación de los hijos (esencialmente la interposición de recurso y el trabajo con la Entidad pública mediante un plan temporalizado de intervención), los efectos deberían ser de privación.

- Desamparo y tutela ordinaria.

Como consecuencia de la falta de claridad en cuanto a los efectos del desamparo, no existe unanimidad de criterio sobre la posibilidad judicial de nombrar tutor, sin que previamente haya sido dictada resolución de desamparo y sin privar previamente a los padres de la patria potestad. Existe, además, un uso excesivo del desamparo en lugar de la promoción de la tutela ordinaria.

- Desamparo y acogimiento familiar.

En algunas Comunidades Autónomas (y dentro de éstas, en algunas provincias), se vincula necesariamente la constitución del acogimiento familiar a la declaración de desamparo y en otras no. En el caso de menores en acogimiento familiar con desamparo, existe una dejación de la Administración en cuanto a conseguir la mayor seguridad jurídica para los menores: el desamparo se usa como medida definitiva, en lugar de la tutela ordinaria o la adopción.

- Desamparo y guarda de hecho.

Debido al concepto estricto de familia que impera en la legislación, y con relación al desamparo, el guardador de hecho es una figura jurídica cuyo perfil no queda definido. Ello se pone de manifiesto en las distintas reacciones de Juzgados y Administración en el momento de regularizar situaciones de hecho. En ocasiones se da la mayor importancia a la relación afectiva creada por el menor con las personas que de hecho lo guardan y lo cuidan; en otras, esta relación parece inexistente para la jurisprudencia y provoca que la Administración se decante por desamparar a menores que se encuentran bien atendidos por sus guardadores, e, incluso, sacarlos del núcleo familiar de los guardadores para llevarlos con otra familia. Como consecuencia de la aplicación del desamparo de forma objetiva o subjetiva, ante situaciones idénticas en ocasiones se desampara, en otras no. Resulta legítimo el argumento de que el menor que no está desamparado y está en guarda de hecho no tiene una figura parental o de tutela que lo represente. Pero no nos hallamos aquí ante la dicotomía de si procede desamparar o no, sino ante la necesidad de buscar una figura de representación. Nos parece que en este punto la inseguridad jurídica del sistema de protección alcanza su punto más alto.

- Procedimiento.

Los procedimientos relativos a menores han de estar al servicio del menor y funcionar en su interés, y, sin embargo, ha quedado demostrado que esto no siempre es así. Pero también es cierto, que el hecho de que sea precisa la rapidez en la resolución de las situaciones que atañen a los menores, no puede servir como

excusa para reducir las garantías constitucionales de defensa que se otorgan a sus progenitores. No están definidos en la legislación los plazos en que se ha de dictar la resolución de desamparo y los efectos de la falta de resolución (con algunas excepciones en las normas autonómicas), y es objeto de diversas interpretaciones la aplicación de las normas contenidas en la Ley 30/1992 de RJAP y del PAC. No existe disposición legal que regule, siempre que exista consentimiento de los padres y ello convenga al menor, la obligación de realizar un plan de intervención temporalizado para el retorno del menor a su familia una vez que se ha declarado el desamparo.

- Impugnación jurisdiccional.

No existen unos criterios comunes respecto de la jurisdicción competente, civil o contencioso-administrativa, para resolver la impugnación al desamparo por motivos procedimentales.

El nuevo sistema de plazos introducido en la Ley de Adopción internacional ha sembrado de dudas el panorama respecto de la intervención de la Administración en cuanto a la posibilidad de adoptar medidas seguras para los menores.

Los nuevos plazos amplían aún más el abanico de defensa de los padres, en menoscabo de la seguridad emocional y jurídica de los menores. El actual diseño legislativo del sistema de protección español implica la imposibilidad de compatibilizar el derecho del menor a tener una situación segura jurídica y emocionalmente en un plazo breve, con el derecho de sus padres de ejercer su defensa.

- Prejudicialidad.

No existe una adecuada coordinación entre los procesos penales sobre maltrato a menores y la acción protectora de la Entidad pública. Tampoco observamos unos criterios claros sobre la prejudicialidad penal en los procedimientos de desamparo. Consideramos que no siempre la causa penal debe ser vinculante ni suspender necesariamente los procesos civiles sobre desamparo. Pero la Administración y Juzgados deben estar más coordinados y conocer en todo momento, mediante su personación, las actuaciones que se están realizando. La violencia ejercida sobre los menores precisa de un tratamiento legal unitario que no existe en la actualidad.

v. El paso del tiempo como causa de inseguridad jurídica.

El mayor problema de inseguridad jurídica y emocional que detectamos en el sistema de protección es que no existen unos plazos a partir de los cuales se ofrezca seguridad al menor en la nueva situación en que se encuentre. Así, si el menor ha sido desamparado y es preciso buscarle un nuevo núcleo familiar, debe de haber un plazo a partir del cual no sea posible el retorno, e, igualmente, si ya está en una nueva familia, por ejemplo, en guarda de hecho, debe preverse un plazo en que ya no sea posible arrancarlo de la misma. Consideramos que éste es un derecho del menor, ya que es la única forma de garantizar su seguridad y estabilidad. Por ello, estimamos que se ha de establecer en qué plazo se puede determinar que no

se puede producir la reintegración a la familia biológica, así como el plazo en que ya no deben ofrecerse más oportunidades de defensa a los padres.

Hemos acudido al ejemplo más ilustrativo sobre la inseguridad jurídica en cuanto a los plazos y hemos realizado un estudio estadístico, que, estimamos, compromete a nuestro sistema de protección de menores. No parece justo que un menor pueda permanecer en un proceso adoptivo, en una situación de inestabilidad jurídica, hasta 10 años. Este solo dato resulta significativo, a nuestro juicio, de que el sistema de protección de menores no resulta seguro.

Toda la inseguridad descrita, se trueca, como hemos tenido ocasión de investigar, en efectos emocionales adversos para el menor. Y esto sólo puede tener una traducción en el mundo del Derecho, tal como ha señalado el propio Tribunal Constitucional: vulneración del derecho integridad moral del menor por el perjuicio psicológico causado o que se pueda causar, con la consecuencia inmediata de la posibilidad de usar la vía de amparo para su defensa.

3.-Conclusión final

Existen muchos espacios de inseguridad jurídica en el sistema de protección de menores. Para mejorar dicha situación, se debe abordar una reforma en el seno de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. No es suficiente la modificación parcial que se ha realizado a través de la Ley de Adopción Internacional. Deben ser objeto de revisión los procedimientos y la coordinación entre Juzgados y Administración, así como la definición de los conceptos, contemplando a su vez aspectos psicológicos, sociales y pedagógicos, ya que nos encontramos ante una materia necesariamente interdisciplinar.

Bibliografía

- ABARCA JUNCO, A. P. (Dir.), «Derecho internacional privado», Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2005.
- ACEVEDO BERMEJO, A., «Las relaciones abuelos-nietos: régimen de visitas, reclamación judicial», Tecnos, Madrid, 2006.
- ADELANTADO GIMENO, J. [et al.], «Estado de bienestar y Comunidades Autónomas: la descentralización de las políticas sociales en España», Tecnos, Barcelona, 2003.
- ADROHER BIOSCA, S., *Menores extranjeros en España. Marco jurídico general y nuevos desafíos*, «Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al derecho», IV Jornadas sobre Derechos de los Menores (LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., CULEBRAS LLANA, I., Coord.), Universidad Pontificia Comillas, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2006.
- AGUILERA GARCÍA, J., «El procedimiento administrativo de valoración de idoneidad de familias acogedores y adoptantes», *Revista de Derecho de Familia*, Lex Nova, Valladolid, 2006.
- ALÁEZ CORRAL, B., «Minoría de edad y derechos fundamentales», Tecnos, Madrid, 2003.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., «Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro», *Revista de derecho privado*, núm. 81, 1997, Madrid.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., «La protección social de la familia», Tirantonline, 2005 (<http://0-www.tirantonline.com>).
- ALONSO DE ANTONIO, A. L. y J. A., «Derecho Constitucional Español», Universitas SA, Madrid, 1996.
- ALONSO PÉREZ, M., «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras», *Actualidad Civil* núm. 2, Madrid, 1997.
- ÁLVAREZ CONDE, E., «Curso de Derecho Constitucional», vol. I, Tecnos, Madrid, 1992.
- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo», *Revista del Poder Judicial* núm. 60, Madrid, 2000.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., «La Protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derechos Constitucional Español», Edisofer, Madrid, 1994.
- AMAYA RICO, V., «El valor jurídico actual de la familia en España», XIII Congreso Internacional de Derecho de Familiar (Dir. LASARTE ÁLVAREZ, C.), Sevilla y Huelva, 2004.
- AMORÓS MARTÍ, P., «El desarrollo de políticas de protección a la infancia desde una pers-

