



LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN SITUACIÓN DE RIESGO Y DESAMPARO EN ESPAÑA Y EN ITALIA

*Con especial atención a los menores
inmigrantes*

Directores:

Catedrático E.U : **RAFAEL BARRANCO VELA**
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Chiar.mo Prof. **MARCO CAMMELLI**
UNIVERSITÁ DEGLI STUDI DI BOLOGNA (ITALIA)

Doctorando:

FRANCISCO JAVIER DURÁN RUIZ

Año Académico 2007-2008

NOTA: Esta Tesis Doctoral fue defendida en la Universidad de Bolonia (Università degli Studi di Bologna), en Italia, el 7 de abril de 2006, obteniendo la máxima cualificación concedida en Italia, *Eccelente per unanimità*, equivalente al Sobresaliente Cum Laude por Unanimidad. Fue concedida su homologación por el Rector de la Universidad de Granada por Resolución de 19 de abril de 2007 del Rector de la Universidad de Granada

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I

MODELO CONSTITUCIONAL Y CAMBIOS EN LA INTERVENCIÓN PÚBLICA A FAVOR DE LOS MENORES

I.1	PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA TERMINOLOGÍA UTILIZADA EN LA ATENCIÓN, PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LOS MENORES: MENOR, NIÑO, INFANCIA Y ADOLESCENCIA.....	14
I.2	LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO SOCIAL, EN LA FAMILIA Y CON LOS MENORES.....	27
I.3	EL MODELO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN A LOS MENORES, UNA RESPONSABILIDAD COMPARTIDA ENTRE LA FAMILIA Y LOS PODERES PÚBLICOS.....	34
I.4	EL DERECHO DE LOS MENORES A SER PROTEGIDOS POR LOS PODERES PÚBLICOS, SU ALCANCE Y CONTENIDO EN LA CONSTITUCIÓN Y EL ESTADO SOCIAL.....	41
I.5	SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL MENOR EN ESPAÑA, DE LA JUDICIALIZACIÓN A LA ADMINISTRATIVIZACIÓN.....	52

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTUACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE MENORES.....60

II.1 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y «NO DISCRIMINACIÓN».....63

II.2 EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....73

 II.2.1 *El principio del interés del menor en las normas de protección internacional de la infancia*75

 II.2.2 *El principio del interés superior del menor en el ordenamiento español*.....86

 II.2.3 *La problemática del interés del menor como concepto jurídico indeterminado*.....91

II.3 LA AUDIENCIA DEL MENOR Y LA OBLIGACIÓN DE ESCUCHARLO EN TODAS LAS DECISIONES QUE LE AFECTEN.....101

II.4 LOS PRINCIPIOS DE INTEGRACIÓN Y REINTEGRACIÓN FAMILIAR DEL MENOR Y LA PROPORCIONALIDAD Y FLEXIBILIDAD DE LA INTERVENCIÓN PROTECTORA DE LA ADMINISTRACIÓN.....113

CAPÍTULO III

LA SITUACIÓN DE DESAMPARO/ABANDONO DEL MENOR.....123

III.1	INTRODUCCIÓN. LA METAMORFOSIS EN ESPAÑA DE LA SITUACIÓN LEGAL DEL MENOR DESPROTEGIDO DE «ABANDONO» A «DESAMPARO».....	123
III.2	LA SITUACIÓN DE DESAMPARO.....	148
III.3	CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS DEL DESAMPARO.....	155
III.3.1	<i>El desamparo como situación «de hecho».....</i>	<i>155</i>
III.3.2	<i>Causas del desamparo.....</i>	<i>162</i>
III.3.2.1	Los deberes de protección establecidos para la guarda de los menores.....	164
III.3.2.2	El imposible ejercicio de los deberes de protección del menor.....	166
III.3.2.3	El inadecuado ejercicio.....	176
III.3.2.4	El requisito de privación de la necesaria asistencia moral o material	185
III.4	LA REGULACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DESAMPARO EN LA LEY ORGÁNICA 1/1996 DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR.....	198
III.5	EL DESAMPARO EN LA NORMATIVA AUTONÓMICA DE PROTECCIÓN DEL MENOR	215

III.6	LA SITUACIÓN DE «ABBANDONO» Y LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO	248
III.6.1	<i>El derecho del menor a una familia como fundamento de la normativa protectora</i>	<i>248</i>
III.6.2	<i>La asistencia social a la familia y su función preventiva de las situaciones de privación de asistencia del menor.....</i>	<i>251</i>
III.6.3	<i>La situación de abbandono: concepto, causas y excepciones.....</i>	<i>256</i>
III.7	OTRAS SITUACIONES DE DESPROTECCIÓN DE LOS MENORES Y LA ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.....	284
III.7.1	<i>La situación de riesgo.....</i>	<i>284</i>
III.7.2	<i>La actuación preventiva de la administración y la intervención en situaciones de riesgo.....</i>	<i>295</i>
III.7.3	<i>Menores en situación de conflicto social y actuación administrativa protectora-reformadora.....</i>	<i>304</i>

CAPÍTULO IV

PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y CONTROL DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA PROTECTORA.....318

IV.1	EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DECLARACIÓN DE DESAMPARO DEL MENOR	318
	<i>IV.1.1 Iniciación del procedimiento.....</i>	<i>318</i>
	<i>IV.1.2 Instrucción.....</i>	<i>324</i>
	<i>IV.1.3 Resolución y ejecución.....</i>	<i>328</i>
IV.2	EL CONTROL DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES.....	335
	<i>IV.2.1 La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso y fuera del mismo.....</i>	<i>337</i>
	IV.2.1.1 La función del Fiscal de control y vigilancia de la actuación administrativa protectora	340
	A) El control de las decisiones administrativas de protección de menores.....	341
	B) El control de la actividad administrativa protectora y de las funciones de tutela de la Administración.....	346
	IV.2.1.2 Las actuaciones del Fiscal en el proceso. Impugnación de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y actuaciones frente a la inactividad de la Administración.....	350
IV.3	EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTUACIÓN PROTECTORA DE LA ADMINISTRACIÓN.....	355

<i>IV.3.1 La oposición a las medidas de protección y la cuestión de competencia entre el orden jurisdiccional civil y el orden contencioso-administrativo.....</i>	<i>355</i>
<i>IV.3.2 El control de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores por el orden jurisdiccional civil.....</i>	<i>360</i>

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO V

PROTECCIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO Y ABANDONO EN ESPAÑA Y EN ITALIA.....375

V.1 EL FENÓMENO MIGRATORIO DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN LA UNIÓN EUROPEA.....	375
V.2 LOS MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN ESPAÑA.....	382
V.2.1 <i>Causas, características y motivaciones de los MINA.....</i>	382
V.2.2 <i>Derechos de los menores inmigrantes no acompañados y normativa de protección aplicable.....</i>	391
V.2.3 <i>Represión de la inmigración ilegal vs. protección del menor extranjero.....</i>	401
V.2.4 <i>La determinación de la minoría de edad del menor extranjero no acompañado.....</i>	406
V.2.4.1 <i>Pruebas para la estimación de la edad: problemas técnicos y jurídicos que presentan.....</i>	418
V.2.5 <i>La declaración de desamparo del menor extranjero no acompañado y la adaptación de las medidas protectoras a su situación.....</i>	432
V.2.6 <i>La decisión gubernativa sobre la repatriación o permanencia de los MINA.....</i>	447
V.2.6.1 <i>Investigación de las circunstancias personales y socio-familiares del menor como base de la decisión.....</i>	450
V.2.6.2 <i>Criterios de decisión para determinar el retorno o permanencia del menor en España.....</i>	463
V.2.6.3 <i>El derecho del menor a ser oído en el procedimiento en el que se decidirá su repatriación o permanencia en España.....</i>	470

V.2.6.4 Consecuencias de la decisión de repatriación o permanencia	479
V.2.7 <i>Precedentes y justificación de los Convenios relativos a menores extranjeros no acompañados. Datos cuantitativos de la repatriación de menores.</i>	483
V.2.7.1 Acuerdo hispano marroquí sobre cooperación en el ámbito del «retorno concertado» de menores.	497
V.2.7.2 Acuerdo entre España y Senegal sobre cooperación en el ámbito de los menores inmigrantes no acompañados.	504
V.2.7.3 Acuerdo entre España y Rumanía sobre cooperación en el ámbito de menores inmigrantes no acompañados.	507
V.2.8 <i>Integración de los MINA a través de las medidas de protección</i>	508
V.3 LOS MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN ITALIA.	517
V.3.1 <i>La realidad italiana de los menores inmigrantes y las fuentes legislativas</i>	517
V.3.2 <i>Actuaciones de protección</i>	537
V.3.3 <i>Tutela, actuaciones sobre la patria potestad y acogimiento del menor extranjero no acompañado y en situación de abandono.</i>	544
V.3.4 <i>El menor extranjero no acompañado y la normativa en materia de extranjería.</i>	561
V.3.4.1 El Comité para los menores extranjeros.	562
V.3.4.2 Permanencia en Italia del menor y situación al cumplimiento de la mayor edad.	565
V.3.4.3 Los menores acogidos «de hecho» por parientes dentro del cuarto grado.	577
V.3.4.4 Permanencia o repatriación asistida.	588
CONCLUSIONES.	611
BIBLIOGRAFÍA.	637

INTRODUCCIÓN

La presente tesis doctoral encuentra su punto de partida en las enormes transformaciones que ha experimentado la sociedad en general y el ordenamiento jurídico en particular entorno a la consideración y el tratamiento de los menores de edad. La atención a la infancia y la preocupación por sus derechos es una adquisición relativamente reciente. Hasta finales del pasado siglo y comienzos del actual, las ciencias sociales –la Pedagogía, la Psicología, la Sociología– no han tomado conciencia y afirmado que esta fase de la vida tiene una importancia fundamental en el desarrollo de los seres humanos, y que también el menor es y debe ser tratado como persona.

Sin duda, las más recientes teorías de la infancia y de la socialización han contribuido de forma decisiva a incentivar el cambio de tendencia que hemos mencionado. De hecho, gracias a las nuevas orientaciones sobre la infancia, las cuales atribuyen a los niños un rol activo en el proceso de desarrollo, los niños y los adolescentes actualmente no son ya considerados como meros destinatarios del deber de protección y de satisfacción de sus necesidades fundamentales por parte de los adultos, sino como titulares de derechos propios.

Respecto a la consideración de los menores como personas, resulta obvio que no ha sido así históricamente. En la primera fase de gestación del Derecho romano el término

«persona» no hacía referencia al individuo en cuanto a tal, sino que aludía a un rol al interno de una sociedad que no reconocía derechos personales, ya que el único sujeto jurídico era la familia y el *pater familias* que la representaba.

Durante muchos siglos la posición ocupada por los menores ha sido la misma ocupada por la mujer, por los enfermos, por los encarcelados: los denominados «sujetos débiles» de la sociedad. La *communis opinio* que se ha difundido, independientemente del grado de cultura y de madurez jurídica alcanzado en las distintas sociedades, se basaba en el concepto de inferioridad de determinadas categorías de sujetos los cuales, por el sexo (las mujeres), por incapacidad física o mental (los enfermos), por decisiones judiciales (los presos), o por no haber alcanzado la edad establecida (los menores), se encontraban absoluta y totalmente sometidos a la voluntad del marido/padre, dando lugar en muchas ocasiones, a episodios de violencia que podían llegar incluso a actos de disposición de la vida de los sujetos sujetos a la potestad.

Pero este comportamiento no es típico solamente del mundo antiguo. En la propia Revolución francesa y en la Declaración de 1789 la idea del hombre era todo menos universalista: el hombre libre de la Revolución, según disponía el art. 2, era un ciudadano varón y propietario. En virtud de este enunciado, los menores eran excluidos de derechos y libertades.

La historia de la infancia ha sido una historia de agresiones continuas, de graves abusos perpetrados por los adultos sobre los

niños, y caracterizada por el empleo de prácticas enormemente violentas puestas en práctica, en primer término, por los padres y los sujetos destinados a la educación de los menores. Hasta mediados del siglo XX el abandono de hijos era una práctica muy difundida y moralmente aceptada y tal práctica, junto a la de los castigos corporales, era común en todas las extracciones sociales.

Pero las lesiones a los derechos de la infancia no se vienen limitando a la esfera familiar y educativa, sino que van mucho más allá, como testimonia el empleo de los niños para trabajar en el campo y en las fábricas, con tasas altísimas de explotación durante los siglos XVII y XVIII. La Revolución industrial supuso, ciertamente, una utilización creciente de las mujeres y los niños como mano de obra, en unas condiciones de trabajo totalmente dramáticas. A mayor abundamiento, durante muchos siglos miles de niños han sido mutilados y lisiados para ser utilizados en la mendicidad, y hasta finales del siglo XIX se consentía y era una práctica extendida en Europa la castración de niños para obtener las denominadas «voces blancas».

En la sociedad actual la consideración de los adultos respecto de la infancia ha mutado profundamente, al menos de palabra, todos están dispuestos a reconocer que también el menor, como el adulto, es persona, y como tal es titular de derechos. El menor se considera ahora como una persona en continuo desarrollo, que adquiere progresivamente capacidad de decisión propia.

A partir del siglo pasado se comienza a hablar de la necesidad de tutelar los derechos de los menores de edad y de tutelarlos, de forma más específica, a nivel internacional (ya que hasta entonces esta tarea había recaído exclusivamente en el ámbito del ordenamiento interno de cada Estado); esta inversión de tendencia, este desarrollo progresivo en el ámbito internacional de los derechos de los menores supone también, y sobre todo, una clara tendencia a la responsabilidad de los estados en la protección del menor. El mencionado cambio de rumbo aparece reconocido, de forma expresa, en la Convención de Nueva York sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que representa el momento de afirmación definitiva del principio de responsabilidad pública en la realización efectiva de los derechos de los menores, haciendo hincapié en la necesidad de una acción estatal positiva para garantizar, en última instancia, la eficacia de los derechos de los menores y su protección.

De hecho, tanto en el ordenamiento español como en el italiano, a nivel constitucional se advierte que el correcto desarrollo del menor, la atención de todas sus necesidades y su protección se confían, en primer término a la familia, pero no sólo a ella: el sistema que se instaura es mixto, se trata de una responsabilidad que la familia comparte con los poderes públicos. La familia es la primera y directa responsable de la tutela del menor, de su educación y de su formación. No obstante, las administraciones públicas no son ajenas a esta tarea privada. Considerando la importancia de las funciones atribuidas a la familia en relación con

los menores, con su educación y formación, la Constitución española, del mismo modo que la italiana, encomiendan a los poderes públicos la garantía de la protección social, económica y jurídica de la familia.

Los poderes públicos, además de colaborar con la familia en el ejercicio de sus funciones de asistencia y protección de los menores, están obligados a asegurar que los padres u otros responsables del menor llevan a buen término sus deberes legales de tutela, de modo que, en el caso en que se compruebe que el menor es víctima de una situación a falta de asistencia, deben intervenir, adoptando las medidas necesarias para que dicha situación cese. No en vano, el Tribunal Supremo de Casación italiano afirmaba, tiempo atrás, que «más que conferir a los padres un derecho subjetivo, les confiere sobre todo un deber, cuyo cumplimiento le viene impuesto por la ley y que implica un poder, una potestad que viene ejercitada en el interés general y superior de la sociedad y asume las características del *oficium*, aunque en concreto tiene su razón de ser en el interés individual del hijo»¹, En este sentido, Antonio CICU opinaba que sería necesario, en esta materia, observar la relación en que se encuentran derecho y deber en este caso, desde el ámbito del Derecho público más que desde el Derecho privado².

¹ Sentencia del Tribunal Supremo de Casación de 8 de junio de 1950, núm. 2444.

² Vid. CICU, A., *La filiazione*, Torino, U.T.E.T., 1958, pp. 309-310.

La contribución de nuestro estudio consiste justamente en el hecho de afrontar la protección del menor desde el punto de vista de la actuación de las Administraciones públicas y no sólo desde el Derecho de familia y las instituciones en él establecidas.

En el pasado, la intervención de la Administración pública respecto de los menores ha estado también presente, si bien se trataba únicamente de una actividad de carácter asistencial. En los casos en los que el menor se encontraba sin familia, o ésta no tenía posibilidades de mantenerlo, el menor era confiado a instituciones religiosas o públicas. Sin embargo, a diferencia de la situación actual, la Administración en la práctica no se inmiscuía, ni directa, ni indirectamente, en el ámbito familiar. La transformación que se ha producido en este sentido, así como el proceso de «administrativización» del modelo español de protección de menores, motivan el análisis jurídico desde el Derecho público que pretende la presente tesis.