- pectiva integral», *Congrés de l'ÁIFREF*, Québec, 2001 (<http://aifref.uqam.ca/actes/indice.htm>).
- ARCE JIMÉNEZ, E., «Los menores extranjeros en situación de desamparo», *Revista de Derecho de Familia*, Lex Nova, Valladolid, 1999.
- ARCOS VIEIRA, M. L., «Comentario a la sentencia de 21 de septiembre de 1999 del Tribunal Supremo», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Madrid, 2000.
- ARROYO I AMAYUELAS, E., «La protección del concebido en el Código Civil», *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1992.
- AYALA MUÑOZ, J. M., «Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», Aranzadi, Pamplona, 2002.
- BACHS STANY, J. M., en «La Actuación de los poderes públicos en el ámbito autonómico», «Explotación y protección jurídica de la infancia», VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.), Cedecs, Barcelona, 1998.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., «Comentarios a la legislación penal» (Coord), Tomo I, Edersa, Madrid, 1982.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., «El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas», Tecnos, Madrid, 1997.
- BARBERÁ FRAGUAS, M., «La adopción: cuestión jurídica. Problema humano», *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 39, Pamplona, 2002 (BIB 2002, 635).
- BEEVERS, K., y PÉREZ MILLA, J. J., «Comentario a la jurisprudencia española sobre el ejercicio del derecho transfronterizo de derecho de visita y estancia de menores», Aranzadi, SA, Aranzadi Civil núm. 13/2005, Pamplona, 2005 (publicación electrónica).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «¿Protección de menores *versus* protección de progenitores?», *Revista de Actualidad Aranzadi*, Pamplona, marzo, 2000.
- BERNAL PULIDO, C.: «El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador», CEPC, Madrid, 2003.
- BERNAL SAMPER, T., *Mediación extrajudicial*, «Mediación y protección de menores en Derecho de Familia», Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2005.
- BIGOT, A., en «*L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé*», Presses Universitaires d'Aix. Marseille-Puam, Aix en Provence, 2003.
- BOULANGER, F., «*Droit Civil de la famille*», tomo I, Economica, Paris, 1997.
— «*Les rapports juridiques entre parents et enfants perspectives comparatistes et internationales*», Económica, Paris, 1998.
- BRAZELTON, T. B. y GREENSPAN, S. I., «Las necesidades básicas de la infancia, lo que cada niño precisa para vivir, crecer y aprender», Grao, Barcelona, 2005.
- CABEZUELO ARENAS, A. L., «Derecho a la Intimidad», Tirant Monografías, Valencia, 1998.

- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Derecho internacional privado», Comares, Granada, 2005.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CASTELLANOS RUIZ, E., «El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales», Colex, Madrid, 2004.
- CALZADILLA MEINA, M. A., «La adopción internacional en el derecho español», Dykinson, Madrid, 2004.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C., «Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido», Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- CARRASCO PEREA, A., «Desamparados», Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 583, Madrid, 2003 (BIB 2003, 835).
- CARRASCO PERERA, A. F., «Benditos abuelos», Aranzadi, Actualidad Jurídica Aranzadi, Pamplona, 2003 (BIB 2003, 1358).
- CARRERAS, F., «El Estado de Derecho como sistema», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C., *La competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de menores*, «Protección jurídica del menor», Comares, Granada, 1997.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «La familia en la Constitución española», Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, núm. 9, Madrid, 1986.
- «La mujer adoptante», Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, núm. 4, Madrid, 1985.
- «La patria potestad en los derechos forales», Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, núm. 54, de 1 de julio de 1974.
- CERDÁ GIMENO, J., «Conflictos entre normas», Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- CHINCHILLA, M. J. y otros, «Un fenómeno emergente, cuando el menor descendiente es el agresor», Universidad de Zaragoza [consultado 05/02/2007], disponible en: http://www.unizar.es/sociologia_juridica/viointrafamiliar/magresor.pdf.
- CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H., «Reflexiones sobre los derechos de la LO1/82 de 5 de mayo», Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1983.
- COBO PLANA, J. A., «Manual de actuación sanitaria, policial, legal y social frente a la violencia Doméstica», Masson, Barcelona, 1999.
- COLÁS ESCANDÓN, A. M., «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)», Aranzadi, Navarra, 2005 (BIB 2004, 1793).
- CONDE ORTIZ, C., «La protección de datos personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad», Universidad de Cádiz, Dykinson, Madrid, 2005.
- CORRAL GARCÍA, E., «El derecho a la integridad moral del menor como fundamento de

- la imposibilidad de la reinserción en su familia», Aranzadi Civil, Pamplona, 2003 (BIB 2003, 1118).
- DE AYALA CAÑÓN, L., «La descentralización territorial de las prestaciones asistenciales: efectos sobre la igualdad», Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001.
- DE CASTRO, F., «Derecho Civil de España», Parte General II-1, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M., «El derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores. Perspectivas en Derecho Civil, Penal y en reforma de menores», Revista del Poder Judicial-4, núm 72, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.
- DE PABLO CONTRERAS, P., «Comentarios a las reformas del Código Civil» (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Tecnos, Madrid, 1993.
- DE PALMA DEL TESO, A., «Administraciones públicas y protección de la infancia», Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2006.
- *La protección de los menores por las Administraciones Públicas*, «Nuevos retos que plantean los menores al derecho», II Jornadas sobre Derecho de los Menores (LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y MAYORAL NARROS I.V. Coords.), Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2004.
- DE ROMÁN PÉREZ, R., *Tutela, curatela y guarda de menores*, en «Instituciones protectoras del menor», Servicio de publicaciones de la Universidad, Burgos, 1999.
- DE URBANO CASTRILLO, E., en «La Pericial Sicológica (A propósito de la STS 2ª 1579-2003, de 21-11-03)», Actualidad Jurídica núm. 609, Aranzadi Pamplona. 2004 (BIB 2004, 46).
- DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, «Informe Especial al Parlamento Andaluz sobre el Sistema de Protección de Menores», BOPA núm. 380, de 28 de octubre de 1999.
- «Informe especial sobre Menores Inmigrantes en Andalucía», BOPA núm. 18, de 8 de junio de 2004.
- «Informe Especial al Parlamento Andaluz sobre Menores con trastornos de conducta», BOPA núm. 778, de 12 de diciembre de 2007.
- DELGADO RUBIO, A., «Conducta a seguir ante un recién nacido VIH (+)», Protocolos de la Asociación Española de Pediatría [consultado 06/02/2008], disponible en: <http://www.aeped.es/protocolos/infectologia/07-Conductarnvih+.pdf>.
- DEL MORAL GARCÍA, A., «Derechos humanos, menores y Ministerio Fiscal», La Ley, Madrid, 1998.
- DÍAZ ALABART, S.: «El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados», Revista de Derecho Privado, mayo-junio, Madrid, 2003.
- DÍEZ-PICAZO, L., «La interpretación de la Ley», Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1970.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., «Sistema de Derecho Civil», vol. I, Tecnos, Madrid, 1989.
- ERICKSON, M. F., «*Children-Adult attachment: a lens for viewing decisions that affect children and families*», *Youth and Family Consortium*, Minneapolis, 1998.