Dentro del estudio de la intervención de los poderes públicos en la protección del menor, comenzaremos analizando los principios jurídicos que constituyen las líneas guía de toda la regulación en esta materia. Dichos principios encuentran su fundamento en las convenciones internacionales sobre la protección de la infancia. Todo el sistema de protección de menores se basa en el principio del «interés superior del menor», que obliga tanto a las instituciones públicas como a las instituciones privadas, a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar dicho interés con preferencia y por

encima de cualquier otro, incluso del de sus propios padres y familiares. Este principio aparece directamente conectado con otro, la obligación de oír al menor antes de adoptar cualquier decisión que le afecte, para poder tener en cuenta su opinión en el proceso de determinación de la medida más idónea a adoptar para proteger sus intereses.

Resulta necesario tener presente que el ambiente más adecuado para el desarrollo del menor y su educación es la propia familia. De hecho, las actuaciones de protección del menor se rigen por el principio de «subsidiariedad progresiva», esto es, el objeto y la intensidad de la intervención de los poderes públicos está condicionado por el grado de desasistencia o desprotección del que sea víctima el menor en el seno de su familia, llegando en casos extremos a adoptarse la medida de separación forzada del menor de su núcleo familiar.

Esto nos llevará a examinar cuáles son los casos en los que el ordenamiento jurídico exige que el menor sea separado de su familia, y cuáles serán los órganos competentes para intervenir en estas situaciones. En España, a partir de la Ley 21(1987, de 11 de noviembre, que modificaba el Código civil en materia de adopción y de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, una parte importante de las funciones que anteriormente se atribuían a los tribunales de forma exclusiva han pasado a manos de las Administraciones públicas. Entre ellas, es competencia de los Servicios de Protección de Menores de las

Administraciones de las Comunidades Autónomas, valorar las circunstancias y declarar la situación de «desamparo» de un menor, que conlleva la asunción de la tutela del menor *ex lege* por parte de la administración, así como la suspensión de la patria potestad de los padres.

La definición de «desamparo» establecida en el Código civil español es una definición abstracta. Por ello nuestro objetivo es analizar cada uno de los elementos que componen dicha definición para establecer con exactitud las causas que pueden dar lugar su declaración, teniendo en cuenta las diversas causas de «desamparo» incluidas en las leyes de protección del menor de las distintas Comunidades Autónomas españolas. Compararemos la situación legal de «desamparo», con la situación análoga en el ordenamiento jurídico italiano de «abandono» (*abbandono*), establecida por la Ley n. 184, de 4 de mayo de 1983 sobre el «Derecho del menor a una familia», que es verificada y declarada, en este caso, por el respectivo Tribunal de Menores (*Tribunale per i minorenni*). De este modo, mediante una metodología comparada, podremos individualizar las ventajas y desventajas de ambos sistemas de protección del menor, y la posible aplicación de las soluciones adoptadas en un sistema, en el otro.

A partir de este estudio sobre la situación de desamparo o abandono analizaremos otras actuaciones adoptadas por los poderes públicos ante la desprotección del menor que se regulan en el ordenamiento español, que se caracterizan por su menor intensidad y el menor peligro que suponen para el menor: las

denominadas «situaciones de riesgo» y «conflicto social». Las medidas administrativas adoptadas frente a estas situaciones se dirigen, fundamentalmente, a evitar que situaciones de peligro para el menor puedan convertirse efectivamente en situaciones de desamparo.

Puesto que el procedimiento que da lugar a la declaración de desamparo es un procedimiento administrativo, y la declaración un acto administrativo, es necesario profundizar en el estudio de cada una de las fases del proceso que finaliza en la declaración de desamparo del menor, subrayando el control que se ejerce sobre las distintas administraciones en este ámbito, tanto por parte del Ministerio Fiscal como por parte de los tribunales.

Los tribunales son los encargados de verificar que las actuaciones de la Administración han sido adecuadas, preferentemente en los casos en que los padres o tutores de un menor se oponen a la declaración de desamparo o a otras decisiones de la Administración. Todas las medidas adoptadas por la Administración y por los tribunales, están sujetas al control del Ministerio Público, al que se atribuyen competencias significativas para la salvaguarda de los derechos de los menores, tanto dentro del proceso como fuera del mismo.

La problemática de los menores encuentra una particular intensidad cuando se suma a otra extremadamente actual tanto en España como en Italia, como es la inmigración. Por ello, una importante parte de nuestro estudio, se ocupará de los problemas

que surgen en la regulación normativa de los menores inmigrantes no acompañados en ambos países.

Los menores que se encuentran en territorio español o italiano de manera irregular y sin estar acompañados de un adulto responsable de ellos, resultan en una condición especial de desprotección. La actuación de los poderes públicos en esta situación no es fácil, puesto que los menores están sujetos a dos tipos de normas que responden a fundamentos muy diversos: un lado la legislación de menores que les concede protección y, por otro, la legislación de extranjería que intenta controlarlos en tanto en cuanto son inmigrantes en situación irregular. Esto en Italia además provoca una confusión, respecto a cuál debe ser el órgano que adopte las medidas relativas al menor extranjero no acompañado (tanto de repatriación como de protección), entre el Tribunal de menores y el Comité para los menores extranjeros (*Comitato per i minori stranieri*)

Per la loro condizione di minori non possono essere oggetto di misure sanzionatorie, non possono essere espulsi, quindi, in questo senso, assume grandissima importanza l'accertamento dell'età reale del presunto minore quando questi non abbia documenti identificativi. L'unica misura di allontanamento applicabile a questi minori è il cosiddetto rimpatrio assistito, con l'obiettivo del ricongiungimento alla famiglia d'origine, cosa che i minori generalmente cercano di evitare perché il loro progetto immigratorio consiste nel trovare lavoro e aiutare economicamente la loro famiglia. Tutto ciò comporta una seria difficoltà nello

scegliere la misura più conforme al «superiore interesse del minore», tra l'accoglienza nel paese o il rimpatrio, e per questo è importante determinare se i minori stranieri non accompagnati devono considerarsi in situazione di desamparo o d'abbandono, oltre ad accertare le loro condizioni personali e socio-familiari.

Por su condición de menores no pueden ser objeto de medidas sancionadoras, no pueden ser expulsados, por lo que, en este sentido, asume una enorme importancia la determinación de la edad real de un presunto menor cuando este carece de documentos de identificación. La única medida de alejamiento aplicable a estos menores es la denominada «repatriación asistida», que tiene por objeto la reagrupación del menor con su familia de origen, la cual tratan de evitar los menores a toda costa, porque su proyecto migratorio consiste en encontrar trabajo para poder ayudar económicamente a su familia. Todo ello conlleva una seria dificultad en la elección de la medida más conforme con el «superior interés del menor», entre la acogida en el país o su repatriación. Por eso es importante determinar, como intentamos aquí, si los menores extranjeros no acompañados deben ser considerados menores en situación legal de desamparo o abandono, además de investigar y averiguar las condiciones personales y socio-familiares del menor antes de adoptar una decisión que puede marcar su vida y su futuro.

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I

**MODELO CONSTITUCIONAL Y CAMBIOS EN LA INTERVENCIÓN
PÚBLICA A FAVOR DE LOS MENORES**

I.1	PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA TERMINOLOGÍA UTILIZADA EN LA ATENCIÓN, PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LOS MENORES: MENOR, NIÑO, INFANCIA Y ADOLESCENCIA.....	14
I.2	LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO SOCIAL, EN LA FAMILIA Y CON LOS MENORES.....	27
I.3	EL MODELO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN A LOS MENORES, UNA RESPONSABILIDAD COMPARTIDA ENTRE LA FAMILIA Y LOS PODERES PÚBLICOS.....	34
I.4	EL DERECHO DE LOS MENORES A SER PROTEGIDOS POR LOS PODERES PÚBLICOS, SU ALCANCE Y CONTENIDO EN LA CONSTITUCIÓN Y EL ESTADO SOCIAL.....	41
I.5	SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL MENOR EN ESPAÑA, DE LA JUDICIALIZACIÓN A LA ADMINISTRATIVIZACIÓN.....	52

I. MODELO CONSTITUCIONAL Y CAMBIOS EN LA INTERVENCIÓN PÚBLICA A FAVOR DE LOS MENORES

I.1 Problemática jurídica de la terminología utilizada en la atención, promoción y defensa de los menores: menor, niño, infancia y adolescencia

Desde sus orígenes, el Derecho ha protegido al ser humano en su etapa inicial de la vida. El ser humano, como miembro de la especie más compleja y desarrollada de la creación, es el ser más desvalido en los momentos iniciales de su existencia, el que más tarda en desenvolverse por sí mismo, el que necesita más tiempo y mayor atención por parte de los adultos para desarrollarse correctamente como sujeto a todos los niveles.

El desarrollo de un ser humano se categoriza temporalmente en diversas fases, atendiendo a la evolución tanto física como psicológica que éste va experimentando, fases que permiten el estudio de la evolución física y psicológica del menor y que crean toda una terminología asociada a dicha evolución.

En Derecho la terminología utilizada en ningún caso tiene un valor neutro, y en muchos, el utilizar un vocablo u otro puede tener consecuencias jurídicas, sobre todo en aquellos casos en que conceptos que son imprecisos fuera del ámbito legal necesitan ser delimitados con el fin de otorgar la seguridad que el ordenamiento jurídico exige en su funcionamiento. Esto ocurre en particular con conceptos como los de menor, niño, infancia o

adolescencia, referidas en definitiva a la etapa previa a la consideración de un sujeto como adulto, que se utilizan a menudo con diferentes matices y significados en las ciencias naturales y sociales, y que al ser utilizados en la ciencia jurídica precisan de concreción.

Por estos motivos el ordenamiento jurídico desde sus inicios ha sabido arbitrar mandatos y normas, muchas veces codificación de otras de carácter consuetudinario, para otorgar un régimen peculiar al sujeto en formación³, sobre todo en los últimos tiempos en los que éste ha sido reconocido cada vez más como individuo, un régimen adaptado a estas particulares características y necesidades vitales, una protección que coloque al individuo en las mejores condiciones en su larga etapa de conformación física, intelectual y cultural. Evidentemente, esto no quiere decir que históricamente haya existido un elenco sistematizado de derechos del niño, esta preocupación, como veremos, no se ha desarrollado hasta tiempos muy recientes, concretamente desde la década de los 70.

El criterio empleado para la aplicación de este régimen jurídico particular de las personas previo a la adultez o mayor

³ *Vid.*, respecto de la regulación referente a los menores a lo largo de la historia y los antecedentes comparados, DE CASTRO BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, I, Ed. facsimilar de la 1ª de 1949, Civitas, Madrid, 1984, pp. 148-150, 155-163; GÓMEZ MORÁN, L., *La posición jurídica del menor en el derecho comparado*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947, pp. 171 y ss; RICO PÉREZ, F., *La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho Civil*, Montecorvo, Madrid, 1980, pp. 23 y ss.

edad, no puede ser otro que la edad del sujeto, puesto que la regulación que se ha hecho por el Derecho atiende a esta contabilidad del tiempo de vida de cada persona, para otorgarle determinados efectos que en cambian según el estado de madurez alcanzado.

La edad, como tiempo que transcurre desde el nacimiento de un individuo hasta un momento determinado de cómputo⁴, se asocia con un concreto estado de madurez de la persona, ya que, si el desarrollo del sujeto es normal y adecuado, alcanzará un nivel de madurez semejante a aquellos que tienen su misma edad, si bien, como sabemos, este nivel de madurez cambia a menudo en las diferentes culturas, donde, siendo la esperanza de vida más baja y la edad de emancipación, incorporación al mercado de trabajo y matrimonio más tempranas, la madurez se alcanza por fuerza antes y esto queda reflejado en sus ordenamientos jurídicos⁵.

⁴ Esta concepción consuetudinaria de la edad se ha positivizado en la legislación civil, el art. 315 del Código Civil español reza «Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento».

⁵ Numerosos estudios vienen subrayando que la juventud en nuestro país, pese a la mejora de su nivel de vida en los últimos treinta años, se enfrenta a un deterioro en cuestiones básicas que les afecta de forma crucial en la construcción de sus biografías. El desempleo y la inestabilidad en el puesto de trabajo conllevan una serie de incertidumbres con un resultado gravoso para los jóvenes, que cada día encuentra más difícil marcharse de la casa paterna. La vivienda propia se ha convertido en un bien inaccesible para una mayoría de jóvenes. Estos prolongan incesantemente sus estudios para huir de la noria de la rotación a través del paro y los empleos temporales. Pese a ciertos aspectos positivos, el carácter de refugio de los estudios no resuelve indefinidamente los problemas de emancipación de los jóvenes en España, y las dificultades en la formación de nuevas familias se convierte en uno de los factores claves en la disminución de la natalidad. Vid., en este sentido GARRIDO, R., y REQUENA, M., «La emancipación de los Jóvenes en España», Madrid, Instituto de la Juventud,

No obstante lo anterior, el Derecho internacional ha puesto como límite genérico de la minoría de edad los dieciocho años, como establece la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989⁶.

Esta referencia se incluía ya en la legislación de una amplia mayoría de estados⁷, como el español, cuya Constitución dispone en el art. 12 que «los españoles son mayores de edad a los dieciocho años»⁸, y a su vez el Código Civil sitúa en su art. 315 la

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996; CASAL, J. «Modos emergentes de transición a la vida adulta en el umbral del siglo XXI» en Revista Española de Investigaciones Sociológicas, nº 75, jul-sep. 1996, pp. 295-316; CACHÓN, L. (dir.) *Juventudes y empleos: perspectivas comparadas*, Madrid, Instituto de la Juventud, 2000; LEAL MALDONADO, J. «Retraso de la emancipación juvenil y dificultad de acceso de los jóvenes a la vivienda» en Centro de Investigaciones Sociológicas, *La sociedad: teoría e investigación empírica. Libro homenaje a José Jiménez Blanco*, Madrid, CIS, 2002, pp. 249-264; MARTÍN SERRANO, M. y VELARDE HERMIDA, O. *Informe Juventud en España, 2000*, Madrid, Instituto de la Juventud, 2001; HERNÁNDEZ ARISTU, J. «Jóvenes entre la familia, la formación y el empleo. Estructuras de apoyo a sus transiciones» en Revista de Estudios de Juventud, nº 56, marzo 2002, pp. 119-128.

⁶ Art. 1 de la Convención de la ONU sobre los derechos del niño, «Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad».

⁷ Cada vez son más los Estados que modifican su legislación para reducir la mayoría de edad desde a los dieciocho años. El último caso lo tenemos en la República Argentina, que redujo de veintiún a dieciocho años la mayoría de edad en noviembre de 2005.

⁸ En España, antes de la redacción de la Constitución, una de las primeras normas de la transición democrática fue el Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de Noviembre, sobre mayoría de edad (publicado en el BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1978), fue la que fijó la adquisición de la mayoría de edad en los 18 años, puesto que con la Ley de 13 de diciembre de 1943 ese límite de edad había quedado establecido en los 21 años. En su Exposición de motivos alegaba la norma que los inmensos avances experimentados por la sociedad española en los campos económico, social y cultural «han incorporado ya de hecho al protagonismo de la vida española, tanto en el campo público como en el privado, a los jóvenes que, sin alcanzar los 21 años, ostentan ya

mayoría de edad en los dieciocho años, al manifestar que «La mayoría de edad empieza a los dieciocho años cumplidos».

Del mismo modo, el Codice Civile italiano en su Art. 2, titulado «Maggiore età. Capacità di agire», declara «La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno. Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita una età diversa».

Por otra parte, la referencia a la ley aplicable que abre la posibilidad de una adquisición más temprana de la mayoría de edad a la que hace referencia el art. 1 de la CDN supone la positivización de la «salvaguarda cultural» motivada por los diferentes procesos de maduración del niño conforme a su cultura a que hemos hecho referencia más arriba. La legislación de cada país puede decidir, como ocurre en España en los casos de emancipación por matrimonio del menor, concesión de los que ejercen la patria potestad y concesión judicial (art. 314 CC), y en Italia por matrimonio según el artículo 390 del Codice Civile.

En este momento, los dieciocho años, es donde se coloca la ficción jurídica objetiva de la mayoría de edad. Al llegar a esta edad el sujeto, ya totalmente desarrollado en sentido físico e intelectual, al menos para el ordenamiento jurídico, puede ejercitar la totalidad de los derechos que hasta el momento ostentaba, pero

plena capacidad física, psíquica, moral y social para la vida jurídica, sin necesidad de los mecanismos de representación o complemento de capacidad. De todo este contexto social surge, pues, la necesidad de establecer un nuevo límite de mayoría de edad, que debe cifrarse en los 18 años, como ya han llevado a cabo otros ordenamientos del marco europeo».

cuyo ejercicio en muchos casos dependía de la actuación de terceras personas⁹, ya fuesen estas de carácter público o privado. Como apunta RUIZ HUIDOBRO¹⁰, los conceptos de menor de

⁹ Esto puede verse incluso en las acepciones que recoge el diccionario de la Real Academia Española de los términos «menoría» o «menoridad»: «2. *Edad del hijo de familia o del pupilo en que no puede aún disponer de sí y de su hacienda.* 3. *tiempo de menor edad de una persona*», y «minoría» o «minoridad», definido como «5. *Menor edad legal de una persona.* 6. *Tiempo de la menor edad legal de una persona*», Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Espasa, Madrid, vigésima segunda edición 2001 (segunda tirada, corregida, noviembre de 2004), T. II, pp. 1487 y 1510.