- ESPIAU ESPIAU, S., «Protección de menores, acogimiento y adopción», Marcial Pons, Madrid, 1999.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G., SAHHR, T. y OUALD ALIL, K., «Inmigración y Derecho Internacional Privado, una reflexión desde las dos orillas: España y Marruecos», Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 716/2006, Aranzadi, Pamplona, 2006.
- EZQUERRA UBERO, J. (MARTÍNEZ GARCÍA, C. Coord.), *La situación de desamparo*, «Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías», Dykinson, Madrid, 2006.
- FÁBREGA RUIZ, C. F., «Protección jurídica del menor inmigrante», Colex, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ CASADO, M. D., *Una aproximación al principio del interés superior del menor*, en «Protección jurídica del menor», Comares, Granada, 1997.
- FERNÁNDEZ MASÍA, E., «Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España», Tomo II, Actualidad Civil, núm. 19, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., «Arbitrariedad y discrecionalidad en la doctrina jurisprudencial constitucional y administrativa», Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ ROMERO, E., *Los jóvenes y los conflictos*, «Nuevos retos que plantean los menores al derecho», II Jornadas sobre Derecho de los Menores (LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y MAYORAL NARROS, I.V, Coords.), Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., «Curso de derecho Internacional privado», Civitas, Madrid, 1996.
- FLUITERS CASADO, R., «Acogimiento y adopción», Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, núm. 16, Madrid, 1996.
- FUERTES ZURITA, J., VIII Congreso estatal de Infancia Maltratada, Santander, 2006 [consultado 08/09/2007], disponible en: <http://www.cavascan.org/congreso>.
- GALÁN JUÁREZ, M., «Intimidación: nuevas dimensiones de un viejo derecho», Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.
- GALIANA SAURA, A., «La actividad legislativa en el estado social de derecho», Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. núm. 2-1999, [consultado 08/06/2007], disponible en: <http://www.uv.es/CEFD/2/galiana.html>.
- «La legislación en el Estado de Derecho», Dykinson, Madrid, 2004.
- GAMBINO, S., «La Jurisdicción constitucional de las leyes», Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- GARCÍA COTARELO, R., *Los principios fundamentales de la Constitución española de 1978* (BLAS A. Comp.), «Introducción al sistema político español», Teide, Barcelona, 1983.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., «Curso de Derecho Administrativo I», Civitas, Madrid, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Justicia y Seguridad Jurídica en un Mundo de Leyes Desbocadas», Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.

- «Reflexiones sobre la Ley los principios generales del Derecho», Civitas, Madrid, 1984.
- GARCÍA GARCÍA, C., «El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional», Colección de Estudios de Derecho, Servicio de Publicaciones de la Universidad, Murcia, 2003.
- GARCÍA LORENTE, M. A., «La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo: intervenciones desde el ámbito sanitario», *Revista de Pediatría de Atención Primaria*, volumen III, Madrid, 2001.
- GARCÍA PELAYO, M., «Las transformaciones del Estado contemporáneo», Alianza, Madrid, 1980.
- «Obras completas, Estado legal y Estado Constitucional de Derecho», vol. III, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- «Las transformaciones del Estado Contemporáneo», Alianza Editorial, Madrid, 1980.
- GARRIDO FALLA, F., «Comentarios a la Constitución», 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001.
- GARRORENA MORALES, A., «El Estado español como estado social y democrático de Derecho», Universidad de Murcia, 1980.
- GAVARA DE CARA, J. C.: «El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los Derechos Fundamentales», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* núm. 16/2003, Madrid, 2003.
- GAYA SICILIA, R., «El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos», *Anuario de Derecho Civil*, T-LV, fascículo I, enero-marzo, Madrid, 2002.
- GEDDES, A. C., «*Protection of Individual Rights Under the EC Law*», Butterworths Ltd., Norfolk, 1995.
- GIRÓN LÓPEZ, C., *Estudio comparado de la normativa autonómica en materia de protección de menores*, en «Protección jurídica del menor», Comares, Granada, 1997.
- GOLLENA COPELLO, H. R., «El derecho de familia... ¿sigue siendo derecho?», XXIII XIII Congreso Internacional de Derecho de Familiar (Dir. LASARTE ÁLVAREZ, C.), Sevilla y Huelva, 2004.
- GÓMEZ ARBOLEYA, E. «Estudios de teoría de la sociedad y del estado», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.
- GÓMEZ BENGOCHEA, B., «Derecho a la identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza», Dykinson, Madrid, 2007.
- GÓMEZ MARTÍN, C., «Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M., «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», Aranzadi, Pamplona, 2003.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., «Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico

- de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», vol. I, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., «Manual de procedimiento administrativo», Civitas, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE P. (Coord.), «Tratado de Derecho de Familia», Sepin Jurídica, Madrid, 2005.
- GONZÁLEZ, I. E. y MAYORAL NARROS, I. V. (Coords.), Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2004.
- «Guía de actuación de los servicios sociales dirigidos a la infancia en el Territorio Histórico de Álava», Departamento de Asuntos Sociales, Instituto Foral de Bienestar Social, Diputación Foral, Álava, 2004.
- GUILLÓ SÁNCHEZ-GALIANO, A., «Intimidad y familia», Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 1997.
- GUTIÉRREZ LLAMAS, A., «La distribución de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas: estudio jurisprudencial de la técnica bases más desarrollo», Bosh Editor, SL, Barcelona, 1994.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 2005», Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, enero/abril 2006, Madrid, 2006.
- HOWE, D., «*Adopters' relationships with their adopted children from adolescence to early adulthood*», *Adoption and fostering*, 20 (3), Londres, 1996.
- «La teoría del vínculo afectivo para la práctica del trabajo social», Paidós, Barcelona, 1997.
- HUETE MORILLO, L. M. y MARINA DE ORTA, E., «La edad en la legislación», Dykinson, Madrid, 2001.
- IGLESIAS DE USSEL, J., «La protección de la familia en España», Papeles de economía española, Fundación de las Cajas de Ahorro Confederadas para la Investigación Económica y Social, Madrid, 1998.
- IGLESIAS REDONDO, J. I., «Guarda asistencial, tutela *ex lege* y acogimiento de menores», Cedecs, Barcelona, 1966.
- JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, M., «La Ilusión Política ¿Hay que reinventar la democracia en España?», Alianza Editorial, Madrid, 2003.
- «Vivir es arriesgarse», Planeta, Barcelona, 2008.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de derecho civil», Derecho de Familia, vol. IV, Bosch, Barcelona, 1989.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho civil, Derecho de Familia», tomo VI, 2ª edición, Trivium, Madrid, 2000.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., *Inmigración y derecho internacional privado español*, en «Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes», Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2000.

- LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., Coord, «Los Menores en el Derecho Español», Tecnos, Madrid, 2002.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y MAYORAL NARROS I. V., Coords., «Nuevos retos que plantean los menores al derecho», II Jornadas sobre Derecho de los Menores, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2004.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., «Menores extranjeros no acompañados. La situación en España», Revista Facultad de Derecho, Prolegómenos, Derechos y Valores, volumen X, núm. 19, Bogotá, enero-junio, 2007 [consultado 08/02/2008], disponible en: <http://www.umng.edu.co/docs/revderecho/rev1de2007/MENORESEXTRANJEROS.pdf>.
- «Uniones de Hecho en Derecho Internacional Privado Español», Tecnos, Madrid, 1999.
- LEZERTUA RODRÍGUEZ, M., «El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 1997.
- LINACERO DE LA FUENTE, M., «Protección jurídica del menor», Montecorvo, SA, Madrid, 2001.
- LOLIES, I., en «*La protection pénale de la vie privée*», Presses Universitaires d'Aix. Marseille-Puam, Facultad de Derecho y de Ciencias Políticas, Aix en Provence, 1999.
- LÓPEZ LÓPEZ, M. T. y otros, «Políticas públicas y familia», Grupo Editorial Cinca, SA, Madrid, 2006.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, F. [et al.], «Desarrollo afectivo y social», Pirámide, Madrid, 2003.
- «Necesidades de la infancia y protección infantil, actuaciones frente a los malos tratos y desamparo de menores», Centro de Publicaciones del Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 2005.
- LORCA SIERO, A., «Aspectos de la crisis del Estado de Derecho», MAN, León, 1995.
- LUQUIN BERGARECHE, R., «Acerca de la necesidad de una Ley estatal de Mediación Familiar en España», Aranzadi, Pamplona, 2006 (BIB 2006, 512).
- LLEDÓ YAGÜE, F. y HERRERA CAMPO, en «Sistema de Derecho de Familia», Dykinson, Madrid, 2002.
- MAGISTRIS, G., XIX Congreso Panamericano del Niño, «Evolución de la relación del niño con su familia», Ciudad de México, 2004 [consultado 05/10/2006], disponible en: http://www.iin.oea.org/anales_xix_cpn/docs/Presentaciones_ganadores_concurso/Gabriela_Magistris-Argentina/Trabajo_Gabriela_Magistris.doc.
- MARCUS, R. F., «*The attachment of children in foster care*», Genetic, Social and General Psychology, 117, Washington, 1991.
- MARTÍ HERRERO, M. y otros, «Repercusión en el neonato de la drogadicción materna», BSCP, Canarias Pediátrica, Gran Canaria, 2001; [consultado 05/10/2007], disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2499639>.
- MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.), «Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías», Dykinson, Madrid, 2006.