¹⁰ RUIZ HUIDOBRO Y DE CARLOS, J.M^a., «El menor en el Derecho. Sistema normativo y principios rectores del Derecho de los menores.», en LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 33-34. Para él, la edad de los dieciocho años tiene esta importancia cualitativa y cuantitativa en la situación legal de las personas porque supone el reconocimiento general e ilimitado, desde el punto de vista jurídico, de la capacidad de autogobierno. Pero, precisamente por el carácter de evolución progresiva de la adquisición de la capacidad natural de las personas, la consideración del límite de los dieciocho años como determinante de una drástica separación entre dos situaciones jurídicas totalmente diversas, distorsionaría demasiado la correspondencia entre la capacidad y la edad. Si se tiene una consideración realista de las cosas, la fijación de un límite legal de edad para la obtención de la mayoría de edad no puede suponer la asociación de una alteración tan radical de la situación jurídica de una persona a instante de razón que, en la vida real, apenas si supone variación alguna en la capacidad natural de esa persona. Además, mientras que en algunos aspectos la evolución y adaptación de los menores es cada vez más rápida (el ejemplo más claro quizás sea la adaptación a las nuevas tecnologías), en otros, como la emancipación real de la dependencia económica del menor o mayor de edad de la familia, se está retardando cada vez más en España como hemos puesto de manifiesto más arriba, abriendo una preocupante grieta entre la edad a la que se está capacitado legalmente para tomar todo tipo de decisiones y la tutela real de los padres que se produce al mantenerse la dependencia económica. Según las Conclusiones del I Congreso Nacional de Educación en valores, celebrado en Valencia los días 24, 25 y 26 de febrero de 2005 y organizado por la Fundación de la Solidaridad y el Voluntariado de la Comunidad Valenciana (FSVCV) y la Universidad de Valencia, «la edad de emancipación de los jóvenes españoles se sitúa actualmente en los veintinueve años de edad» (dichas conclusiones pueden consultarse en la web http://www.educasites.net/Congreso_Educacion_Valores.htm), media muy alejada de la edad de los dieciocho años en que oficialmente se adquiere la mayoría de edad. Esto no hace más que poner de relieve la brecha existente entre realidad y Derecho y la relativa

edad y su opuesto, el de mayor edad, y también el de menor emancipado, surgen de la generalización de la edad como criterio estructurador de la regulación en materia de menores. Caracteriza este autor la mayoría de edad como la condición de quien, a efectos jurídicos, puede valerse por sí mismo; la minoría de edad, por contra, sería la condición del individuo que no puede valerse por sí mismo; el menor emancipado es la situación intermedia del que, siendo objetivamente menor de edad, es habilitado como si fuera mayor de edad.

No obstante esta «línea roja» que supone el paso de la minoría a la mayoría de edad, como abismo que separa de forma neta dos realidades jurídicas absolutamente diversas, ha sido puesta en entredicho por parte de la doctrina. Así, autores como MARTÍNEZ DE AGUIRRE¹¹ plantean que el paso de la menor a la mayor edad no constituye, ni desde el punto de vista de los hechos ni desde el punto de vista del Derecho, un corte tan tajante y radical como en un primer momento pudiera parecer, ya que a ambos lados de la frontera legal existen dispositivos que lo suavizan y le dan un contenido hasta cierto punto progresivo, sin que ello desmerezca el hecho de que la edad de los dieciocho años sea la «frontera legal» y la cualitativamente y

importancia en muchos casos de la ficción jurídica de la frontera estricta entre la minoría y la mayoría de edad.

¹¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», Anuario de Derecho Civil, 1992, XLV (4), pp. 1422 y 1423.

cuantitativamente más importante de entre las que el ordenamiento recoge.

No olvidemos que se encuentra incluso constitucionalizada esta circunstancia en el art. 12 de la Constitución española¹², mientras que el ordenamiento italiano, pese a que en su Constitución hace referencia a la importancia de la mayoría de edad como momento de adquisición plena de los derechos políticos¹³, remite a la legislación civil la determinación del paso a la mayoría de edad en los dieciocho años.

Precisamente el carácter de ficción jurídica que supone la asociación de una realidad cualitativa (la adquisición de la capacidad natural) a otra cuantitativa como es el cumplimiento de una edad prefijada, motiva que, aunque las cosas puedan parecer *ab initio* así de tajantes, en la realidad práctica –y a imagen y semejanza de esta, en la jurídica–, la ruptura entre las dos situaciones sea mucho más suave, y se produzca en un espacio de tiempo mucho más prolongado.

En el propio campo jurídico, hay muchos cambios en cuanto a la capacidad de actuación del individuo que en determinados casos pueden adelantarse a los dieciocho años. En este sentido,

¹² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados 17 mayo 1978. En el proceso constituyente no hubo polémica a cerca de los dieciocho años de edad como límite de la mayoría de edad, pero se discutió si ésta debía establecerse sólo a efectos de adquisición de los derechos políticos o a con efectos generales. Finalmente en la redacción final de la Constitución se optó por una mayoría de edad a todos los efectos.

¹³ Art. 48 de la Constitución Italiana «Sono elettori tutti i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età».

TOLIVAR ALAS¹⁴, habla de la «relevancia jurídica del escalonamiento en la menor edad», explicando desde la casuística legal cómo el niño, desde que comienza a poseer capacidad jurídica –a las veinticuatro horas del alumbramiento¹⁵–, hasta que cumple los dieciocho años es progresivamente facultado por el ordenamiento para el desempeño de funciones, con estimación de su voluntad, en conductas que, paulatinamente, van haciendo operativa y relevante para el Derecho la capacidad inherente a la personalidad.

Este escalonamiento, según el mismo autor «obedece a un tratamiento lógico de la evolución humana, en la que el juicio y la capacidad de discernimiento van formándose gradualmente durante la niñez y la adolescencia». Asimismo, la diversidad de trato a los menores de edad, responde también a la necesidad de proporcionarles una protección más proporcionada y efectiva.

Volviendo a la cuestión de la terminología, la utilización como sustantivo del término «menor», en el sentido de «menor de edad», parece clara en su significado al referirse a las personas menores de dieciocho años. Sin embargo, en la legislación dirigida a los menores se utilizan otra serie de términos que tienen su correlato en estadios de edad que, sin embargo, son

¹⁴ TOLIVAR ALAS, L., «Aspectos jurídico-administrativos de la protección de menores», RAP n° 124 (enero-abril 1991), pp. 39-40.

¹⁵ Según el artículo 20 CC «*el nacimiento determina la personalidad*», esto siempre que nazca con las condiciones expresadas en el art. 30 CC, que exige, para tener por nacida a una persona a efectos civiles, que el feto tuviere figura humana y viva veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

indeterminados o tienen límites bastante difusos en cuanto a los períodos que abarcan.

Entendemos que no podría ser de otro modo, pues cada ser humano tiene su propio proceso evolutivo individual, y dicha terminología se refiere más a fases de esa evolución que a momentos temporales concretos. De ahí la necesidad de establecer la ficción jurídica del paso de la menor a la mayor edad en algún momento por parte del Derecho para obtener una seguridad jurídica que no proporcionan en este caso otras ciencias.

El mismo término «niño», o como período «la niñez», no corresponde a unas coordenadas temporales exactas en la vida del individuo. Se define el niño como el «que está en la niñez» (aunque también se refiere al niño como adjetivo para denominar a la persona «que tiene poca experiencia») y a su vez la niñez como el «período de la vida humana que se extiende desde el nacimiento a la pubertad».

Aquí comenzamos a entrar en un terreno complicado donde no se pueden establecer períodos de edad fijos para cada concepto, pues tras la niñez, llegaría la pubertad, definida como la «primera fase de la adolescencia, en la cual se producen las modificaciones propias del paso de la infancia a la edad adulta». La adolescencia parece por su definición abarcar un período más prolongado del período anterior a la edad adulta, pues se

conceptúa como la «edad que sucede a la niñez y que transcurre desde la pubertad hasta el completo desarrollo del organismo».

Parece que estos conceptos responden más a circunstancias físicas que de madurez en el sentido de las capacidades intelectuales, puesto que el completo desarrollo de nuestro organismo se da muy tempranamente en las mujeres, mientras que en los hombres es más tardío, y puede seguir produciéndose incluso tras la mayoría de edad.

El problema terminológico se complica aún más si pensamos en otro concepto muy utilizado en textos normativos como es el de los «jóvenes» o la «juventud», que viene definida como la edad que se sitúa entre la infancia y la edad adulta. Considerando la edad adulta como «aquella en que el organismo humano alcanza su completo desarrollo»¹⁶, nos encontramos con que lo que identificación que hace el diccionario de la juventud corresponde a un período bastante más breve del que se está implantando debido a los cambios sociales, que actualmente amplía la juventud hasta los veinticinco o treinta años de edad, más en consonancia con la edad en que vimos que se produce la emancipación de los jóvenes en nuestra sociedad.

Toda esta aparente confusión no tendría mayor relevancia de no ser porque de ella pueden derivarse consecuencias jurídicas concretas. Quizás esto pueda comprenderse mejor con ejemplos

¹⁶ Todas las definiciones insertas corresponden a las de la Real Academia Española en la vigésima segunda edición del Diccionario de la lengua española (*vid. supra.* nota 9), que puede consultarse en la página web de la RAE, <http://www.rae.es>.

prácticos. El caso «carné joven europeo», denominado euro <26 puede ser uno de ellos. Este carné, establecido mediante un Protocolo Internacional suscrito en Lisboa el 1 de junio de 1987, del que España forma parte, armoniza la consideración de joven en los países europeos signatarios del Protocolo, determinando el inicio de la juventud en los 14 años y su fin en los 26 años, edad a partir de la cual se dejan de disfrutar los beneficios que comporta la posesión del carné¹⁷.

El caso resulta aún más grave si pensamos en normas dirigidas a la protección de los menores de edad que llevan por título «Ley de protección de la infancia y la adolescencia», como ocurre con las leyes 7/1999, de 28 de abril, de Cantabria¹⁸ y la 12/2001, de 2 de julio, de la Comunidad de Aragón¹⁹, la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la familia, la infancia y la adolescencia²⁰, la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid²¹, la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia²², la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la

¹⁷ Estas edades se plasman en las normas autonómicas que las regulan, como la Orden de 15 de diciembre de 2003, por la que se regula el Programa Carnet Joven Euro <26 en Andalucía (BOJA NÚM. 10, de 16 de enero de 2004 (modificada por la ORDEN de 26 de abril de 2005, publicada en BOJA núm. 93, de 16 de mayo de 2005).

¹⁸ B.O. Cantabria 6 de mayo 1999, núm. 90; BOE 28 de mayo 1999, núm. 127.

¹⁹ B.O. Aragón núm. 86, 20 julio de 2001; BOE núm. 189, 8 de agosto 2001.

²⁰ BOE núm. 165, de 11 julio 1997, DOG núm. 165, de 20 junio 1997.

²¹ BOE núm. 183, de 2 agosto 1995; BOCM núm. 83, de 7 abril 1995.

²² BOE núm. 131, de 2 junio 1995; BORM núm. 86, de 12 abril 1995.

infancia de la Comunidad valenciana²³, la Ley 14/2002, de 25 de julio de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León²⁴, la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia del País Vasco²⁵, la Ley 8/1995, de 27 julio, de atención y protección de niños y adolescentes de la Comunidad autónoma de Cataluña²⁶, o más recientemente, la Ley foral 15/2005, de 5 de diciembre de promoción, atención y protección de la infancia y la adolescencia de Navarra²⁷, y la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de la Islas Baleares²⁸.

En los títulos de todas estas leyes queda patente la confusión terminológica a la que nos venimos refiriendo, aunque posteriormente en su articulado todas ellas delimitan su ámbito subjetivo estableciendo que este se limita a los menores de dieciocho años de edad, con lo cual habrían hecho quizás mejor en incluir en su título la referencia al «menor», como hacen el resto de leyes autonómicas.

Esta confusión terminológica alcanza también a otros instrumentos normativos dirigidos a la protección de los menores,

²³ BOE núm. 21, de 25 enero 1995; DOGV núm. 2408, de 16 diciembre 1994.

²⁴ B.O. Castilla y León núm 145-suplemento, de 29 julio 2002; BOE núm. 197, de 17 agosto 2002.

²⁵ B.O. País Vasco núm. 59, de 30 marzo 2005.

²⁶ D.O. Generalitat de Catalunya núm. 2083, de 2 agosto 1995, BOE núm. 207, de 30 agosto 1995.

²⁷ B.O. Navarra núm. 149, de 14 diciembre de 2005.

²⁸ B.O. Islas Baleares núm. 163, de 18 de noviembre de 2006.

como son los planes de atención y promoción de los derechos desarrollados por algunas Comunidades Autónomas, entre los que podemos citar, por ejemplo, el II Plan integral de la infancia 2006-2009 de la Comunidad de la Rioja, el II Plan integral de la infancia 2007-2010 de la Comunidad valenciana o el Plan integral de atención a la infancia de Andalucía 2003-2007²⁹.

En relación al último de los citados, el Dictamen 14/2003 del Consejo Económico y Social de Andalucía³⁰ sobre el Plan, menciona expresamente este aspecto de la uniformidad en los términos utilizados, considerando necesario «que al hacer referencia a la población de 0 a 18 años, se unifique la terminología utilizada para evitar confusiones»³¹.

I.2 La intervención pública en el ámbito social, en la familia y con los menores

No cabe duda que la consolidación en España del constitucionalismo democrático se produjo con la Constitución de 1978, que, al igual que la Constitución de la República Italiana de

²⁹ Aprobado por Decreto 362/2003 de la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad andaluza (BOJA núm. 18, de 28 de enero de 2004).

³⁰ Aprobado por el Pleno del Consejo en sesión extraordinaria celebrada el 12 de noviembre de 2003.

³¹ Vid. pág 6, del Dictámen.

1947, descansa sobre las bases del Estado social y democrático de derecho. De estos tres pilares fundamentales, una de las líneas en que más está avanzando la sociedad y con ella el ordenamiento jurídico –en particular el directamente relacionado con la acción pública–, es aquella del Estado Social³². Esta orientación del Estado social viene caracterizada, de un lado, como una continua lucha y una tendencia hacia la creación de unas condiciones de vida, un estado de bienestar o «welfare» cada vez mayor para los ciudadanos e incluso las personas residentes que no gozan de tal estatus³³. Al mismo tiempo, viene

³² En relación al surgimiento de este Estado social, GARCÍA PELAYO establece tres épocas. En torno a 1900 se vive una fase primaria del Estado social que no alcanzará cierta expansión hasta el período de entreguerras. Únicamente a partir de la Segunda Guerra Mundial cabe hablar de una consolidación y asentamiento definitivo del nuevo modelo estatal en los países capitalistas de la Europa occidental (GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1994, pp. 14 y 15).

³³ No es este el momento de adentrarnos en la viva polémica suscitada al respecto de quiénes deben ser considerados ciudadanos por un determinado estado. En este aspecto nos encontramos en la actualidad en una encrucijada. Los Estados-nación oponen sus últimas resistencias a procesos de integración pluriestatal, cuyo máximo ejemplo es la Unión Europea, que abogan –sobre todo la Comisión Europea– por una ciudadanía cívica que establezca un estatuto lo más equiparado de derechos y obligaciones entre nacionales de los países miembros (cuyo régimen privilegiado en el territorio de la Unión disfrutaban también los nacionales de países miembros del Espacio Económico Europeo y de Suiza, así como determinados familiares suyos) y nacionales extracomunitarios.

El Consejo adoptó el 25 de noviembre de 2003 la Directiva 2003/109/CE, relativa al estatus de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, al que pueden acceder y tienen derecho aquellos ciudadanos extracomunitarios que residan de forma legal y continuada en un Estado miembro de la UE durante un período de cinco años. No obstante los avances de la Directiva 2003/109/CE quedan aún lejanos de la pretensión de la Comisión de instaurar una «ciudadanía cívica», es decir, de convertir la residencia en el punto de conexión que otorgue todos los derechos inherentes a la ciudadanía o la ciudadanía misma, superando la opción tradicional de una ciudadanía

acompañada esta orientación por una predisposición o buena disposición por parte del Estado en orden a la satisfacción de determinadas necesidades o intereses sociales.

Esto es aplicable tanto a España como a Italia. En ésta última, para CAMMELLI³⁴, el Estado Social constituye sin lugar a dudas una de las razones de la progresiva expansión de la Administración Pública, que ha pasado a intervenir en actuaciones y servicios de naturaleza social, en sentido amplio, que tradicionalmente se confiaban a las familias, a organismos confesionales o a la autonomía de corporaciones y grupos profesionales, como entendemos que sin duda ha sucedido en el caso de la protección que se dispensa a los menores.

Esta forma de actuación estatal, preocupada por dar cobertura a una serie de intereses sociales no es gratuita, su materialización conlleva una contrapartida, pues al producirse una mayor intervención del Estado en un elenco cada vez mayor de ámbitos sociales, se produce un paulatino control o fiscalización por parte de los poderes públicos de ámbitos cada vez más íntimos de la sociedad civil³⁵, como es el caso de la familia en general y de los menores en particular.

exclusivamente basada en la nacionalidad del individuo, independientemente de su vinculación e integración reales en el Estado en el que reside.

³⁴ CAMMELLI, M., *La Pubblica amministrazione*, Il Mulino, 2004, pp. 33-34.

³⁵ En el modelo del Estado liberal del siglo XIX, el Estado tiende a reducirse a su mínima expresión, por lo que goza de especial relevancia la institución de la familia, a quien se confía el cuidado de los niños y a quien se otorga una amplia discrecionalidad en el desempeño de tal tarea. Los poderes públicos intervendrán en interés del menor en

La realización de los valores de la igualdad material y la justicia social que conlleva el Estado social, supone dotar de importantes medios materiales al Estado, creciendo su estructura y aparato administrativo de forma considerable, a fin de poder cumplir con todas las nuevas funciones que se le van atribuyendo. La racionalización de la vida pública y social, en palabras de MIRKINE-GUETZEVITH³⁶, y la aspiración de extender la justicia a todas las relaciones humanas³⁷, van a requerir la actuación de los poderes públicos en un sinnúmero de nuevos ámbitos, ante la toma de conciencia de que la aplicación de la máxima «dejar hacer, dejar pasar» liberal, no es por sí misma suficiente para la organización de una convivencia justa.

Por otra parte, la globalización, la libre competencia y la economía de mercado conduce cada vez más –y esto no puede dejar de considerarse un logro de los sistemas democráticos modernos– hacia un sistema en que el hombre y la mujer se encuentren totalmente equiparados en cuanto a sus posibilidades de acceso, promoción y condiciones de trabajo. Sin embargo, nos encontramos también aquí ante la obligación del pago de un fuerte peaje o contrapartida; en muchos países de Europa, entre los que

el ámbito familiar no por una supuesta vigilancia del bienestar de la infancia, sino exclusivamente ante situaciones notorias y evidentes de desatención de los niños por parte de padres, progenitores u otros familiares (ELÍAS MÉNDEZ, C., *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 33).

³⁶ MIRKINE-GUETZEVITH, B., *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Editorial Reus, Madrid, 1934, pp. 11 y ss.

³⁷ POSADA, A., *La Administración política y la Administración social*, La España Moderna, Madrid, 1894, p. 422.

sin duda se encuentran España e Italia, las obligaciones económicas de la familia, sobre todo en cuanto a la satisfacción de sus necesidades de vivienda, provoca una obligada elección en la utilización del tiempo disponible a favor del trabajo, en detrimento de la vida familiar, que difícilmente pueden paliar las normas, obviamente de mínimos, que intentan la conciliación de la vida familiar y laboral³⁸.

Por más medidas favorecedoras que se tomen, conforme a las encomiendas realizadas en las respectivas constituciones (art. 39 CE y 31 CI), la familia, y en particular el sujeto más débil y

³⁸ A este respecto, podemos destacar la referencia que hace la Constitución Italiana a la conciliación de la vida familiar y laboral de la mujer trabajadora en su artículo 37, que dispone que «La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione».

Podemos citar, en este sentido la la Legge 8 de marzo de 2000, núm. 53, disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città (G.U. núm. 60, del 13 marzo 2000), y en España la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE nº 266 de 6 de noviembre de 1999). La Resolución de 20 de diciembre de 2005, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado, ha supuesto la aplicación del «Plan Concilia», de la Administración General del Estado que entre sus medidas más destacadas dispone un permiso de paternidad de diez días independiente del permiso de maternidad. Destaca además el plan ciertos datos relevantes: la mitad de los ciudadanos tienen dificultades para compaginar su jornada laboral con la realización de tareas domésticas; un tercio tiene problemas para compaginar su trabajo con el cuidado de sus hijos y un 13 por ciento, además, para ocuparse de otras personas de la familia; el 42,5 por ciento de las españolas piensan que se tienen menos hijos de los que se desean por motivos laborales; y una cuarta parte de las españolas asegura que no llegará a tener los hijos que desea por la dificultad de compaginar hijos y trabajo.

desprotegido de la misma, los menores, son los que están sufriendo las consecuencias de la imposibilidad de atención, educación y cuidado por parte de los padres y de unas políticas públicas que mientras favorecen la integración laboral de la mujer, descuidan la protección no laboral de la familia, y conducen cada vez de forma más clara a un incremento de las responsabilidades que tienen que asumir los poderes públicos en una tarea que hasta hace muy pocos años había sido casi exclusivamente de la familia, de los padres, como es la de la correcta y completa educación de sus hijos menores de edad.

Respecto de los menores, tras la aprobación de la CE y la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 por los Estados español e italiano, los valores políticos-sociales que tiene que realizar el Estado por medio del Derecho en su protección de la infancia podemos decir que se desdoblán en varios frentes: en un primer momento, el Estado debe ayudar a la familia *ab initio*, ayudar incluso a su existencia, para lo que puede ser necesario el apoyo a la natalidad, medidas que faciliten dejar temporalmente el puesto de trabajo, ayudas económicas por nacimiento de hijos, etc., y que permitan que la familia cumpla su primaria función social de crianza de los hijos, como término amplio que incluye la cobertura de todas sus necesidades físicas, afectivas e intelectuales para un desarrollo ordenado y acorde con sus posibilidades y edad.

En un segundo momento, cuando se producen situaciones en que la familia de algún modo «quiebra», los poderes públicos

han de ocuparse de regular los espacios de necesidad económica y terapéutica que se presenten en el ámbito familiar; se trata que la familia no se encuentre en una situación, ya sea por motivos económicos o por otras causas, que pueda derivar en un riesgo o una desprotección para los menores que forman parte de ella.

En última instancia, y posteriormente, cuando el Estado no ayuda a la familia correctamente, o no consigue las finalidades que se propone con sus medidas de apoyo a la misma, en desarrollo del principio constitucional de «protección integral del menor», el Derecho va a asegurar que el niño se encuentre integrado dentro de una familia, poniendo una familia válida, enlazando jurídicamente la posibilidad de que el niño pueda ser sacado de su familia biológica y situado en otra distinta, temporal o definitivamente.

A este respecto, no podemos olvidar, sin embargo, que la responsabilidad de educar y cuidar a los menores incumbe directamente a los padres, obligación que la Constitución materializa en forma de «deberes» (arts. 39.2 de la Constitución Española y 30.1 de la Constitución Italiana). Los poderes públicos están llamados a intervenir, pero sólo subsidiariamente en la protección del niño, cuando su interés y bienestar se encuentre en peligro en aras a esa consecución efectiva de la protección eficaz del interés del menor, sólo garantizable, no obstante, desde una apertura también a la mediación y a la acción pública en la familia, aunque sin fomentar ni maximizar en exceso la conveniencia de la

misma, por el hecho de implicar ya de por sí, no sólo una clara injerencia dentro del espacio familiar con la consiguiente pérdida de autonomía que ello supone³⁹, sino también, en ocasiones otras inseguridades que apuntaremos más adelante.

Uno de los objetivos fundamentales de nuestra investigación, será realizar un análisis profundo y exhaustivo, desde el punto de vista jurídico, de las repercusiones en el ámbito de la protección del menor de la entrada cada vez mayor en «lo social» por parte del Estado⁴⁰.

I.3 El modelo constitucional de protección a los menores, una responsabilidad compartida entre la familia y los poderes públicos

Nuestro ordenamiento ha terminado por reconocer a los menores la condición de personas, de sujetos titulares de derechos, quedando atrás su mera consideración como sujetos pasivos, patrimonio de sus padres y su familia. Sin embargo, en su condición de personas en desarrollo, la capacidad de los menores para ejercer por sí mismos sus derechos tiene carácter progresivo. Por ello, con el fin de garantizarle el pleno disfrute de sus

³⁹ Resulta inevitable entender a la familia como uno de esos grupos en que se integra el individuo y cuya libertad e igualdad reales deben ser promovidas por los poderes públicos ex art. 9.2 CE

⁴⁰ Vid. en este sentido, VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social (un estudio sobre la actualidad del Estado socia de Derecho)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 47 y ss.

derechos, nuestro ordenamiento también les reconoce el derecho a recibir en todo momento la protección necesaria, preferiblemente en el seno de la familia. Sin embargo, la responsabilidad de brindar protección a los menores no sólo recae en los padres; la protección de los menores es cosa de todos, es una tarea que incumbe tanto a la familia como a los poderes públicos.

Esto lo podemos vislumbrar en la Constitución Española, que ha recogido en su art. 39 un sistema de protección de menores que podríamos calificar como *mixto*, ya que se basa en la colaboración entre los ámbitos de lo privado y de lo público⁴¹. Las responsabilidades se comparten entre la familia y los poderes públicos. Este precepto constitucional atribuye tanto a los padres como a los poderes públicos la responsabilidad de brindar asistencia y protección a los menores.

Así, el art. 39 CE dispone:

«1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualesquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

⁴¹ Vid., en este sentido ROCA, E., *Familia y cambio social (de la «casa» a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 33, 67 y 222-223, y De Palma del Teso, Á., *Administraciones Públicas y Protección de la Infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, INAP, Madrid, 2006, p. 38.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos⁴²»

Las mismas conclusiones obtenemos si analizamos lo dispuesto en la Constitución Italiana de 1947, en sus artículos 30 y 31:

Art. 30. «È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio.

Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti.

La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima.

La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità».

Art. 31. «La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose.

Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo».

⁴² El hecho de que se introdujese esta referencia en la Constitución española vino a satisfacer la aspiración de UNICEF-ESPAÑA de que el Estado español reconociera y asumiera un compromiso de prestar a los niños el especial amparo que su particular idiosincrasia requiere (RICO PÉREZ, F., *La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho Civil*, op. cit., p. 37).

La concreción de este carácter mixto de ambos sistemas se manifiesta en que, por un lado, los poderes públicos tienen la responsabilidad de diseñar y aplicar una política para la infancia que asegure la protección integral de los menores. Para ello, las Administraciones públicas deberán asegurar a los menores el disfrute de sus derechos y 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 y el ocio.

En cuanto a la labor de los padres, el ordenamiento claramente les encomienda la obligación de prestar en el seno de la familia determinadas funciones asistenciales en interés de los menores. El mencionado art. 39 de la Constitución española establece que los padres deben prestar asistencia de todo orden a sus hijos, y el mismo sentido el art. 30 de la italiana establece el derecho y deber de los padres mantener, instruir y educar a los hijos. Este mandato se concreta fundamentalmente en los deberes y facultades que derivan de la patria potestad, en especial las obligaciones de carácter personal inherentes a la guarda: así en España «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, pero también «representarlos en su persona y en sus bienes», como exige el art. 154 del Código civil. El Codice Civile italiano titula su art. 147 «doveri verso i figli», y dispone que el matrimonio impone a ambos cónyuges la obligación de mantener, instruir y educar la prole

teniendo en cuenta la capacidad, las inclinaciones naturales y las aspiraciones de los hijos, añadiendo el art. 320 Codice Civile, las facultades de representación de los hijos y administración de sus bienes⁴³.

Esta claro, según lo anterior, que la responsabilidad de otorgar protección y asistencia a los menores es una responsabilidad compartida entre la familia y los poderes públicos. Esta es la razón por la que se habla de sistema mixto, de corresponsabilidad entre la familia y los poderes públicos en la protección de los menores, teniendo cada uno atribuida un área de actuación. En el caso español, deriva tanto del art. 39.2, al afirmar que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, y la protección otorgada por los convenios internacionales que les otorguen derechos. En la Constitución italiana aparece incluso más claramente la labor subsidiaria de los poderes públicos en la protección de los menores, estableciendo que en el caso de incapacidad de los padres, la ley prevé que se asuman los deberes que a estos corresponden, y declarando expresamente que la República protege «la infancia y la juventud».

La familia es la primera y directamente responsable de la guarda del menor, de su crianza y de su formación. En primer lugar, corresponde a los padres o tutores velar por los menores, cumplir las obligaciones legales inherentes a la guarda. Sin

⁴³ Art. 320 Codice Civile «Representata e amministrazione. I genitori congiuntamente, o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, rappresentano i figli nati e nati in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni».

embargo, las Administraciones públicas no son ajenas a esta tarea privada⁴⁴. En consideración a la importancia de las funciones legales atribuidas a la familia respecto a los menores, la propia Constitución española, en el referido art. 39, encomienda a los poderes públicos asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y en el mismo sentido el art. 31 de la Constitución italiana establece la obligación de los poderes públicos de favorecer con medidas económicas y de todo tipo la formación de la familia y el cumplimiento de sus funciones. Por tanto, los poderes públicos deben colaborar con la familia con el fin de favorecer y hacer posible en todo caso el cumplimiento de sus responsabilidades respecto a los menores⁴⁵.

⁴⁴ En el modelo del Estado liberal anterior, sólo se prestaba al menor de edad, a pesar de su debilidad y vulnerabilidad características, una atención tangencial y subsidiaria por parte de los poderes públicos. El principio de igualdad formal entre todas las personas impide la consideración específica que requieren las especiales necesidades del menor de edad. Como Estado no interventor, los poderes públicos del Estado liberal confían en que el niño será atendido por sus padres y familiares y únicamente ante casos de abandono y pobreza extrema se adoptan medidas de beneficencia, que poseen un carácter excepcional (ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., *La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994, pp. 113-118). La asistencia del menor desamparado o en peligro no se entiende tanto como un deber de la estructura estatal, sino que se afronta más bien por la Administración como un acto de caridad.

⁴⁵ También en los instrumentos internacionales, como la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por Resolución de 8 de julio de 1992, se establece (art. 8.11) que «corresponde a los padres en prioridad el dar al niño una vida digna y, en la medida de sus recursos financieros, los medios para satisfacer sus necesidades». A continuación, se dispone que «los Estados deberán asegurar a los padres la oportuna asistencia en las responsabilidades que les competen, a través de los correspondientes organismos, servicios y facilidades sociales».

Las Administraciones Públicas, además de colaborar con la familia en el ejercicio de sus funciones de asistencia y protección de los menores, están obligadas a velar porque los padres u otros responsables del menor cumplan debidamente sus deberes legales de guarda. De manera que cuando las Administraciones constatan que el menor padece una situación de riesgo o posible desamparo deberán intervenir y brindar al menor la protección necesaria.

Las Administraciones Públicas competentes, por tanto, deberán actuar de forma subsidiaria, a través de los servicios especializados de protección de menores, siempre que los padres y los tutores incumplan o no cumplan adecuadamente sus obligaciones legales y los menores no tengan debidamente garantizado el respeto de sus derechos. La acción administrativa protectora se guía por el principio de subsidiariedad progresiva, es decir, el alcance o intensidad de la intervención de las Administraciones Públicas vendrá condicionada por el grado de desatención o desprotección que sufra el menor en el seno de su familia⁴⁶.

⁴⁶ Este principio se recoge, por ejemplo, en una de las últimas leyes relativas a la protección del menor, la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León (art. 4.f). Vid., en relación con este principio, De Palma del Teso, *Administraciones Públicas y protección de la infancia...*, *op cit.*, pp. 122-123.

I.4 El derecho de los menores a ser protegidos por los poderes públicos, su alcance y contenido en la constitución y el Estado Social

En los ordenamientos español e italiano todos los menores tienen reconocido el derecho a la protección pública. El Derecho de los menores a gozar de una especial protección es un derecho frente a todos, siendo el Estado el responsable subsidiario⁴⁷. Los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones Públicas la protección y asistencia necesaria para garantizarles el respecto del conjunto de sus derechos y el desarrollo de su personalidad⁴⁸, para que puedan crecer y ser educados en el ámbito de su propia familia⁴⁹. En consecuencia, las Administraciones tienen la obligación de intervenir y brindar asistencia y protección a todos los menores en situación vulnerable, que, como veremos, se concreta en las situaciones de riesgo y desamparo o «abbandono»⁵⁰.