- MARTÍNEZ GARCÍA, C., «Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al derecho», *Los sistemas de protección y de reforma. Peculiaridades en relación con los menores extranjeros no acompañados*. IV Jornadas sobre Derechos de los Menores (LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., CULEBRAS LLANA, I., Coord.), Universidad Pontificia Comillas, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2006.
- MARTÍNEZ ROIG, A. y SÁNCHEZ MARÍN, J. J., «Malos tratos institucionales», I Congreso Estatal sobre la Infancia Maltratada. Barcelona, Associació Catalana per la Infancia Maltratada, Barcelona, 1989.
- MAYORAL NARROS, I. V. (MARTÍNEZ GARCÍA, C. Coord.), *El acogimiento residencial*, «Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías», Dykinson, Madrid, 2006.
- MÉNDEZ PÉREZ, J., «La adopción: comentarios a la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas con jurisprudencia», Bosch, Barcelona, 2000.
- MIERES MIERES, L. J., «Intimidad personal y familiar. Prontuario de jurisprudencia constitucional», Aranzadi, Pamplona, 2002.
- MIQUEL, J., «La autonomía del Derecho», *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, octubre-diciembre 2004.
- MIRABENT, V. y RICART, E., «Adopción y vínculo familiar», Paidós Ibérica, Barcelona, 2005.
- MORENO TRUJILLO, E., «La protección jurídica del menor», Comares, Granada, 1997.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., «El acogimiento familiar: regulación, régimen jurídico y naturaleza. Estudio de las distintas clasificaciones de los acogimientos. Su relación con otras figuras jurídicas», *Revista de Derecho de Familia* núm. 21, Lex Nova, Valladolid, 2003.
- «El desamparo de menores», Aranzadi, Pamplona, 2005.
 - «La protección jurídica del menor. Situación de Riesgo, atención inmediata y desamparo», *Revista de Derecho de Familia* núm. 25, Lex Nova, Valladolid, 2004.
 - «Violencia intrafamiliar y desamparo», *Revista del Ilustre Colegio de Abogados* núm. 158, Málaga, 2006.
 - *La situación de desamparo*, «Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías», Dykinson, Madrid, 2006.
- MUÑOZ MACHADO, S., «Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General», Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- MURILLAS ESCUDERO, J. M., «Menores Inmigrantes: aspectos jurídicos», Aranzadi, Pamplona, 2003.
- NAVARRO ATIENZA, M. A., *La legislación sobre la protección jurídica del menor y los conceptos jurídicos indeterminados*, en «Protección jurídica del menor», Comares, Granada, 1997.
- NEVADO PORTERO, D., «El delito de lesiones», *Artículos jurídicos en Derecho*, 2002 [consultado 08/03/2006], disponible en: <http://www.derecho.com/boletín/articulos/articulo0147.htm>.

- NIETO GARCÍA, A., *La Administración sirve con objetividad a los intereses generales*, «Estudios en homenaje a E. GARCÍA DE ENTERRÍA», vol. III, Civitas, Madrid, 1997.
- OCÓN DOMINGO, J., «Servicios sociales y protección de la infancia en Andalucía», Portularia, Revista de Trabajo Social, Escuela Universitaria de Trabajo Social, Huelva, 2004.
- ORTIZ BARÓN, M. J. y YARNOZ YABEN, S., «Teoría del apego y relaciones afectivas», Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1993.
- ORTIZ GARCÍA, L., «El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales como norma del ordenamiento jurídico español. Especial referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos», Aranzadi, Pamplona, 2004 (BIB 2003, 1486).
- PALACIOS GONZÁLEZ, J. y AMORÓS MARTÍ, P., «El Acogimiento familiar», Madrid, 2004.
- PANTOJA GARCÍA, F., «Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica», Colex, Madrid, 1997.
- PARADA VÁZQUEZ, R., «Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», Marcial Pons, Madrid, 1993.
- PAREJO ALFONSO, L., «Interés público como criterio de control de la actividad administrativa», Cuadernos de Poder Judicial, Madrid, 2004.
- PATERSON, J. E., FIELD, J. y PRIOR, J., «Adolescent perceptions of their attachment relationships with their mothers, fathers and friends», Journal of youth and adolescence, vol. 23, núm. 5, Wageningen, 1994.
- PÉREZ CRESPO, M. J., en «Menores no acompañados», Revista de servicios sociales y política social, núm. 48, Madrid, 1999.
- PÉREZ LUÑO, A. E., «Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución», Tecnos, Madrid, 1995.
- «El Estado Social y Democrático de Derecho», Tecnos, Madrid, 2005.
- PÉREZ MARTÍN, A. J., «Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores», Lex Nova, Valladolid, 1998.
- PÉREZ VERA, E., «Informe explicativo de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado», Madrid, 1981 [consultado 08/01/2008], disponible en: <http://www.hcch.net/upload/expl28s.pdf>.
- PINAZO HERNANDIS, S. y FERRERO GUEROLA, C., «Impacto psicosocial del acogimiento familiar en familia extensa: el caso de las abuelas y los abuelos acogedores», Revista Multidisciplinar de Gerontología 2003; 13(2): 89-101 [consultado 08/12/2006], disponible en: http://www.nexusediciones.com/pdf/gero2003_2/g-13-2-005.pdf.
- PLAZA VÁZQUEZ, A. L., «La inconstitucionalidad de la “ficción de donación”», Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 15/2000, Estudio doctrinal, Aranzadi, Pamplona, 2000 (BIB 2000, 1591).
- POLO SABAN, J. M., en «Matrimonio y Constitución ante la reforma del Derecho de Familia», Aranzadi, Navarra, 2006.

- PULIDO QUECEDO, M., «Nota crítica de la STS (Sección 3ª Sección 6ª), de 27-12-2000» Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 1/2001, Parte Tribuna, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- «Sustracción de menores y respeto efectivo a la vida familiar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 4/2003, Aranzadi, Pamplona, 2003 (BIB 2003, 551).
- RAYMOND, G., «Droit de l'enfance et de l'adolescence», Litec, París, 2003.
- REQUERO IBÁÑEZ, J. L., «Arbitrariedad y discrecionalidad», Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004.
- RIVAS VALLEJO, P., «Extranjeras y mujeres. La irregularidad en la precariedad. Sin papeles ni derechos», Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 20/2005, Aranzadi, SA, Pamplona, 2006 (BIB 2005, 2701).
- RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La protección del menor en Andalucía*, en «Los derechos de los menores a la luz de la Ley 1/1998 de los derechos y la atención al menor, de la Comunidad Autónoma de Andalucía», Comares, Granada, 1999.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El derecho de visita», J. M. Bosh Editor, SL, Madrid, 1997.
- *La guarda y custodia de los hijos y derecho de visita tras la crisis matrimonial*, en «La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial» (Coord. CERVILLA GARZÓN, M. D.), Servicio de Publicaciones de la Universidad, Cádiz, 1996.
- «El derecho de visita», J. M. Bosh Editor, SL Madrid, 1997.
- ROCA I TRIAS, E., «Familia y cambio social (de la casa a la persona)», Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.
- ROGEL VIDE, C., «Derecho de la persona», J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998.
- «La guarda de hecho», Tecnos, Madrid, 1986.
- ROIG DAVISON, M. A., «Indemnización por la privación indebida de la compañía de los hijos», Revista para el Análisis del Derecho núm. 2, 2006 [consultado 08/10/2007], disponible en: http://www.indret.com/pdf/333_es.pdf.
- RUBIO TORRANO, E., «El secreto de la maternidad», Aranzadi Civil núm. 9/2003, Parte Tribuna, Aranzadi, Pamplona, 2003 (BIB 2003, 955).
- RUIZ GONZÁLEZ, M. R., «Menores. La experiencia española y sus alternativas», Ediciones de la Universidad Autónoma, Madrid, 1987.
- RUIZ MIGUEL, C., «La configuración constitucional del derecho a la intimidad», Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1992.
- RUIZ-RICO RUIZ, «La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores», Actualidad Civil, Madrid, 1988.
- SALANOVA VILLANUEVA, M., «Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», Aranzadi, Pamplona, 2003 (BIB 2003, 426).
- En «¿Derecho del menor a ser separado de sus padres?», Aranzadi Civil, núm. 14/2001, Pamplona, 2001.

- SALVADOR GUTIÉRREZ, S., «Algunas instituciones de protección del menor y su régimen registral», Actualidad Civil, Madrid, 1998.
- SÁNCHEZ FERRIZ, R., «El estado constitucional y su sistema de fuentes», Tirant lo Blanc, Valencia, 2000.
- SÁNCHEZ GALIANO, G., «Intimidad y familia», Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 1997.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Fundamentos de Derecho Administrativo», Centro de Estudios Ramón Areces, SA, Madrid, 1988.
- SANZ MARTÍN, L., «La tutela del Código Civil y su antecedente histórico, la tutela romana», Dykinson, SL, Madrid, 1998.
- SEISDEDOS MUIÑO, A., «Suspensión versus privación de la patria potestad», Revista de Derecho Privado, julio-agosto, Madrid, 2001.
- SERRANO ANTÓN, F., «Interdicción de la arbitrariedad de los órganos judiciales a través del derecho a la tutela judicial efectiva. Eliminación de una respuesta judicial diferente y no justificada a una misma cuestión litigiosa, sin que medie una justificación del cambio de criterio», Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005 [consultado 03/11/2007], disponible en: http://www.ief.es/Publicaciones/JurisCons/Comentarios/2005_STC07.pdf.
- SERRANO CASTRO, F. y OCAÑA RODRÍGUEZ, A., «En busca de una más adecuada regulación del régimen de protección de menores. Propuesta de reforma del Código Civil y de la LEC» [consultado 09/12/2007], disponible en: <http://www.prodeni.org/Informes/PROPUESTA%20DE%20REFORMA%20NORMATIVA%20MENORES.htm>.
- STEINHAEUER, P. D., «*Issues of attachment and separation: mourning and loss in children*», en «The last detrimental alternative. A systematic guide to case planning and decision making for children care», Universidad de Toronto, 1991.
- SUÁREZ SANTODOMINGO, J. M., «*La incorporación de menores institucionalizados al mundo laboral*», en «*Psicología jurídica al Servicio del Menor*» (FARIÑA, F., ARCE, R., Coord.), Cedecs, Barcelona, 2000.
- TESIER, G., «Comprender a los adolescentes», Octaedro, Barcelona, 2000.
- TOMÁS SALÁS DARROCHOA, J., «El concepto de feto en el derecho penal español», Revista de Asociación de Juristas de la salud, Pamplona, 2005 [consultado 12/12/2007], disponible en: <http://www.ajs.es/RevistaDS/VOLUMEN%2013/Vol13-13.pdf>.
- TORRES DEL MORAL, A., «Principios de Derecho Constitucional español», Publicaciones Facultad de Derecho, Madrid, 1992.
- TOSCANO GIL, F., «Acogimiento de menores y Administraciones públicas competentes en Andalucía», Actualidad Administrativa, Tomo I, Madrid, 2006 (BIB 2006, 857).
- TRISELIOTIS, J., «*Identity and security in adoption and long-term fostering*», Gordon and Breach Science Publishers, Inc., Londres, 1984.
- UTRERA GUTIÉRREZ, J. L., «Tratado de Derecho de Familia» (Coord. GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE P.), Sepin Jurídica, Madrid, 2005.

-
- *Soluciones extrajudiciales de conflictos familiares: arbitraje, conciliación, mediación*, «Actualización del Derecho de Familia», Dykinson, Madrid, 2005.
- «Encuentro de Jueces y Abogados de Familia: incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos de familia», Madrid, 2003 [consultado 05/11/2007], disponible en: <http://www.derecho-familia.com/novedades/SeminarioCongresoPoder.doc>.
- VALERA GARCÍA, C., «Comentarios a la LO1/1996 de Protección Jurídica del Menor», Actualidad Civil núm. 12, Madrid, 1997.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., «Reflexiones de una jurista en Crisis», Academia Sevillana del Notariado, Tomo 14, Sevilla, 2006.
- VALLADARES RASCÓN, E., *La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo*, «Centenario del Código Civil», Tomo II, Madrid, 1999.
- VANOSI, J. R., «El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social», Universitaria de Buenos Aires, 2000.
- VARGAS CABRERA, B., «La protección de menores en el ordenamiento jurídico», Comares, Granada, 1994.
- VERA POSECK, B., CARBELO BAQUERO, B. y VECINA JIMÉNEZ, M. L., «La experiencia traumática desde la psicología positiva: resiliencia y crecimiento traumático», Papeles del Psicólogo, número 1 VOL-27, Universidad de Alcalá-Universidad Complutense, Madrid, enero 2006.
- VERDERA IZQUIERDO, B., «Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados», Diario La Ley, año XXIII, núm. 5669, Madrid, 2002.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C. y COLLADO FIGUERAS, Y., «Criterios de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre protección de menores», Cedecs, Barcelona, 2003.
- VILLAR PALASÍ, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L., «Principios de Derecho Administrativo», Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1984.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *El menor en las crisis familiares*, «Nuevos retos que plantean los menores al derecho», II Jornadas sobre Derecho de los Menores (LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y MAYORAL NARROS I. V., Coords.), Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2004.

Anexo de Jurisprudencia

Capítulo 1. Seguridad jurídica y sistema de protección de menores

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia de 27 de septiembre de 1990 (TEDH 1990, 22), caso Cossey contra Reino Unido

Sentencia de 10 de mayo de 2001 (TEDH 2001, 332), caso Z. y otros frente a Reino Unido

Tribunal Constitucional

Sentencia 27/1981, de 20 de julio (BOE núm. 193 de 13 de agosto de 1981) (RTC 1981, 27)

Sentencia 15/1986, de 31 de enero (BOE núm. 55 de 5 de marzo de 1986) (RTC 1986, 15)

Sentencia 120/1987, de 10 de julio de 1987 (BOE núm. 180 de 28 de julio de 1987) (RTC 1987, 120)

Sentencia 46/1990, de 15 de marzo de 1990 (BOE núm. 85 de 9 de abril de 1990) (RTC 1990, 46)

Sentencia 150/1990, de 4 de octubre de 1990 (BOE núm. 266 de 6 de noviembre de 1990) (RTC 1990, 150)

Sentencia 36/1991, de 14 de febrero (BOE núm. 66 de 18 de marzo de 1991) (RTC 1991, 36)

Sentencia 104/2000, de 13 de abril (BOE núm. 119 de 18 de mayo de 2000) (RTC 2000, 104)

Sentencia 155/2002, de 22 de julio (BOE núm. 188 de 7 de agosto de 2002) (RTC 2002, 155)

Sentencia 7/2005, de 17 de enero (BOE núm. 81 de 5 de abril de 2005) (RTC 2005, 7)

Tribunal Supremo

Sentencia de 1 febrero de 1990 (RJ 1990, 1258)

Capítulo 2. Cuestiones relativas a la seguridad jurídica derivadas del sistema normativo de protección de menores, distribución de competencias y aplicación territorial y personal de las normas

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia de 23 de septiembre de 1994 (TEDH 1994, 35), caso Hokkanen contra Finlandia

Sentencia de 27 de abril de 2000 (TEDH 2000, 221), caso K. y T. contra Finlandia

Tribunal Constitucional

Sentencia 143/1990, de 26 septiembre (BOE núm. 254 de 23 de marzo de 1990) (RTC 1990, 143)

Sentencia 14/1997, de 28 enero (BOE núm. 49, de 26 de febrero de 1997) (RTC 1997, 14)

Sentencia 61/1997, de 20 de marzo (BOE núm. 99 de 25 de abril de 1997) (RTC 1997, 61)

Sentencia 139/2004, de 13 de septiembre (BOE núm. 248 de 14 de octubre de 2004) (RTC 2004, 139)

Tribunal Supremo

Sentencia de 21 de junio de 1991 (RJ 1991, 4570)

Auto de 9 de julio de 1997 (RJ 1998, 1571)

Sentencia de 16 noviembre de 2005 (RJ 2005, 7633)

Sentencia de 14 de marzo de 2006 (RJ 2006, 4891)

Sentencia de 2 junio de 2006 (RJ 2006, 3778)

Sentencia de 28 febrero de 2007 (RJ 2007, 1549)

Audiencias Provinciales

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 julio de 1999 (AC 1999, 7979)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 3 julio de 2001 (JUR 2001, 264400)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de abril de 2002 (JUR 2002, 185690)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002 (JUR 2002, 286398)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de julio de 2003 (AC 2003, 1431)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 septiembre de 2003 (AC 2003, 2020)

Auto de la Audiencia Provincial de León de 19 de noviembre de 2003 (JUR 2004, 108940)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de abril de 2004 (JUR 2004, 171270)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 de mayo de 2004 (JUR 2004, 173760)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 7 de julio de 2004 (AC 2004, 1036)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004 (JUR 2006, 33272)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004 (JUR 2006, 33273)