La particular protección otorgada a los menores, según FREIXES SANJUÁN⁵¹, cuenta con una estructura jurídica de

⁴⁷ ELÍAS MÉNDEZ, C., La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional, Tirant Lo Blanch y Universidad de Valencia, Valencia, 2002, p. 88.

⁴⁸ Art. 10 de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

⁴⁹ Art. 1.1 Legge 4 maggio 1983, núm. 184 (Publicada en la Gazzetta Ufficiale núm. 133, de 17 de mayo de 1983).

⁵⁰ Arts. 10, 11, 12, 14, 15 y 19 de la LO1/1996, de 15 de enero.

⁵¹ FREIXES SANJUÁN, T. «La Constitución y el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas, en ÁLVAREZ CONDE, E. (coord.),

derecho, pero es a la vez portador de un orden objetivo de valores, por cuanto responde tal disposición a la ideología propia del Estado social de protección de los sujetos más vulnerables por parte de los poderes públicos.

El derecho de los menores a la protección pública tiene alcance general, se trata de un derecho reconocido a *todos* los menores que se encuentren en territorio español, cualquiera que sea su origen o condición⁵². La legislación estatal y autonómica encomienda a los poderes públicos la obligación de garantizar a todos los menores, sin ningún tipo de discriminación, el respeto de los derechos reconocidos en el ordenamiento y en particular por la Constitución, la CDN y la Carta Europea de los Derechos del Niño. El propio TC ha declarado que la CDN, la CEDN y la L.O. 1/1996, de protección jurídica del menor constituyen «*el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 39 CE, y muy en particular, en su apdo. 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos*»⁵³.

En Italia no existe una Ley específica dirigida a la protección de menores, la legge de 28 agosto 1997, n. 285,

Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución española de 1978, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, pp. 150-151.

⁵² El art. 1 de la L.O. 1/1996, de protección jurídica del menor, dispone que «La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español».

⁵³ STC 141/2000, de 29 de mayo, Fundamento jurídico 5º.

«disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza»⁵⁴, establece la distribución de medios económicos, orgánicos y técnicos para posibilitar su protección, y en cuanto al derecho de los menores a crecer y ser educados en su propia familia, se reconoce en Italia con carácter general para todos los menores, según lo dispuesto en el art. 1.5 de la Legge 184/1983, tras su modificación por la Legge núm. 149, de 28 de marzo de 2001⁵⁵, al disponer que «Il diritto del minore a vivere, crescere ed essere educato nell'ambito di una famiglia è assicurato senza distinzione di sesso, di etnia, di età, di lingua, di religione e nel rispetto della identità culturale del minore e comunque non in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento».

Las Administraciones Públicas deberán desarrollar –puesto que corresponde a los poderes públicos la obligación de brindar a los menores la protección necesaria al efecto de garantizarles el pleno disfrute de sus derechos y el libre desarrollo de su personalidad–, las actuaciones necesarias de protección de los menores «mediante la prevención y reparación de las 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»⁵⁶. También se

⁵⁴ Gazzetta Ufficiale n. 207 del 5 settembre 1997.

⁵⁵ GU núm. 96, de 26 abril de 2001.

⁵⁶ Art. 12 de la L.O. 1/1996.

refiere el art. 1.3 de la Legge 184/1983 a la obligación de el Estado, las regiones y los entes locales de apoyar a los núcleos familiares en situación de riesgo, con el fin de prevenir la declaración de abandono y permitir a los menores ser educados en el ámbito de su propia familia⁵⁷.

En Italia como en España, las respectivas Normas Fundamentales imponen por tanto a los poderes públicos importantes tareas y responsabilidades de acuerdo con la definición general del Estado como un Estado Social.

A partir de los principios enumerados en el art. 1.1 de la Constitución Española (libertad, igualdad y pluralismo político) y como manifestación de ellos, el Estado decide intervenir en su promoción y protección, estructurando los mismos como auténticas obligaciones jurídicas, exigibles por los ciudadanos a los poderes públicos. Pero, para ello necesita, ya en la propia Constitución, concretar estos principios axiológicos superiores. De esta forma, una primera individualización la encontramos en el art. 9.2, cuando manifiesta que: «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». En el mismo

⁵⁷ Art. 1.3 Legge 184/1983 « Lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, sostengono, con idonei interventi, nel rispetto della loro autonomia e nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, i nuclei familiari a rischio, al fine di prevenire l'abbandono e di consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia».

sentido, el art. 3 párrafo 2, de la Constitución Italiana dispone que «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

Estos preceptos especifican las características del Estado social, siendo uno de sus términos axiológicos más importantes los de libertad material y de igualdad. En consecuencia, estas máximas se van a configurar como derechos subjetivos de los ciudadanos, exigibles respecto de la acción pública estatal.

Van a concretarse también tales preceptos en varios artículos constitucionales que se proyectan de manera individualizada sobre diferentes áreas, dentro de las cuales se incluye también la que habrá de ser objeto de nuestro análisis. Nos estamos refiriendo, al área de la familia y la infancia y a su concreción llevada a cabo en el artículo 39 CE y 30 y 31 CI, en tanto que expresión el mismo, sin duda, de la «conciencia social» sobre el tema.

En España, sin embargo, al insertarse el artículo citado dentro del Capítulo III del Título 1, que incluye los «principios rectores de la política social y económica», se ha discutido enormemente sobre el valor no sólo de éste sino del resto de dichos principios. Para algunos, son principios políticos sin valor jurídico alguno, mientras que para otros son directrices jurídicas

que deben orientar la política legislativa del Estado español⁵⁸. En el caso de los menores, no es necesario entrar en la discusión, ya que ésta resultaría absurda por existir una legislación positiva que desarrolla los preceptos vinculados al art. 39 que los hace plenamente operativos desde el punto de vista jurídico; y, en segundo lugar, porque estos preceptos lo que sí hacen es dar cobertura a la intervención creciente del Estado en la vida social y familiar.

Es así como dentro del diseño constitucional, la protección integral y asistencia de todo orden a los hijos cobra un especial significado. En este sentido, el artículo 39.3 CE establece la necesidad de «la asistencia de todo orden a los hijos», obligación que tienen, en primer lugar, los padres, y de forma subsidiaria los poderes públicos. Estos últimos garantizarán que dicha asistencia va a ser efectiva en aquellos casos en los que los padres, por ejemplo, no dispongan de un determinado nivel socioeconómico que asegure una atención adecuada de sus hijos.

Más explícita es la Constitución Italiana en su art. 31, al referirse expresamente a la necesidad de apoyo a la familia mediante medidas económicas y de todo tipo, manifestación que se ve apoyada por la recogida en el art. 1.2 de la Legge 184/1983, que establece la obligación de los poderes públicos de establecer medidas de asistencia y apoyo a la familia para que las

⁵⁸ Vid. respecto de los principios rectores de la política social y económica, LÓPEZ PINA, A. «Principios rectores, comentario introductorio al capítulo III del título I», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV, Alzaga Villamil, O. (dir), Cortes Generales. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, pp. 31 ss.

condiciones de indigencia de los padres o del padre que ejerce la patria potestad no se conviertan en un obstáculo para el derecho del menor a permanecer en su propia familia.

Esta circunstancia desencadena la puesta en funcionamiento de una red de servicios sociales por parte del Estado, cuyas ayudas son un derecho del ciudadano y cumplen una función complementaria con respecto de la acción familiar y de la actuación de la propia sociedad. Esta política de servicios sociales supone que la acción estatal positiva, una vez establecida legalmente, se convierte en un deber para los poderes públicos, que deberán generar una infraestructura con los servicios y equipamientos sociales necesarios para atender sus obligaciones jurídicas para con los menores y sus familias así como garantizar su buen funcionamiento, al ser los «últimos responsables» de la protección y desarrollo integral del niño.

Las referencias a ambas políticas, la promocional y la asistencial, aparecen en párrafos separados del artículo 39 CE, pudiendo encontrarse una de las razones de esta diversificación en el hecho de que la noción de «protección integral» que los poderes públicos deben prestar a los hijos, tenga un contenido más genérico⁵⁹ que la obligación de «asistencia de todo orden a

⁵⁹ En el artículo se refiere al derecho de igualdad de los niños sin que pueda prevalecer discriminación entre ellos por motivo de nacimiento, etc., e incluiría también, la necesidad de propiciar todas aquellas medidas que sean necesarias para pleno y efectivo desarrollo del menor, potenciando la aplicación de figuras como las de

los hijos» que presenta, sin embargo, un carácter más limitado, una especie de garantía instrumental en el establecimiento de la intervención de los poderes públicos y orientada a lograr una asistencia paternal adecuada. Esta intervención se concreta en el aseguramiento de un nivel socioeconómico familiar mínimo, de un apoyo a la familia de carácter reeducativo, terapéutico, informativo u orientador para padres con hijos problemáticos, etc.

Por tanto, la acción social estatal⁶⁰ es más limitada que la esfera de protección del menor, que puede abordarse no sólo desde una óptica civil, con servicios que sustituyen o complementan a la familia, sino también desde la penal, la laboral o la procesal. Así como desde ópticas educativas y sanitarias, las cuales no son predicado de la acción social, como es obvio.

acogimiento y adopción como alternativa protectora para aquellos niños «privados de una vida familiar normal».

⁶⁰ La acción social del Estado ha ocupado así el lugar de beneficencia, pública o privada, caracterizada por su carácter graciable y por no basarse en obligación jurídica alguna. El trasfondo de la beneficencia, como puede comprobarse en su «política» a lo largo de varios siglos de historia, consistía en la represión de vagabundos y abandonados, a través de una simple actividad policial que intentaba cercenar estas desviaciones sociales. Un concepto que iría evolucionando progresivamente a lo largo de los distintos hitos históricos hasta llegar momento en que adquirió los caracteres de un auténtico servicio público como consecuencia, fundamentalmente, del industrialismo y del urbanismo. Momento en el que este servicio público de asistencia social se vio complementado por la acción social desempeñada por los seguros sociales. Con la nueva configuración de la asistencia social, la idea caritativa de «atender al menesteroso» deja paso, por un lado, a un deber del Estado de conceder determinadas prestaciones sociales y, por otro, a un derecho de los ciudadanos a obtener dichas prestaciones. Esa obligación de asistencia pública implica promover, por parte de la Administración pública, una red de servicios sociales que faciliten su ejecución. De esta forma, la Constitución de 1978, ya no habla de beneficencia sino de asistencia social. El TC ha señalado que lo que distingue a la asistencia social de la clásica beneficencia es ser una "*técnica pública de protección*" (STC 146/1986, de 25 de noviembre, F.J 2º).

A pesar de que la Constitucional española, al menos, explícitamente no incluye ni una definición ni un concepto de «asistencia social»⁶¹, sin embargo y, como consecuencia de estar incluida en el marco de un Estado Social de Derecho, su nota más distintiva deviene precisamente del hecho de englobar amplios colectivos de personas (tercera edad, mujer, juventud) en la línea de intentar igualar a sus poblaciones más desprotegidas con el resto de los ciudadanos, evitando que la condición de «cliente» de la asistencia social refuerce en el beneficiario su sentimiento de marginalidad. Ello nos sitúa ante un concepto extenso de acción social, cuyos aspectos no terminan en lo que conocíamos como asistencia social, ampliando su ámbito hasta lo que podríamos llamar «bienestar social» en el que ya va a tener cabida toda una política social estructurada en diversas áreas de actuación o servicios sociales especializados y en unos servicios de base de todo el sistema.

Esta «sectorialización» de la acción social va a influir en la configuración y ejecución de las prestaciones en función del sector

⁶¹ No obstante, el TC ha reiterado en varias ocasiones, clarificando con ello los principios de la asistencia social, como el constituyente, a pesar de no haber precisado la noción de la misma, «ha tenido presente los conceptos generales elaborados en el plano de la legislación general» (STC. 76/1986, de 9 de junio, F.J. 6º); así como, ha seguido "la pauta de algunos instrumentos internacionales como la Carta Social Europea" (STC. 146/1986, de 25 de noviembre, F.J. 2º). Dando un paso más, el T.C. ha precisado su concepto en los siguientes términos: «esta asistencia social aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específica, sentidos por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema -el de la Seguridad social.- y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad social» (STC. 76/1986, de 9 de junio, F.J. 6º).

al que se van a aplicar, bien sea familia e infancia, juventud, tercera edad, promoción de la mujer, etc.

Precisamente en este contexto va a ser donde rápidamente se tome conciencia de la necesidad de un servicio social especializado para la infancia, comprensivo de atenciones tanto a los niños como a la familia y a la comunidad, capaz de satisfacer las necesidades subjetivas del niño, concepto éste que, dada su generalidad e imprecisión resulta de difícil determinación y precisa de un trabajo multidisciplinar, sugiriéndose a partir de ahí el que sea la Administración Pública la que deba quedar situada en el centro de la política asistencial, desempeñando tanto la función de dirección como la de gestión, dentro del marco central ya de una política familiar.

La centralidad que ocupa a nivel europeo la política familiar⁶², bien esté formulada explícita o bien esté integrada en una más comprensiva política social en el interior de la estructura del «*welfare state*», es producto de la revalorización que del hecho

⁶² En el marco europeo pueden distinguirse dos tipos de políticas familiares, la que se conforma como parte de una «retórica política», lo que significa que el Estado cuenta con una política familiar explícita, como sucede en Francia, Bélgica, Luxemburgo y la República Federal alemana; y aquella otra política familiar que aparece englobada dentro de la política social asistencial, o política familiar implícita, como la de España, Gran Bretaña, Dinamarca, Grecia, Irlanda e Italia. Indistintamente, las medidas de política familiar en los diversos países consisten normalmente en una serie de prestaciones económicas para asegurar una renta mínima a la familia, en un acervo de servicios orientados a la promoción y facilitación de la vida familiar (consultivos, educativos) y en un conjunto de servicios e instituciones destinados a sustituir a la familia en aquellas funciones en las que se ve desbordada (sistemas de ayuda a la familia en casos de eventual incapacidad o indisponibilidad del responsable del cuidado de los hijos o de los ancianos). Tales servicios reciben el nombre de «servicios de sustitución parcial» (part-time) de la familiar.

familiar en todo lo relacionado con las políticas sociales tuvo lugar en la década de los ochenta, frente a la consideración moderna de los años sesenta y setenta de la familia como mera supervivencia cultural.

Producto de esta transformación es la nueva concepción jurídico-política de la familia, que poco tiene ya que ver con la noción dominante en el ámbito del Código civil vinculada a planteamientos patrimonialistas. A la vista de las políticas sociales el nuevo modelo de familia asumirá una serie de funciones con respecto a sus miembros y un talante de participación en la comunidad, actuando, en su cara interna, como una unidad de servicios primarios y en su vertiente externa como sujeto social participativo en la sociedad.

Todo ello desencadena una configuración de la familia como una realidad a la vez pública y privada. En su faceta privada, predomina su carácter autónomo mientras que, en su materialidad pública asume normativamente una serie de responsabilidades y deberes establecidos por el Estado y la sociedad; cuya efectividad controlará la acción interventiva del Estado.

I.5 Sistema de protección del menor en España, de la judicialización a la administrativización

Las exigencias constitucionales han determinado una profunda transformación del Derecho de Familia y de las políticas sociales del Estado y, dentro de esta tendencia, la modificación de la normativa de protección de menores. El principio constitucional de protección integral del menor deducible de los valores superiores y los principios éticos y sociales que inspiran la Constitución española, recogido explícitamente, como hemos tenido ocasión de analizar antes, en el art. 39.2 de la misma, ha determinado una serie de reformas legislativas e institucionales con el fin de articular las prácticas sociales de atención al niño con carencias familiares dentro de un nuevo modelo de protección del menor⁶³, siendo la más relevante de todas la operada en virtud de la L.O 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor⁶⁴.

⁶³ No obstante ser la Comunidad Autónoma Catalana la primera en aprobar una Ley de protección de menores, la Ley catalana 11/1985, de 13 de junio, la reforma de la adopción y el acogimiento así como de otras instituciones afines de protección de los niños desamparados, no recibiría el empuje definitivo hasta 1987, momento en que tuvo lugar la promulgación de la Ley estatal 21/1987, de 11 de noviembre, reformadora de determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, viniendo a operar no sólo la modificación sustantiva sino también procesal de los institutos del acogimiento y la adopción abriendo cauces mucho más adecuados para la protección del menor que los previstos en la legislación tutelar preconstitucional. Esta Ley vino a añadirse a la sucesión de reformas que, en el marco constitucional, se habían venido produciendo a partir de 1981 en el Derecho de familia, iniciadas con el régimen personal y patrimonial del matrimonio, la filiación y la igualdad de los hijos, la patria potestad y la tutela, mediante la Ley 11/1981, de 13 de mayo (BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981); Ley 30/1981, de 7 de julio (BOE núm. 172, de 20 de junio de 1981) y la Ley 13/1983, de 24 de octubre (BOE núm. 256, de 26 de octubre de 1983).

⁶⁴ BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

Esta Ley no sólo ha venido a profundizar en los principios de protección integral y del superior interés del menor –al sintonizar con la nueva filosofía de sus derechos, surgida al calor de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 30 de noviembre de 1989–, sino también a revisar y sincronizar algunas de las instituciones de protección, como la del acogimiento, con lo que ya venían siendo prácticas extendidas de otras políticas europeas, como la italiana. Del mismo modo, la Ley 1/1996 tratar de cubrir algunas de las lagunas y desajustes que la implementación de la Ley 21/1987⁶⁵ había sacado a la luz, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales, no obstante, lo oportuno de su aparición en aquel momento⁶⁶.

⁶⁵ 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).

⁶⁶ Como tendremos oportunidad de analizar, la Ley 21/1987, únicamente introducía normas para regular los procedimientos del acogimiento y de la adopción. Nada decía, sin embargo, de los estadios previos de la actuación protectora y, en particular, no incluía las normas procesales necesarias para que el derecho de los padres biológicos o de los representantes se concretase, por ejemplo, en una impugnación de las resoluciones administrativas que impliquen la tutela automática o la guarda. En definitiva, no regulaba recursos contra la resolución declarativa de la situación de desamparo de un menor, dando lugar a un panorama procesal tremendamente confuso, como tampoco incluía normas expresas acerca de la situación de desamparo del niño (Vid. Ministerio Fiscal, Memoria del Fiscal General del Estado, Madrid, 1992, pp. 105 y ss). Sobre todos estos aspectos serían sobre los que vendría a incidir la L.O. 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, recogiendo un procedimiento para los posibles recursos y reclamaciones que se sustancien contra la resolución administrativa de desamparo, de tutela automática y, en general contra todas las declaraciones administrativas adoptadas en el ejercicio de sus funciones de tutela y guarda de menores, preceptuando que los

Este no supuso el único cambio en el sistema de protección de menores. Los jueces que, tradicionalmente habían absorbido todo el peso de la política de protección del menor sufrieron con la L.O. 1/1996 un más que profundo trastocamiento en sus funciones.

El legislador ha desjudicializado las primeras etapas de la protección del menor a través de las figuras de la asunción de la tutela automática del menor por las Administraciones públicas y la guarda administrativa. La tendencia desjudicializadora de los instrumentos jurídicos para la protección del menor está presente no sólo en las instituciones de tutela y guarda sino también en la de acogimiento⁶⁷, resultando así, según BARRANCO VELA⁶⁸, que en los primeros pasos de las actuaciones de protección del menor se ha sustituido la función de los jueces por la intervención de entidades administrativas que pasan a tener competencia convirtiéndose en las piezas claves del nuevo sistema de protección del menor.

expedientes han de sustanciarse por las normas y trámites de la jurisdicción voluntaria (D.A. 1a y D.F. 5a.6 de la L.O. 1/1996).

⁶⁷ Precisamente, con respecto a este, la reforma de 1996 vino a vigorizar las facultades de la Administración, a través del acogimiento provisional (art. 173 del Cód. civil, reformado por la D.F. de la L.O. 1/1996) concediendo una relevante facultad a la Administración, como garante del interés del menor: la de entregar a éste a los acogedores en aquellos supuestos en que los padres se opongan a esta medida administrativa hasta que recaiga resolución judicial. También está presente esta orientación desjudicializadora en la propuesta por la entidad pública a los tribunales de los posibles adoptantes.

⁶⁸ BARRANCO VELA, R., «La publicación de la legislación protectora de inmigrantes y menores», en Seminario de Expertos: La protección de los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes, IV Foro Andaluz de la Infancia, 2005, 17 y 18 de noviembre de 2005 (en prensa).

Las entidades públicas deben ahora intervenir desde el primer momento, con lo que se pospone la entrada en escena de jueces y fiscales para un momento posterior y sólo con el objetivo de fiscalizar las actuaciones administrativas y garantizar los derechos de los padres biológicos. Esto significa que la administrativización del sistema de protección de menores no es óbice para que las actuaciones de la Administración se coloquen siempre bajo la constante supervisión del Ministerio fiscal, que puede intervenir a posteriori, con amplias facultades⁶⁹, y la posible intervención judicial revisora de sus actuaciones.

De todo ello resulta que la intervención judicial no es imprescindible en las primeras actuaciones protectoras del poder público, circunscribiéndose su actuación, al menos de forma prescriptiva, tan sólo al final del proceso en lo que se refiere a la constitución de la adopción⁷⁰. Una solución desjudicializadora la adoptada que, en principio, tiene su causa en la mayor agilidad y capacidad de actuación puntual y urgente de las instituciones administrativas frente a los operadores jurídicos tradicionales en la

⁶⁹ Además de la constitución de la adopción, que es siempre judicial según dispone el art. 176.1. C.C., se deja a salvo la posibilidad de acudir a la mediación judicial cuando se produzcan conflictos de intereses entre la Administración, los menores, los padres biológicos y los acogedores.

⁷⁰ Excepción hecha de las cautelas judiciales a posteriori en relación a la actuación desorbitada de la Administración o, como se ha señalado, por mediar conflicto con los padres biológicos en la tutela automática, bien porque se han negado a prestar consentimiento o porque no han comparecido habiendo sido citados para la formalización del acogimiento administrativo.

aplicación de un derecho «regulativo» que desarrolla fines y objetivos de interés social definidos políticamente.

De igual modo, el reconocimiento jurídico concedido a los equipos pluridisciplinarios ubicados en las Administraciones públicas competentes en la protección del niño, deriva de la necesidad de legitimidad de estas estructuras administrativas que solventan dotando de una garantía terapéutica y científica a sus decisiones y resoluciones normativas, lo que explica la presencia de estos equipos formados por psicólogos, pedagogos, sociólogos, educadores especializados, médicos, etc.

En definitiva una vuelta hacia las ciencias humanas, y la incorporación de técnicas de «lo social» en el Derecho que pasan a concurrir, provocando la disolución del hasta entonces normativismo positivista precisamente al fin de permitir al legislador aproximarse o incluir las técnicas de las ciencias sociales y asegurar con ello el relevo del Derecho tradicional y su sustitución por otro de nuevo corte, que quizás resulte más conveniente o apto para regularizar el espacio social y familiar.

Resumiendo, el Estado, en su afán de proyectarse estratégicamente en la realidad social de las familias y de sus hijos, va a instrumentalizar un sector del Derecho Privado, en concreto, va a administrativizar las figuras más relevantes de la protección de la infancia, desplazando con ello del centro de gravedad a la justicia y a la figura del Juez, cuya labor ahora se limita a constatar lo que podría denominarse la razonabilidad, la trama argumentativa del proceso administrativo de la declaración

de desamparo, por considerar que la decisión está más que probada y acreditada en el expediente.

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTUACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE MENORES.....	60
II.1 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y «NO DISCRIMINACIÓN».....	63
II.2 EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....	73
II.2.1 <i>El principio del interés del menor en las normas de protección internacional de la infancia</i>	<i>75</i>
II.2.2 <i>El principio del interés superior del menor en el ordenamiento español.....</i>	<i>86</i>
II.2.3 <i>La problemática del interés del menor como concepto jurídico indeterminado.....</i>	<i>91</i>
II.3 LA AUDIENCIA DEL MENOR Y LA OBLIGACIÓN DE ESCUCHARLO EN TODAS LAS DECISIONES QUE LE AFECTEN.....	101
II.4 LOS PRINCIPIOS DE INTEGRACIÓN Y REINTEGRACIÓN FAMILIAR DEL MENOR Y LA PROPORCIONALIDAD Y FLEXIBILIDAD DE LA INTERVENCIÓN PROTECTORA DE LA ADMINISTRACIÓN.....	113

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

La 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, titula su art. 11 «principios rectores de la acción administrativa». No obstante, analizando su contenido podemos deducir que no se está refiriendo específicamente a los criterios que rigen la actuación de la administración en su actuación protectora a favor de los menores de edad, sino que mezcla objetivos, políticas y ámbitos de actuación competencial, junto con algunos de estos principios.

Así, la actuación de la Administraciones públicas deberá, en primer lugar, facilitar a los menores la asistencia que precisen para el ejercicio de sus derechos. En este sentido, la propia LOPJM, en su art. 10.1 establece que los menores «tienen derecho» a recibir de las Administraciones públicas la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos y la garantía del respeto de los mismos. De nada serviría otorgar ciertos derechos al menor si posteriormente la administración no posibilita su ejercicio efectivo por los menores. Esto lo podrá hacer, en unos casos, incentivando al menor para ejercitar el derecho (proporcionando información y asesoramiento al menor sobre el procedimiento a seguir para crear una asociación juvenil, por ejemplo), en otros casos, evitando que se produzca una lesión del mismo (como puede ser impedir la difusión de imágenes que vulneren el derecho a la

intimidación de un menor), o poniendo a su alcance y dándole a conocer los recursos protectores con que cuenta la administración.

En concreto, el menor, para la garantía y defensa de sus derechos puede solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente, poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas, plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo –para lo cual se establece un Adjunto al Defensor específicamente encargado de los asuntos relacionados con los menores–, y solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones públicas (art. 10.2 LOPJM).

Encarece la LOPJM a la promulgación de planes de carácter integral para el desarrollo de la infancia, cuya promulgación por parte de la administraciones estatal, autonómicas o locales suele ser tan frecuente como infrecuente es su prórroga o reemplazo una vez finalizado el plazo previsto para su realización⁷¹. Los menores tienen en todo caso el derecho a acceder a los servicios previstos en dichos planes ya sea por sí mismos, de resultar posible, o a través de sus padres, tutores, o instituciones tutelares, que en cualquier caso tienen el deber de utilizar dichos servicios en beneficio de los menores. En ningún

⁷¹ Podemos citar el Plan de Infancia 2000-2003 de la Rioja, el Plan integral de la familia y la infancia de la Comunidad valenciana 2002-2005, o el Plan integral de atención a la infancia de Andalucía 2003-2007, entre los de las Comunidades autónomas, o en el ámbito municipal el I Plan para la infancia del municipio de Leganés 1999-2002.

caso puede negarse el contenido esencial de los derechos de un menor por falta de recursos sociales básicos, por lo que la actuación administrativa a favor de los menores comienza por la corrección de los desequilibrios sociales, apoyando a las familias para que todas puedan llegar a los requisitos mínimos de bienestar que requieren los menores.

Las Administraciones públicas han de desarrollar su actividad en todos aquellos ámbitos competenciales no relacionados directamente con la protección de los menores, teniendo en cuenta las necesidades de éstos, y pone especial énfasis la LOPJM en el control sobre productos alimenticios, consumo, vivienda, educación, sanidad, cultura, deporte, espectáculos, medios de comunicación, transportes y espacios libres en las ciudades.

En aquellos espacios, centros y servicios, en los que se produzca de forma habitual la permanencia de menores, las Administraciones públicas serán las encargadas de su supervisión, para garantizar las condiciones ambientales, higiénicas, sanitarias y de recursos humanos que garanticen los derechos de los menores.

A continuación, vamos a analizar de manera pormenorizada los principios que han de regir de manera específica la actuación protectora de la Administración respecto de los menores.

II.1 El principio de igualdad y «no discriminación»

No hay duda de que el ordenamiento constitucional español incluye a los menores dentro del principio de no discriminación proclamado en el artículo 14.2. Así, la igualdad como derecho fundamental se aplica a todas las personas con carácter general y por ende, a los menores como persona.

La no discriminación, con carácter genérico, y la diferenciación en el tratamiento de determinadas situaciones, cuyo fin consiste en eliminar distinciones desfavorables, debidas al *status* social, económico o de otra índole, constituyen pautas de actuación general, que inspiran el sistema jurídico, y están orientadas a la protección de los sectores más débiles de la sociedad, como son especialmente los menores.

En palabras del Tribunal Constitucional, la «igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas»⁷². En este sentido, la igualdad no puede entenderse como total e ilimitada. Así, la Constitución española hace un triple tratamiento del principio de igualdad⁷³.

⁷² FJ 2º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto.

⁷³ Los tres conceptos de «igualdad» que se mencionan a continuación, están referidos a la prohibición de discriminaciones por razones o condiciones personales o sociales. No obstante, la Constitución aborda también otros aspectos de la igualdad en distintos preceptos del texto, aludiendo a la oposición diversidad-unidad del ordenamiento jurídico español que reúne fuentes estatales y autonómicas.

En primer lugar, el artículo 1.1 considera la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico. En segundo lugar, la Constitución dispone, con carácter general, el principio de no discriminación en el artículo 14, al que hacíamos anteriormente referencia, al establecer la igualdad ante la ley de los españoles «sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social⁷⁴». Por último, la igualdad se convierte, en el artículo 9.2, en principio transformador de la sociedad.

Las diferentes acepciones del término igualdad citadas están, sin embargo, sometidas a una interpretación unitaria, pues, en ningún caso, pueden ser tratadas por los agentes jurídicos de modo aislado. Sería contrario al espíritu de la propia Constitución aplicar el artículo 14, por ejemplo, ignorando el 9.2, o bien, llevar a cabo la operación contraria.

⁷⁴ En lo que se refiere a los motivos de no discriminación la CDN declara en el artículo 2.1 «Los Estados Partes en la presente Convención respetarán los derechos enunciados en esta Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para garantizar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas, o las creencias de sus padres, de sus representantes legales o de sus familiares». Así, ha de entenderse que todos los motivos citados en la Convención quedan incluidos en el artículo 14 de la Constitución española, en cuanto este establece la cláusula de no discriminación por cualquier «condición o circunstancia personal o social».

Asimismo, la igualdad, o derecho a un trato no discriminatorio, ha sido objeto de numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que, de modo concluyente, ha realizado una interpretación unitaria de los preceptos que, sobre igualdad establece el texto constitucional. El Auto del Tribunal 289/1999, de 30 de noviembre, reitera la jurisprudencia que, sobre esta materia, ha mantenido al alto Tribunal, a la vez que sintetiza el contenido básico de dicha doctrina⁷⁵.

En primer lugar el Auto citado confirma que *«no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución»*. La infracción existe cuando se produce *«entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable»*. En segundo lugar, afirma el Tribunal, que *«el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea*

⁷⁵ Se trata del Auto de inadmisión de una cuestión de inconstitucionalidad (núm. 3683/1999), planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en relación con el artículo 29.c.1ª y disposición transitoria 4ª de la Ley 44/1978, de 8 septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y la disposición transitoria 3ª del RD 2384/1981, de 3 agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto, por presunta vulneración de los arts. 14, 31.1 y 39.1 de la CE. Este Auto cita y resume la jurisprudencia más relevante del TC sobre la igualdad: STC 31/1953, de 25 de enero, STC 75/1983, de 3 de agosto, STC 6/1984, de 24 de enero, STC 209/1988, de 10 de noviembre, STC 76/1990, de 26 de abril, STC 214/1994, de 14 de julio, STC 9/1995, de 16 de enero, STC 164/1995, de 13 de noviembre, STC 134/1996, de 22 de julio, STC 117/1998, de 2 de junio (BOE de 18-8) y STC 46/1999, de 22 de mayo.

arbitraria o carezca de fundamento racional». Por ello, «*el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier diferenciación de trato, sino aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables...*». Desigualdades que, además, deben justificarse por la finalidad que persigan, puesto que, garantizar la adecuación a la Constitución del trato desigual, exige que el fin debe ser adecuado a los valores y principios reconocidos en la Constitución⁷⁶.

La doctrina expuesta conduce al desarrollo del llamado «juicio de proporcionalidad», instrumento desarrollado por el Tribunal Constitucional para el enjuiciamiento de posibles discriminaciones en la actuación de los poderes públicos. Así, lo expresa el propio Tribunal en el Auto citado: «*Para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionales a dicho fin. De manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de*

⁷⁶ Si la finalidad exigida en el trato desigual es «constitucionalmente admisible» no es discriminatoria, siendo necesariamente, una finalidad que consista «en un bien o valor constitucional» consagrado. La primera opción constituye el mínimo exigido por el Tribunal, lo que otorga a los poderes públicos una mayor capacidad de actuación: *Vid.* GARCÍA MORILLO, J., «La cláusula general de la igualdad», en LÓPEZ GUERRA y otros, *Derecho Constitucional*, vol. I, Tirant lo Blanch, 2003 (6ª Ed.), pp. 170-171.

proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados gravosos o desmedidos»⁷⁷.