Capítulo 3. Principios y derechos esenciales del sistema de protección de menores

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia de 24 de marzo de 1988 (TEDH 1988, 2), caso Olsson contra Suecia

Sentencia de 22 de junio de 1989 (TEDH 1989, 12), caso Eriksson contra Suecia

Sentencia de 25 de febrero de 1992 (TEDH 1992, 4), caso Andersson contra Suecia

Sentencia de 26 de mayo de 1994 (TEDH 1994, 21), caso Keegan contra Irlanda

Sentencia de 9 de junio de 1998 (TEDH 1998, 27), caso Bronda contra Italia

Sentencia de 16 de septiembre de 1999 (TEDH 1999, 35), caso Buscemi contra Italia

Sentencia de 16 de noviembre de 1999 (TEDH 1999, 57), caso E. P. contra Italia

Sentencia de 27 de abril de 2000 (TEDH 2000, 221), caso K. y T. contra Finlandia

Sentencia de 13 de julio de 2000 (TEDH 2000, 391), caso Scozzari y Giunta contra Italia

Sentencia de 19 septiembre de 2000 (TEDH 2000, 438), caso Glaser contra Reino Unido de Gran Bretaña

Sentencia de 19 de septiembre de 2000 (TEDH 2000, 440), caso Gnahoré contra Francia

Sentencia de 10 de mayo de 2001 (TEDH 2001, 332), caso Z. y otros frente a Reino Unido

Sentencia de 26 de febrero de 2002 (JUR 2002, 90046), caso Kutzner contra Alemania

Sentencia de 14 de enero de 2003 (JUR 2003, 50027), caso K. A. contra Finlandia

Sentencia de 29 de abril 2003 (TEDH 2003, 15), caso Iglesias Gil e A. U. I. contra España

Sentencia de 9 de mayo de 2003 (TEDH 2003, 24), caso Covezzi y Morselli contra Italia

Sentencia de 26 de junio de 2003 (JUR 2004, 73133), caso Marie contra Portugal

Sentencia de 23 de septiembre de 2003 (TEDH 2003, 54), caso Sophia Gudrún Hansen contra Turquía

Sentencia de 26 de febrero de 2004 (JUR 2004, 45079), caso Görgülü contra Alemania

Sentencia de 8 de abril de 2004 (JUR 2004, 98616), caso Haase contra Alemania

Sentencia de 1 julio 2004 (JUR 2006, 204657), caso Couillard Maugery contra Francia

Sentencia de 21 junio 2007 (TEDH 2007, 42), caso H. y otros contra República checa

Tribunal Constitucional

Sentencia 13/1985, de 31 de enero (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 1985) (RTC 1985, 13)

Sentencia 231/1988, de 2 de diciembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 1988) (RTC 1988, 231)

Auto 137/1992, de 25 de mayo (RTC 1992, 137 AUTO)

Sentencia 142/1993, de 22 de abril (BOE núm. 127, de 28 de mayo de 1993) (RTC 1993, 142)

Sentencia 215/1994, de 14 de julio (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1994) (RTC 1994, 215)

Sentencia 260/1994, de 3 de octubre (BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1994) (RTC 1994, 260)

Sentencia 60/1995, de 17 de marzo (BOE núm. 98, de 25 de abril de 1995) (RTC 1995, 60)

Sentencia 114/1997 (BOE núm. 171, de 18 de julio de 1997) (RTC 1997, 114)

Auto 333/1997, de 13 de octubre (RTC 1997, 333 AUTO)

Sentencia 134/1999, de 15 de julio (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1999) (RTC 1999, 134)

Sentencia 141/2000, de 29 de mayo (BOE núm. 156, de 30 de junio 2000) (RTC 2000, 141)

Auto 206/2000, de 18 de septiembre (RTC 2000, 206 AUTO)

Auto 28/2001, de 1 de febrero (RTC 2001, 28)

Auto 21/2002, de 25 de febrero (RTC 2002, 21 AUTO)

Sentencia 124/2002, de 20 de mayo (BOE núm. 146, de 29 de junio de 2002) (RTC 2002, 124)

Auto 147/2002, de 23 de julio (RTC 2002, 147 AUTO)

Sentencia 221/2002, de 25 de noviembre (BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2002) (RTC 2002, 221)

Sentencia 71/2004, de 19 de abril (BOE núm. 120 de 18 de mayo de 2004) (RTC 2004, 71)

Sentencia 233/2005, de 26 septiembre (BOE núm. 258 de 28 de enero de 2005) (RTC 2005, 233)

Sentencia 363/2006, de 18 de diciembre (BOE núm. 22 de 25 de enero de 2007) (RTC 2006, 363)

Tribunal Supremo

Sentencia de 20 de enero de 1993 (RJ 1993, 478)

Sentencia de 9 de julio de 2001 (RJ 2001, 4999)

Sentencia de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 7734)

Audiencias Provinciales

Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 24 marzo 1992 (AC 1992, 516)

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 septiembre 1992 (AC 1992, 1326)

Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 2 marzo 1993 (AC 1993, 372)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 16 noviembre 1993 (AC 1993, 2241)

Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 18 enero 1994 (AC 1994, 99)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 3 de junio de 1994 (AC 1994, 1126)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 9 de mayo de 1996 (AC 1996, 1315)

Auto de la Audiencia Provincial de Jaén de 18 de marzo de 1997 (AC 1997, 472)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 25 de febrero de 1998 (AC 1998, 4123)

Auto de la Audiencia Provincial de Lugo de 7 abril de 1998 (AC 1998, 4714)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 16 de marzo de 1999 (JUR 2003, 269129)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 5 de octubre de 1999 (AC 1999, 8284)

Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 3 de febrero de 2000 (AC 2000, 56)

Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 15 de marzo de 2000 (JUR 2000, 263609)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 de junio de 2000 (JUR 2000, 270707)

Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 8 de junio de 2001 (JUR 2001, 237044)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de enero de 2002 (JUR 2002, 123824)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 1 de febrero de 2002

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 13 de marzo de 2002 (JUR 2002, 118983)

Sentencia Audiencia Provincial de Asturias de 26 septiembre de 2002 (JUR 2002, 286398)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 17 de octubre de /10/2002 (AC 2002, 1875)

Auto de la Audiencia Provincial de Zamora de 26 de marzo de 2003 (JUR 2003, 123970)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 17 de julio de 2003 (JUR 2003, 269112)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de julio de 2003 (JUR 2003, 269129)

Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de septiembre de 2003 (AC 2003, 1559)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 23 octubre de 2003 (JUR 2003, 276863)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 27 noviembre de 2003 (JUR 2004, 36743)

Auto Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 enero de 2004 (JUR 2004, 61196)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de enero de 2004 (JUR 2004, 61693)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de marzo de 2004 (JUR 2004, 120285)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 31 marzo de 2004 (JUR 2004, 128874)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de abril de 2004 (JUR 2004, 154231)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17 mayo de 2004 (JUR 2004, 173760)

Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 21 de mayo de 2004 (AC 2004, 902)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 7 de julio de 2004 (JUR 2004, 257247)

Auto de la Audiencia Provincial de Teruel de 7 de julio de 2004 (AC 2004, 1036)

Auto de la Audiencia Provincial de Jaén de 8 julio de 2004 (JUR 2004, 257162)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 16 julio de 2004 (JUR 2004, 305958)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 20 de diciembre de 2004 (JUR 2005, 56431)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004 (JUR 2006, 33272).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004 (JUR 2006, 33273)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 24 de febrero de 2005

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 10 de marzo de 2005 (JUR 2005, 108285)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 15 de marzo de 2005 (AC 2005, 393)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 21 noviembre 2005 (JUR 2006, 42451)

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 diciembre de 2005 (JUR 2006, 56603)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 30 de diciembre de 2005 (AC 2006, 70)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de enero de 2006 (JUR 2006, 84798)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 16 de enero de 2006 (JUR 2006, 142465)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 20 enero de 2006 (JUR 2006, 129140)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 13 de febrero de 2006 (JUR 2006, 128116)

Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 23 de marzo de 2006 (AC 2006, 781)

Juzgados de Primera Instancia

Auto del Juzgado de Primera Instancia de Santander de 9 marzo de 2001 (JUR 2001, 130308)

Auto del Juzgado de Primera Instancia de Cantabria núm. 1 de 11 febrero 2003 (JUR 2003, 60023)

Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza de 20 de abril de 2004 (AC 2004, 420)

Auto del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona de 26 enero de 2005 (AC 2005, 180)

Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Málaga de 24 de mayo de 2005

Capítulo 4. Aplicación del principio de seguridad jurídica en situación de riesgo, atención inmediata, guarda y desamparo

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia de 27 de noviembre de 1992 (TEDH 1992, 74), caso Olsson contra Suecia

Sentencia de 27 de junio de 1996 (TEDH 1996, 31), caso Johansen contra Noruega

Sentencia de 27 de abril de 2000 (TEDH 2000, 221), caso K y T contra Finlandia

Sentencia de 12 de diciembre de 2002 (TEDH 2002, 75), caso Venema contra los Países Bajos

Tribunal Constitucional

Sentencia 36/1991, de 14 de febrero (BOE núm. 66 de 18 de marzo de 1991) RTC1991, 36

Auto 137/1992, de 25 de mayo (RTC 1992, 137 AUTO)

Sentencia 260/1994, de 3 de octubre (BOE núm. 267 de 8 de noviembre de 1994) (RTC 1994, 260)

Sentencia 60/1995, de 17 de marzo (BOE núm. 98 de 25 de abril de 1995) (RTC 1995, 60)

Sentencia 124/2002, de 20 de mayo (BOE núm. 146 de 29 de junio de 2002) (RTC 2002, 124)

Sentencia 221/2002, de 25 de noviembre (BOE núm. 304 de 20 de diciembre de 2002) (RTC 2002, 221)

Sentencia 243/2004, de 16 diciembre (BOE núm. 21 de 21 de enero de 2005) (RTC 2004, 243)

Tribunal Supremo

Sentencia de 20 de enero de 1993 (RJ 1993, 478)

Sentencia de 24 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3941)

Sentencia de 31 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 3100)

Audiencias Provinciales

Auto de la Audiencia Provincial de Álava de 15 de junio de 1992 (AC 1992, 845)

Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de marzo de 1996 (AC 1996, 519)

Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 23 de octubre de 1997 (AC 1997, 2277)

Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 13 de julio de 1998 (AC 1998, 6279)

Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid de 12 de julio de 1999 (AC 1999, 1820)

Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de noviembre de 1999 (AC 1999, 8672)

- Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de febrero de 2000 (AC 2000, 512)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de marzo de 2000 (AC 2000, 4574)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 12 de junio de 2000 (JUR 2000, 283139)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 20 de junio de 2001 (JUR 2001, 285955)
- Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 14 de septiembre de 2001 (JUR 2002, 154)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 10 de diciembre de 2001 (JUR 2002, 66372)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 15 de diciembre de 2001 (JUR 2002, 45871)
- Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de enero de 2002 (JUR 2002, 74968)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de julio de 2002 (JUR 2002, 275615)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 29 de julio de 2002 (JUR 2002, 262365)
- Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 91361)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 61773)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 21 de marzo de 2003 (JUR 2003, 123823)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de octubre de 2003 (JUR 2004, 18871)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 3 de noviembre de 2003 (JUR 2004, 26690)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 3 de febrero de 2004 (JUR 2004, 111606)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 9 de febrero de 2004 (JUR 2004, 82199)
- Auto de la Audiencia Provincial de Girona de 11 de febrero de 2004 (AC 2004, 845)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de febrero de 2004 (JUR 2004, 92539)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 12 de febrero de 2004 (ARP 2004, 155)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 17 de marzo de 2004 (JUR 2004, 129314)

Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 23 de mayo de 2004 (JUR 2004, 236539)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de junio de 2004 (JUR 2004, 209029)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 14 de julio de 2004 (JUR 2004, 256700)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 15 de julio de 2004 (AC 2004, 990)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de octubre de 2004 (JUR 2004, 306598)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de octubre de 2004 (JUR 2005, 23378)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 16 de noviembre de 2004 (AC 2004, 2119)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de diciembre de 2004 (JUR 2004, 92539)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004 (JUR 2006, 33273)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004 (JUR 2006, 33272)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de febrero de 2004 (JUR 2004, 92557)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 15 de marzo de 2005 (AC 2005, 393)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 13 de abril de 2005 (JUR 2005, 138276)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de junio de 2005 (JUR 2005, 181506)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 8 de septiembre de 2005 (JUR 2006, 51682)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de diciembre de 2005 (JUR 2006, 74757)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 30 de diciembre de 2005 (AC 2006, 70)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 20 de enero de 2006 (JUR 2006, 129140)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 4 de enero de 2007 (JUR 2007, 179192)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 19 de septiembre de 2007

Juzgados de Primera Instancia

Auto del Juzgado de Primera Instancia de Cantabria de 11 de febrero de 2003 (JUR 2003, 60023)

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Granada de 18 de septiembre de 2003

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Málaga de 26 de febrero de 2004

Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Málaga de 30 de septiembre de 2004

Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Málaga de 17 de junio de 2005

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Málaga de 9 de marzo de 2006

Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Málaga de 26 de julio de 2006

Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla de 16 de abril de 2007

Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Coín de 3 de mayo de 2007

Dirección General de Registros y del Notariado

Resolución de 22 junio de 1996 (RJ 1996, 6185)

Resolución de 30 de mayo de 2006 (RJ 2007, 3393)

Capítulo 5. El paso del tiempo como causa de inseguridad jurídica en el sistema de protección de menores

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia de 13 de julio de 1983 (TEDH 1983, 9), caso Zimmermann y Steiner contra Suiza

Sentencia de 24 marzo 1988 (TEDH 1988, 2), caso Olsson contra Suecia

Sentencia de 31 agosto 1990 (TEDH 1990, 20), caso Nyberg contra Suecia

Sentencia de 22 abril 1992 (TEDH 1992, 49), caso Rieme contra Suecia

Sentencia de 16 de noviembre de 1999 (TEDH 1999, 57), caso E. P. contra Italia

Sentencia de 19 septiembre 2000 (TEDH 2000, 438), caso Glaser contra Reino Unido

Sentencia de 10 de mayo de 2001 (TEDH 2001, 332), caso Z. y otros frente a Reino Unido

Sentencia de 26 febrero 2002 (JUR 2002, 90046), caso K. Contra Alemania

Sentencia de 21 junio 2007 (TEDH 2007, 42), caso H. y otros contra República checa

Tribunal Constitucional

Sentencia 27/1981, de 20 de julio (BOE núm. 193 de 13 de agosto de 1981) (RTC 1981, 27)

Sentencia 36/1984, de 14 de marzo de 1984 (BOE núm. 80 de 3 de abril de 1984) (RTC 1984, 36)

Sentencia 143/1990, de 26 de septiembre (BOE núm. 254 de 23 de octubre de 1990) (RTC 1990, 143)

Sentencia 69/1993, de 1 de marzo de 1993 (BOE núm. 78 de 1 de abril de 1993) (RTC 1993, 69)

Sentencia 221/2002, de 25 de noviembre (BOE núm. 304 de 20 de diciembre de 2002) (RTC 2002, 221)

Tribunal Supremo

Sentencia de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 6944)

Audiencias Provinciales

Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 20 de enero de 1999 (AC 1999, 3893)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 12 de junio de 2000 (JUR 2000, 283139)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de enero de 2004 (JUR 2004, 61693)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de julio de 2004 (AC 2004, 1458)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004 (JUR 2006, 33273)

Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 10 de octubre de 2006 (AC 2006, 1835)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 21 de noviembre de 2006 (AC 2006, 2255)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 13 de febrero de 2007 (JUR 2007, 254604)

Anexo de Legislación

LEGISLACIÓN NORMATIVA INTERNACIONAL

Declaración de 10 diciembre 1948, Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas [R 217 C(III), de 10 de diciembre de 1948]

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, BOE núm. 243, de 10 octubre 1979

Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987, BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987

Convención sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990

Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, BOE núm. 182, de 1 de agosto de 1995

NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

Carta Europea de los Derechos del Niño. Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92 sobre Carta Europea de Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992, DOCE núm. C 241, de 21 de septiembre de 1992

Resolución del Consejo 97/C 221/03, de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, DOCE C 221, de 19 de julio de 1997

Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 septiembre de 2003, sobre derecho a la reagrupación familiar, DOUE núm. L 251 de 03 de octubre de 2003

Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, DOCE L 338, de 23 de diciembre de 2003

LEGISLACIÓN DE OTROS ESTADOS

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949, Boletín Oficial Federal 1, BGBl III 100-1

Ley italiana núm. 184, de 4 de mayo de 1983, sobre Disciplina de la Adopción y el Acogimiento, *Gazzetta Ufficiale* de 17 mayo de 1983 núm. 133 S.O.

Children Act 1989, de aplicación en Inglaterra y Gales desde 1991 y, con algunas diferencias, en Irlanda del Norte desde 1996, no se aplica en Escocia (http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1989/Ukpga_19890041_en_1.htm)

Code de l'Action Sociale et des familles de Francia, Ordenance núm. 2000-1249 de 21 de diciembre de 2000, *Journal Officiel Numéro 297* de 23 de diciembre de 2000

Ley núm. 02-03 relativa a la Entrada y Residencia de extranjeros en Marruecos, Dahir núm. 1 – 03 – 196, de 11 de noviembre de 2003, Boletín Oficial núm. 5162, de 20 de noviembre de 2003

LEGISLACIÓN ESTATAL

Código Civil, Real Decreto de 24 julio 1889, Gaceta de Madrid, de 25 de julio de 1889

Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, BOE núm. 151, de 10 de julio de 1957

Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, BOE núm. 296 de 11 de diciembre de 1958

Ley 62/1978, del 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, BOE núm. 3, de 3 de enero de 1979

Constitución Española de 27 diciembre 1978, BOE núm. 311, de 29 diciembre 1978

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979

Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio, BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981

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, BOE núm. 115, de 14 mayo de 1982

Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre la tutela, BOE núm. 256, de 26 octubre de 1983

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, BOE núm. 80 de 3 de abril de 1985

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985

Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación de las Entidades Locales de 11 de julio de 1986, BOE núm. 194, de 14 de agosto de 1986

Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992

- 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, BOE núm. 15 de 17 de enero de 1996
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, BOE núm. 298, de 14 diciembre 1999
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7, de 8 de enero del 2000,
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, BOE 11-13 enero 2000 (modificada por Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, BOE núm. 290 de 5 diciembre de 2006)
- Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores, BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2002
- Real Decreto 996/2003, de 25 julio, Reglamento de asistencia jurídica gratuita, BOE núm. 188, de 7 agosto 2003
- Ley Orgánica 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. BOE núm. 01 agosto 2003
- Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE núm. 313, de 29 diciembre 2004
- Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005
- Ley Orgánica 2/2006, de 3 mayo de educación, BOE núm. 106, de 4 mayo 2006
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007
- Circular 1/2008, 22 de diciembre de 2008, de la Fiscalía General del Estado, sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tras la reforma operada por Ley 54/2007 de 28 de diciembre

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

Andalucía

- Ley 2/1988, de 4 de abril, de servicios sociales de Andalucía, BOJA, núm. 29 de 12 de abril 1988

Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía, BOJA núm. 53, de 12 de mayo de 1998

Decreto 42/2002, de 12 de febrero de desamparo, guarda y tutela del menor de Andalucía, BOJA núm. 20, de 16 de febrero de 2002

Decreto 282/2002 de 12 de noviembre de Acogimiento Familiar y Adopción de Andalucía, BOJA núm. 135, de 19 de noviembre

Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, del Acogimiento Residencial de Menores de Andalucía, BOJA núm. 245, de 22 de diciembre 2003

Orden de 20 de junio de 2005, por la que se determinan las bases para otorgar subvenciones a las Corporaciones Locales para la realización de programas de tratamiento a familias con menores, BOJA núm. 130, de 6 de julio de 2005

Aragón

Ley 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho Civil de Aragón 39, BOA núm. 39, de 29 de mayo de 1985.

Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores, BOA núm. 108, de 16 de octubre de 1989.

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 previstos en la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores, BOA número 53, de 5 de mayo de 1995

Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, BOA número 86, 20 de julio de 2001

Decreto 188/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento administrativo previo a la adopción nacional e internacional de menores, BOA número 120, de 7 de octubre de 2005

Principado de Asturias

La Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor del Principado de Asturias, BOPA núm. 113, de 18 de mayo de 1995

Decreto 46/2000, de 1 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de Menores, BOPA núm. 137, de 14 de junio 2002

Islas Baleares

Decreto 40/2006, de 21 de abril, por el cual se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de idoneidad, BOIB núm. 76, de 29 de abril de 2006

Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia, BOIB núm. 163 de 2006, de 18 de noviembre de 2006

Canarias

Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores, BOC núm. 23, de 17 de febrero de 1997

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, BOC núm. 55, de 6 de mayo de 1998

Decreto/2000, de 15 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de los centros de atención a menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma Canaria, BOC núm. 44, de 10 de abril de 2000

Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar en Canarias, BOC núm. 85, de 6 de mayo de 2003

Cantabria

Ley de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y Adolescencia, BOC núm. 90, de 6 de mayo de 1999

Decreto 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los Procedimientos Relativos a la Protección de Menores y a la Adopción y se regula el Registro de Protección de la Infancia y Adolescencia, BOC núm. 136, de 16 de julio de 2002

Castilla-La Mancha

Decreto 143/1990, de 18 de diciembre de 1990, sobre procedimientos en materia de protección de menores, DOCM núm. 95, de 26 de diciembre de 1990

Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha, DOCM núm. 22, de 16 de abril de 1999

Decreto 45/2005, por el que se regula la adopción de menores, de 19 de abril de 2005, DOCM núm. 86, de 29 de abril de 2005

Castilla y León

Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León, BOCL núm. 145, de 29 julio 2002

Decreto 131/2003, de 13 noviembre, regula la acción de protección de los menores de edad en situación de riesgo o de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo, BOCL núm. 225, de 19 de noviembre de 2003

Decreto 37/2005, de 12 de mayo, por el que se regulan los procedimientos administrativos y otras actuaciones complementarias en relación con la adopción de menores, BOCL núm. 95, de 19 de mayo de 2005

Cataluña

Ley 37/1991, de 30 de diciembre de protección de los menores desamparados en el Derecho Civil Catalán, DOGC núm. 1542, de 17 de enero de 1992

Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, BOE núm. 207, de 30 de agosto de 1995

Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el cual se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción, DOGC núm. 2307, de 13 de enero de 1997

J. MORENO-TORRES: La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español —

Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, BOE núm. 198, de 19 de agosto 1998

Ley 1/2001 de 15 de marzo de Mediación Familiar de Cataluña, DOGC núm. 3355, pg. 4380, de 26 de marzo de 2001

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 y de la adopción, y de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social, DOGC núm. 3648, de 3 de junio de 2002

Extremadura

Ley 5/1987, de 23 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura, DOE núm. 37, de 12 de mayo de 1987

Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores, DOE núm. 134, de 24 noviembre 1994

Galicia

Ley 4/1993, de 14 de abril, de servicios sociales de Galicia, DOG núm. 80, de 27 de abril de 1994

Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la Familia, la Infancia y la Adolescencia, BOE núm. 118, de 20 de junio de 1997

Decreto 42/2000, de 7 enero, regulador de la normativa vigente en materia de familia, infancia y adolescencia, DOG núm. 44, de 6 de marzo de 2000

Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar, DOG núm. 117, de 18 de junio de 2001

Decreto 329/2005, de 28 de julio, por el que se regulan los centros de menores y los centros de atención a la infancia, DOG núm. 156, de 16 de agosto de 2005

Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, DOG núm. 124, de 29 de junio de 2006

La Rioja

Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, BOR núm. 33 de 9 marzo 2006

Comunidad de Madrid

Decreto 121/1988, de 23 de noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor, BOM núm. 276, de 16 de diciembre de 1988

Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid, BOM núm. 83, de 7 abril 1995

Región de Murcia

Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia.

BOM núm. 86, de 12 de abril 1995

Comunidad Foral de Navarra

Ley Foral de Navarra, 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, BON núm. 149, de 14 de diciembre de 2005

País Vasco

Ley 3/2005 de 18 de febrero, de Atención Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco, BOPV núm. 59, de 30 de marzo de 2005

Comunidad Valenciana

Ley 7/2001, de 26 de noviembre, Reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana, DOGV núm. 4138, de 29 de noviembre de 2001

Decreto 93/2001, de 22 mayo, Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor DOGV, 4008, de 28 de mayo de 2001

Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla

Real Decreto 416/1996 de 1 de marzo, por el que se crean las Comisiones de atención a la infancia en las ciudades de Ceuta y Melilla, BOE núm. 56 de 5 marzo 1996

Decreto de 20 de diciembre de 2000 por el que se aprueba definitivamente el Reglamento por el que se crea el Servicio de Infancia y Familia y se regulan la estructura y funciones de los Servicios de Atención a la Infancia en la Ciudad Autónoma de Ceuta, BOCE núm. 3970 de 2 enero 2001