En esta materia, tanto los mandatos constitucionales como los contenidos en la CDN, han sido objeto en España de un desarrollo preciso, que se manifiesta tanto en la legislación como en la actuación administrativa. Las desigualdades son, con frecuencia, producto de factores sociales, económicos, culturales, geográficos o étnicos, que deben paliarse a través de medidas específicas, tomadas por los poderes públicos con este fin. La aplicación del principio de igualdad exige el compromiso de los poderes públicos de llevar a cabo una política social tendente a hacerla realidad entre los ciudadanos. La Administración ha de tomar medidas que aseguren la aplicación y plena eficacia de los principios relativos a la no discriminación, y evitar que éstos se conviertan en meras declaraciones formales. Este es también el

⁷⁷ El Tribunal Constitucional, en aplicación de la doctrina anteriormente expuesta, reiteró en el Auto de 26 de octubre de 1998, la adecuación a la Constitución del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, así como de las resoluciones previas de las que éste trae causa. El demandante de amparo, interpuso denuncia penal, por considerar que constituía delito que su hijo de ocho años, afectado de autismo, recibiera una educación de preescolar adaptada a los cuatro años. El Alto Tribunal inadmitió a trámite dicho recurso de amparo. Entre los artículos constitucionales supuestamente vulnerados, se invocaban el 14 y el 27, que garantiza el derecho a la educación. No obstante, el Tribunal Constitucional entiende que *«la motivación que dio lugar al archivo de las actuaciones en el proceso penal no deja lugar a dudas de que no hubo quiebra alguna de derecho fundamental antes bien evidencia una respuesta más que suficiente frente a un tratamiento profesional que intentaba dar a su hijo la educación más apropiada a sus circunstancias (...) pues, la igualdad no se quiebra cuando circunstancias distintas determinan tratamientos diferenciados, como aquí ocurre»*.

compromiso que la CDN reclama a los Estados Partes en el apartado 2 del artículo 2.

En lo que se refiere a la legislación ordinaria hay que destacar la LOPJM, cuyo último objetivo consiste en la adecuación plena de la legislación española a las exigencias de la Convención. Esta norma otorga al derecho de los menores a la protección pública un alcance general, extendiéndolo a todos los menores que se encuentren en el territorio español. En España todos los menores gozan de los derechos y la protección que les reconoce la Constitución, los tratados internacionales de los que España sea parte –en especial, la CDN– y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin ningún tipo de discriminación, por razón de nacimiento, sexo, raza, nacionalidad, o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social; así lo establece expresamente la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor en su artículo 3 (en relación con el artículo 1)⁷⁸.

⁷⁸ Así, el art.1 extiende el ámbito de aplicación de la LOPJM y sus disposiciones de desarrollo a todos los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, mientras que el art. 3 dispone que «Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

La presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.

Como hemos visto, la CDN dispone, en su artículo 2.1 que los estados partes deberán respetar y asegurar a los menores los derechos reconocidos por la Convención «sin distinción alguna (...)». Por tanto, los derechos que la Convención atribuye a los menores corresponden también a los que residan ilegalmente en el territorio de un Estado parte, cuestión que no carece de importancia cuando nos refiramos a la situación de los menores inmigrantes no acompañados⁷⁹.

Debe tenerse en cuenta por otro lado que, en nuestro ordenamiento, la protección de estos derechos viene garantizada por nuestra norma suprema (artículo 39.4 de la Constitución). Por tanto, los poderes públicos deben garantizar a todos los menores los mismos derechos sin ningún tipo de discriminación. Por supuesto, también y, de forma especial, el derecho a la asistencia y protección en caso de necesidad, ya que este derecho constituye una garantía para el disfrute de todos los demás. De forma que a estos efectos sería indiferente que los menores tengan residencia legal en el territorio del Estado. En nuestro ordenamiento, los poderes públicos tienen encomendado brindar

Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley y a la mencionada normativa internacional».

⁷⁹ Durante los debates para la elaboración de este precepto, fue rechazada una enmienda presentada por el representante de Estados Unidos en virtud de la cual los derechos de la Convención sólo se aplicarían a los niños que vivieran de forma legal en el territorio de un Estado» (Vid. ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a.I., *La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994, p. 84, nota. 16.

asistencia y protección a *todos* los menores que se encuentren en territorio español, con independencia de su origen, nacionalidad, o cualquier otra circunstancia⁸⁰.

En consecuencia, a la vista del ordenamiento vigente, en ningún caso estaría justificado que las administraciones brinden un trato diferente a los menores nacionales o los que tienen la residencia legal y a los menores extranjeros o que se encuentran en situación de irregularidad administrativa en España, ya que se estaría produciendo una vulneración de un derecho fundamental, el art. 14 en relación con el 39.4 CE, y susceptible, por tanto, de amparo constitucional.

Desde el momento del nacimiento son necesarias medidas que garanticen la aplicación del principio de igualdad y el goce pleno de los derechos del niño o de la niña. Estos principios se

⁸⁰ El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, no obstante, en sus observaciones finales (CRC/C/15/Add, 185, de 7 de junio de 2002), realizadas a la vista del segundo informe periódico presentado por España, manifiesta su preocupación porque el principio de no-discriminación no se aplica plenamente, en especial en el caso de los hijos de inmigrantes ilegales y los menores no acompañados. Por ello, el Comité exige que en el próximo informe se incluya información específica sobre las medidas y programas que sean relevantes para la Convención de Derechos del Niño que haya adoptado España para cumplir con la Declaración y el Programa de Acción de la Conferencia Mundial sobre Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia e Intolerancia 2001.

El origen social y las circunstancias económicas de los menores es una causa de discriminación que subsiste en nuestras sociedades y que afecta a los derechos de los menores, y no sólo a los de origen inmigrante. El chabolismo creciente en los alrededores de los grandes núcleos urbanos provoca la vulneración de derechos trascendentales de los menores como la sanidad, la vivienda digna o la educación, sin que los poderes públicos actúen en ocasiones respecto a estas situaciones del denominado «cuarto mundo». Podemos destacar en este sentido iniciativas como el Plan de erradicación del chabolismo en Avilés (Asturias), que desde 1989 hasta la actualidad ha conseguido eliminar en su práctica totalidad el chabolismo en el municipio, que afectaba a más de 500 familias.

extienden al tratamiento jurídico de la filiación, pues la Constitución, exige igualdad plena de los hijos, respecto de los padres, sea cual sea su estado civil, así como la posibilidad de investigar la paternidad.

Estos mandatos constitucionales se encuentran recogidos en el artículo 14 CE, relativo a la igualdad, en el 32.1, que reconoce el derecho a contraer matrimonio «con plena igualdad jurídica», y en el 39, cuyo apartado 2 establece: «los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad».

Para dar cumplimiento a estos mandatos constitucionales, orientados todos ellos a erradicar toda discriminación desde el nacimiento, el Código Civil sufrió diferentes modificaciones. La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, suprimió la distinción entre filiación legítima e ilegítima y sus subdivisiones. Así, a tenor de lo dispuesto en el artículo 108 del Código Civil sólo puede hablarse de «filiación por naturaleza o por adopción». La primera puede ser «matrimonial y no matrimonial», que distingue si los padres están o no, casados entre sí. El mismo precepto precisa que «la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surte los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código». Además, los

efectos de la filiación se producen desde que ésta tiene lugar, incluso retroactivamente, «siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario» (art. 112 CC).

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, manifestó la voluntad del legislador de terminar con toda discriminación, equiparando a los hijos, con independencia de su filiación, e hizo desaparecer la anterior diferenciación entre adopción plena y simple.

Además, este marco jurídico ha sido enriquecido con legislación posterior, especialmente por la LOPJM, en lo que se refiere a las garantías de los procedimientos de adopción, sin olvidar la adopción internacional. Ha desaparecido, por tanto, de la legislación toda discriminación por «...el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres, o tutores», de acuerdo con la obligación impuesta por apartado 1, *in fine*, del artículo 2 de la Convención.

La legislación de las Comunidades Autónomas establece también preceptos orientados a asegurar la no discriminación, así como medidas tendentes a promover la igualdad. Algunas Comunidades Autónomas han optado por no recoger expresamente en las leyes relativas a la protección de menores la no discriminación, limitándose a invocar la aplicación, en su ámbito territorial, de la Constitución y de la Convención, mientras que otras recogen expresamente en su legislación el principio igualdad

y la mención a las causas que pueden entenderse discriminatorias⁸¹.

II.2 El interés superior del menor

El principio del interés superior del niño ha sido recogido tanto por los textos internacionales como por las disposiciones europeas, nacionales y autonómicas más destacadas en la protección y promoción de los menores de edad. Este hecho supone uno de los hitos fundamentales en la evolución del Derecho de menores. La constante apelación de las leyes a tal interés tiene una justificación objetiva en la situación de vulnerabilidad del niño, la imposibilidad que tiene de dirigir su vida con suficiente madurez y responsabilidad y la necesidad de que

⁸¹ Así, por ejemplo, el art. 9 de la Ley 1/1995 de protección de menores del Principado de Asturias, de 27 de enero, titulado *prohibición de la discriminación*, dispone que: «1. Todos los menores disfrutarán de sus derechos sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, salud, color, sexo, idioma, cultura, religión, opiniones políticas o de otra índole de origen nacional o social, condición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio menor o de su familia. 2. No podrá existir discriminación o diferencia de trato alguno que afecte a los derechos del menor, y que pudiera derivarse de la organización, medios o características propias de las instituciones colaboradoras de integración familiar, que (...) se hallaren realizando alguna actuación protectora sobre el menor, ni de aquéllas entre sí ni respecto de las mismas con la Administración del Principado de Asturias»; en sentido similar, el art. 3.2 de la Ley 1/2006, de protección de menores, de 28 de febrero, de la Rioja, o la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco, que incluye el principio de «no discriminación» entre los principios rectores de la actuación administrativa.

las circunstancias que le rodean le sean especialmente favorables en esta etapa vital de desarrollo como ser humano⁸².

El principio del interés del niño pone acertadamente el acento en la realidad del niño como digno de atención, promoción, provisión y protección. Este principio ha de aplicarse en todas aquellas situaciones o conflictos donde se hallen involucrados menores de edad. Pero el interés del niño no es un concepto pacífico sino objeto de múltiples y muy diversas controversias que tienen influencia, desgraciadamente negativa, en su eficacia práctica.

Estamos ante un concepto de difícil comprensión que exige un esfuerzo en su concreción y determinación. Hemos de hacer hincapié en que la previsión normativa del principio no es ni mucho menos suficiente pues es fundamental que se convierta en auténtico derecho vivo, y para que su existencia guíe la realidad en favor de la infancia y sea eficaz en todas las medidas concernientes a los niños.

Afortunadamente, su aplicación está siendo muy frecuente lo que está sirviendo para avanzar hacia una mejor y más completa delimitación del concepto, aunque como veremos más adelante, dada su naturaleza no podremos llegar nunca a una determinación completa. Pero hemos de analizar si se está aplicando realmente y cómo se aplica e interpreta para evitar que

⁸² VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La protección internacional de los derechos del niño*, Secretaría de Cultura, Gobierno de Jalisco, Universidad Panamericana, México, 1999, p. 23.

dicho concepto se convierta en una noción mágica, insustancial, que pueda dar lugar a la arbitrariedad jurídica y al abuso de derecho.

Para responder a todas estas interrogantes es fundamental la delimitación conceptual del principio del interés superior del niño al que se está refiriendo la Ley partiendo del menor como persona, como sujeto de derechos, como la mayor riqueza de nuestra sociedad y teniendo presente en todo momento la dignidad de cada persona por el mero hecho de serlo.

II.2.1 El principio del interés del menor en las normas de protección internacional de la infancia

La preocupación y atención de la Comunidad Internacional por aquellas cuestiones que afectan al desarrollo y el bienestar de los niños viene de antiguo y se manifiesta en los instrumentos políticos y jurídicos adoptados tanto en el ámbito universal como en el regional y tanto dentro del marco de las normas concernientes a la protección de los derechos humanos como en aquellos destinados específicamente a la protección de la infancia. Estos instrumentos, que cuentan con distinta fuerza de obligar debido a su diferente naturaleza jurídica, son muestra en todo caso del creciente interés por la defensa y promoción de la infancia.

En este contexto de la protección internacional de la infancia ha sido una constante, la aparición del principio del interés superior del niño, lo que se debe en gran parte a que éste ha sido durante mucho tiempo un elemento esencial en el Derecho de familia de muchos países, especialmente Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña, en este último país como consecuencia del desarrollo del Derecho de equidad aplicado a la protección de menores.

En las normas de ámbito universal sobre protección de derechos humanos, encontramos especiales referencias a la protección de los derechos de los niños, sin que podamos olvidar que los menores de edad son, ante todo, personas y por tanto han de aplicarse a los mismos también las disposiciones de protección a la persona de estos textos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobado el 10 de diciembre de 1948, contiene normas sobre la infancia y la familia, derecho a cuidados y asistencia especiales, filiación y educación⁸³. No se recoge explícitamente el principio del interés superior del niño pero sus artículos bien pueden haber servido de base en los desarrollos posteriores de los derechos de la infancia y en la plasmación de dicho principio. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la ONU el 16 de diciembre de 1966, tampoco recoge expresamente el principio del interés del

⁸³ Vid. Artículos 16.3, 25.2, 26.2 y 26.3

menor, pero, al igual que la declaración anterior recoge artículos concernientes a los menores de edad. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la misma fecha que el anterior, por el contrario sí hace una mención expresa al interés de los menores de edad en relación con la publicidad de las sentencias, sobre el tratamiento de menores procesados y delincuentes y principio de no discriminación y protección especial por su condición de menor»⁸⁴.

Además conviene reseñar que también en el ámbito universal se han ido celebrando una serie de Conferencias Internacionales en las que se han tratado cuestiones referentes a la infancia recogiendo expresamente el principio del interés del menor. Sin ánimo de ser exhaustivos podemos citar la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos⁸⁵, la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo⁸⁶ y la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social⁸⁷.

⁸⁴ Artículos 14.1, 10 y 24, respectivamente.

⁸⁵ Celebrada en Viena el 25 de junio de 1993, en cuya Declaración y Programa de Acción se declara: «... La no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados...» (I-21, párrafo primero).

⁸⁶ Celebrada en El Cairo, del 5 al 13 de septiembre de 1994, en cuya Declaración y Programa de Acción, se recoge el principio del interés superior del niño como principio por el que han de guiarse los encargados de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer lugar en los padres... (Cap. II, principio 10).

⁸⁷ Celebrada en Copenhague, del 6 al 12 de marzo de 1995. Compromiso Quinto. «f) Estableceremos políticas, objetivos y metas que aumenten la igualdad de condiciones, bienestar y oportunidades de las niñas, especialmente en lo que se refiere a la salud, la nutrición, la alfabetización y la educación, reconociendo que la discriminación por razón de sexo comienza en las primeras etapas de la vida...».

En cuanto al interés del menor en los instrumentos jurídicos de carácter internacional dirigidos a la protección de la infancia. Ya en la Declaración de los Derechos del Niño de 1924 su principio segundo establece que «la humanidad debe dar al niño lo mejor que tiene». Posteriormente la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 declara: «El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispuesto todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño⁸⁸»,

Hemos de destacar la Convención sobre los Derechos del Niño que es el instrumento jurídico de carácter general más relevante que ha sido adoptado para la protección internacional de la infancia. Con respecto al principio del interés superior del niño, la Convención lo recoge expresamente en varios artículos y en varios contextos e implícitamente en la generalidad de su articulado. En concreto, se utiliza en relación con la separación del niño del entorno familiar; en lo referente a la responsabilidad de los padres en cuanto a la crianza y el desarrollo del niño, en relación con la adopción y otras medidas similares; y en el contexto de la relación del niño con el sistema policial y judicial⁸⁹.

⁸⁸ Resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959 (principio segundo).

⁸⁹ Artículos 9.3, 18, 20.1, 21, 27.1, 37.c) y 40.2.b) iii).

Pero es en el artículo 3 donde aparece su formulación como principio general⁹⁰, disponiendo 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».

FERNÁNDEZ CASADO⁹¹ destaca la aplicación práctica de este principio si se pone en relación con el artículo 4 de la Convención. En dicho artículo se establece que los Estados adoptarán las medidas necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención, incluidas medidas económicas. De ahí que el interés superior del menor debe tener una primordial consideración a la hora de adscribir recursos por parte de los poderes públicos.

El hecho de que la CDN represente el punto de referencia imprescindible en el sistema de protección de los derechos de la infancia, no puede hacernos olvidar que han existido con anterioridad y que continúan desarrollándose mecanismos internacionales de protección de determinados derechos de los niños, en concreto en el ámbito laboral, conflictos armados,

⁹⁰ Sobre el proceso de elaboración de este artículo, *vid.* ALSTON, P. (ed), *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1994.

⁹¹ FERNÁNDEZ CASADO, M^a.D., «Una aproximación al principio del interés superior del menor», en *La protección jurídica del menor*, de la Asociación de Letrados de Andalucía, Comares, Granada, 1997, p. 250.

administración de justicia y protección del menor, relaciones paterno-filiales, sustracción internacional, adopción internacional, entre otros y el principio del interés superior del niño ha ocupado un papel preponderante en estos instrumentos sectoriales. No vamos a recoger exhaustivamente todos los textos existentes sino una pequeña selección que sirva como muestra significativa de la relevancia del principio estudiado.

En el ámbito de la protección de menores, el Convenio de La Haya sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores establece, atendiendo al interés del menor, una excepción a la regla general de atribución de competencia a las autoridades del lugar de residencia del menor y a la regla general de aplicación de su ley interna (art. 4)⁹². En materia de adopción internacional, el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional⁹³ tiene por objeto «establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional» (art. 1)⁹⁴.

⁹² Aprobado en La Haya el 5 de octubre de 1961, y ratificado por España el 29 de abril de 1987 (BOE de 20 de agosto).

⁹³ Aprobado en la Haya el 29 de mayo de 1993 y ratificado por España el 27 de marzo de 1997, entrando en vigor el 1 de noviembre de 1995 (BOE de 1 de agosto).

⁹⁴ Por esta razón, sólo pueden tener lugar las adopciones consideradas por el Convenio cuando las Autoridades competentes del Estado de origen han constatado, después de examinar adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño

La Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional⁹⁵, establece como prioridad de los Estados el bienestar de la familia y del niño y la correlación entre ellos, pues el bienestar de éste depende del bienestar de aquélla y su artículo 5 señala que los intereses de los niños y, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental en todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres.

En el ámbito de la administración de justicia y la protección del menor, de gran interés son las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) y las Reglas de las Naciones Unidas para la

(art. 4.b y, y en el mismo sentido, el art 16.1.d). En el caso de que la adopción deba tener lugar en el Estado de recepción tras el desplazamiento del niño y «la Autoridad Central de dicho Estado considera que el mantenimiento del niño en la familia de recepción ya no responde a su interés superior» se han de tomar las medidas necesarias para la protección del niño, especialmente para retirar al niño de la familia adoptante, asegurar sin demora una nueva adopción o en su defecto, una colocación alternativa de carácter duradero, consultándolo previamente al Estado de origen e informándole sobre los nuevos padres adoptivos. Como último recurso se devolverá el niño al Estado de origen «si así lo exige su interés». Para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta la opinión del menor, bien simplemente consultándole o siendo necesario su consentimiento, según su edad y grado de madurez (art. 21). Y «sólo podrá denegarse el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño» (art. 24).

⁹⁵ Resolución 41/85, de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986.

protección de los menores privados de libertad, pues han servido como referente en las reformas de nuestro ordenamiento jurídico en este ámbito⁹⁶

En este mismo sentido, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) recogen como principio y directriz de las políticas, medidas y programas preventivos de delincuencia juvenil la protección del bienestar, el desarrollo, los derechos y los intereses de todos los niños, los jóvenes y la familia⁹⁷.

En el ámbito regional europeo, debemos destacar en primer lugar las referencias al interés del menor en los instrumentos jurídicos adoptados por el Consejo de Europa.

El Consejo de Europa ha adoptado numerosos convenios relativos a la protección de los derechos humanos y cuyos contenidos contemplan la protección de la infancia. Algunos de ellos han sido ratificados por España, instrumentos de carácter general tales como el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales⁹⁸ y sus Protocolos

⁹⁶ Aprobadas por la Resolución 40/33 de la Asamblea General de 28 de noviembre de 1985 y la Resolución 45/113 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, respectivamente. Estos textos señalan que el sistema judicial de menores habrá de hacer hincapié, respetar y fomentar el bienestar físico y mental de los menores (Reglas n.º 5.1 y 10.3 de las Reglas de Beijing y la regla n.º I de las Reglas de 1990).

⁹⁷ Resolución 45/112 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990. Vid. concretamente, Principio 4, Principio 5.d, Directriz 11 y Directriz 12.

⁹⁸ Aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (BOE de 10 octubre de 1979).

adicionales y la Carta Social Europea⁹⁹ e instrumentos de ámbito sectorial como el Convenio Europeo sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia¹⁰⁰.

En el último de los mencionados los Estados firmantes parten de la consideración de que «la institución de medidas destinadas a facilitar el reconocimiento y la ejecución de resoluciones a la custodia de menores asegurará una mejor protección de los intereses de éstos últimos¹⁰¹».

También en el seno del Consejo de Europa, pero aún no ratificado por España, se aprobó el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños¹⁰², cuyo artículo 1 párrafo 2º dispone que «el objeto del presente Convenio es el de promover, en aras del interés superior de los niños, sus derechos, de concederles derechos procesales y facilitarles el ejercicio de esos derechos velando por que los niños, por sí mismos, o a través de personas u órganos, sean informados y autorizados para participar en los procedimientos que les afectan ante una autoridad judicial».

En el ámbito de los instrumentos jurídicos adoptados por la Unión Europea, desde la creación de las Comunidades Europeas

⁹⁹ Aprobada en Turín el 18 de octubre de 1961, ratificado por España el 29 de abril de 1980 (BOE de 26 agosto de 1980).

¹⁰⁰ Aprobado en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980, ratificado por España el 30 de mayo de 1984 (BOE de 1 septiembre).

¹⁰¹ Vid. también los arts. 5.1.b) y 10.1.b).

¹⁰² Aprobado en Estrasburgo el 25 de enero de 1996.

sus distintas instituciones han ido aprobando numerosos instrumentos de diversa naturaleza jurídica y diversa amplitud en la extensión de su objeto sobre los derechos humanos y sobre los derechos de los niños en particular, en los cuales el principio del interés superior del niño es frecuentemente utilizado.

En esta evolución ha consistido un hito la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁰³ pues recoge en un único texto, por primera vez en la historia de la Unión Europea, el conjunto de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos y de todas las personas que viven en el territorio de la Unión. La Carta recoge artículos concernientes a los menores de edad y con relación al interés del menor establece en el artículo 24: «1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una

¹⁰³ Aprobada por los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo de Ministros y de la Comisión el 7 de diciembre de 2000 con ocasión del Consejo Europeo de Niza y publicada en el DOCE el 28 de diciembre de 2000. El texto íntegro de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea se convirtió en la Parte II del proyecto de Constitución Europea que finalmente no ha podido ver la luz ante la falta de ratificación por Francia y los Países Bajos. Tras el Tratado de Lisboa (aprobado el 13 de diciembre de 2007. DOCE núm. C 306, de 17 de diciembre de 2007), cuya entrada en vigor está prevista para el 1 de enero de 2009, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se ha convertido en jurídicamente vinculante al mismo nivel que el derecho originario de la Unión (art. 6 del Tratado de Lisboa).

consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses».

Asimismo el interés superior del menor ha sido profusamente tenido en cuenta en el Reglamento dictado por el Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes¹⁰⁴.

Por último hay que reseñar que el Parlamento Europeo ha venido desarrollando una amplia actividad en el marco de la protección de menores y son muy abundantes las resoluciones dictadas, entre ellas la Carta Europea de los Derechos del Niño¹⁰⁵, que a los efectos que aquí nos interesan, establece en su artículo 8.14, que «Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan

¹⁰⁴ Reglamento 1347/2000/CE del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. Es indudable la importancia de este instrumento dada la naturaleza jurídica del mismo y de ahí su aplicación inmediata en todos los países de la Unión. Supone un avance en la deseable protección europea de la familia y de los menores de edad. La consideración explícita de este principio dentro del Reglamento se encuentra además en la regulación de la competencia judicial y de los motivos por los que se puede denegar el reconocimiento de las resoluciones sobre responsabilidad parental.

¹⁰⁵ Aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución A 3-0172/1992, de 8 de julio.

en todas las decisiones que le afecten. (...) En la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el Ministerio Fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos e intereses del niño».

II.2.2 El principio del interés superior del menor en el ordenamiento español

Destaca RIVERO HERNÁNDEZ¹⁰⁶ que «del interés del menor o del *favor minoris* como principio jurídico general no hace mucho que se habla en el Derecho privado español (...)», y tal afirmación podemos hacerla extensiva a todas las ramas del ordenamiento.

Ya antes de la firma de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución Española, al enumerar en el capítulo III, Título I, los principios rectores de la política social y económica, hace mención, en primer lugar, a la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, con carácter singular, la de los menores.

El principio del interés superior del menor tiene un claro reflejo en la legislación estatal, tanto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁰⁷, en el Código Civil¹⁰⁸, la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁰⁹,

¹⁰⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 23 ss.

¹⁰⁷ Artículos 455.2, 713.2, 448.3 y 707.2.

¹⁰⁸ El Código Civil hace referencia a este principio en determinadas situaciones derivadas especialmente de la necesidad de amparar al menor. Sin ánimo de ser exhaustivo podemos citar algunas referencias al interés del menor. En materia de nacionalidad la declaración de opción por la nacionalidad española se podrá formular por el representante legal del optante, menor de catorce años o incapacitado. Pero en este caso la opción requiere autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante previo dictamen del Ministerio Fiscal, «dicha autorización se concede en interés del menor o incapaz» [art. 20.2.a) CC]. Con relación a los efectos de la nulidad, separación o divorcio, «La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos» (art. 92.1), además «El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos», e incluso cuando no se den los supuestos necesarios para establecer la guarda conjunta de los dos padres «el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor».

Además una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, «podrá determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez» (art. 103.1).

En lo concerniente a las relaciones paterno-filiales se prescribe que «...la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y de conformidad con su integridad física y psicológica...» y « si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad» (arts. 154 y 159. *Vid.* también, art. 156). Tratándose de menor acogido y al referirse a la posibilidad de visita de los padres señala que «podrá ser suspendido por el Juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor» (art. 161). En el supuesto que se haya privado de la patria potestad a los padres, «los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación» (art. 170.2).

Con respecto a otras figuras de protección de menores, adopción, acogimiento, tutela y guarda, son constantes las referencias al interés del menor. Así al referirse al acogimiento de menores establece que «se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona» (art. 172.4). También establece que podrá cesar el acogimiento «por decisión de la entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor, cuando lo considere necesario para salvaguardar

de 7 de enero de 2000, La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores¹¹⁰, y fundamentalmente la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

el interés de éste oídos los acogedores» (art. 173.4 *in fine*). En lo referente a la adopción señala que «la adopción se constituye por resolución judicial que tendrá en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad» (art. (176.1) y que el Juez sólo podrá acordar la extinción de la adopción cuando la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor (art. 180.2). En la determinación de cuáles han de ser las normas que han de aplicarse en la adopción internacional también se tendrá en cuenta el interés del adoptando (art. 9.5). Con relación a la tutela el Código Civil señala que «las funciones tutelares... se ejercerán en beneficio del tutelado». Deberá tenerse en cuenta el interés del menor a la hora de nombrar la persona idónea para ejercer el cargo de tutor (arts. 234.2, 235, 239, 245, 246). Con respecto a la guarda de hecho, «los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad» (art. 304).

¹⁰⁹ Recoge expresamente el interés del menor en la regulación del proceso de separación o divorcio matrimonial de mutuo acuerdo (art. 777.8). El Tribunal es el garante de que el convenio no perjudique el interés de los hijos. Para ello contará con la asistencia del Ministerio Fiscal y deberá oír a los propios hijos, si reúnen los requisitos fijados por la ley.

¹¹⁰ En la Exposición de Motivos se manifiesta que «en el Derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor». Y añade que dicho interés ha de ser valorado «con criterios técnicos y no formalistas por equipos profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas». Se intenta conjugar el interés del menor con el interés propio del perjudicado o víctima del hecho cometido por el menor con un procedimiento singular y amplio derecho de participación a las víctimas, «pero de carácter limitado, ya que respecto de los menores no cabe reconocer a los particulares el derecho a constituirse propiamente en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales... porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor». Con arreglo al art. 6, «Corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento». Y el artículo 23.1 establece que «La actuación instructora del Ministerio Fiscal tendrá como objeto, tanto valorar la participación del menor en los hechos para expresar el reproche que merece su conducta, como proponer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor y, sobre todo, al interés del propio menor valorado en la causa». La ley establece una serie de medidas aplicables al menor infractor con un contenido sancionador y

Esta última, en el marco del Título I «De los derechos de los menores», y dentro del Capítulo I, «Ámbito y principios generales», dispone entre los principios generales a que se refiere su artículo 2 que «en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Además. La supremacía del interés del menor aparece también en el artículo 11 entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos. Obviamente, todas las medidas protectoras que se incluyen en la LOPJM a las que nos referiremos más adelante (declaración de riesgo o desamparo, tutela *ex lege*, acogimiento y guarda administrativa...), tienen como finalidad y guía el interés superior del menor.

En cuanto a la legislación autonómica, las distintas leyes de protección del menor recogen en su articulado de forma explícita entre sus principios rectores el interés superior del menor. En concreto, la Ley 1/1998, de 20 de abril, de Derechos y atención al menor en Andalucía (art. 19.1); Ley 12/2001, de 2 de julio, de protección de la infancia y la adolescencia en Aragón (arts. 3.3.a y 4); Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores, del Principado de Asturias (art. 2); Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y los derechos de la infancia y la

educativo. El Juez ha de tener en cuenta el principio del interés superior del menor en el momento de determinar cuál va a imponer o su modificación, dadas las circunstancias del caso concreto y la evolución del sancionado durante la ejecución de la medida.

adolescencia de las Islas Baleares (arts. 5, 66, 87, 88, 103); Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores en las Islas Canarias (art. 4.2.a); Ley 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia de Cantabria (art. 4.1); Ley 3/1999, de 31 de marzo, de menores, de Castilla La-Mancha (art. 4.1.a); Ley 14/2002, de 25 de julio de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León (art. 4.a); Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción en Cataluña (art. 5.1) y Ley 8/1995, de 27 julio, de atención y protección de niños y adolescentes de la Comunidad autónoma de Cataluña (art. 3); Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores de Extremadura (art. 3); Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia (art. 3.3); Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid (artículos 1 y 3); Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia (art. 4); Ley Foral 15/2005, de 5 diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra (art. 3.a); Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia en el País Vasco (art. 4 «principio inspirador básico»); Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de la Rioja (arts. 4 y 102); y la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Infancia de la Comunidad valenciana (art. 28, respecto de la adopción).

II.2.3 La problemática del interés del menor como concepto jurídico indeterminado

De la exploración de las normas nacionales e internacionales anteriormente realizada podemos deducir que el interés del menor ha pasado de ser un principio presente implícitamente en muchas leyes y decisiones judiciales a ser una realidad contemplada expresamente, basándose en una concepción del Derecho eminentemente finalista y en aras de la claridad y la seguridad.

El interés superior del niño se convierte así en uno de los puntos fundamentales del nuevo sistema de protección de los menores y obliga a fijar la atención en la situación jurídica del niño como persona digna de protección especial. En nuestro sistema jurídico aparece recogido unas veces como mandato y expresión concreta de las normas para supuestos específicos y otras como principio general.

La formulación jurídica del interés superior del niño supone la constatación de un principio general del Derecho de menores y de ahí que sea un instrumento informador, de integración y de interpretación tanto de las normas e instituciones en que ese interés aparece tipificado como en las situaciones y relaciones de la vida corriente afectadas, tanto para detectar conflictos como en la solución de problemas en que resulta implicado ese interés.

En cuanto elemento de interpretación, este principio debe fijar el auténtico sentido de las normas sobre menores y reconducir el contenido de las mismas a lo que sea más conveniente para el niño. Por tanto este principio hace posible y reclama interpretaciones de carácter finalista, de carácter sociológico y también contextual. De otro lado la unidad del sistema del Derecho de menores obliga a suplir los vacíos y deficiencias de las normas con los propios principios que las informan. Así el principio del interés del menor como elemento integrador debe servir de elemento auxiliar para indagar y esclarecer los principios del Derecho de menores vigente y, en segundo término, de elemento complementario para suplir sus lagunas cuando se agote la potencia normativa del sistema jurídico positivo.

El principio del interés del menor, en cuanto principio general, tiene una configuración necesariamente genérica y abierta, lo que posibilita su aplicación a las diversas situaciones jurídicas y sociales que se planteen como consecuencia de la variada realidad social que de antemano no se puede prever totalmente y a los cambios que vayan produciéndose con el correr de los tiempos. Pero asimismo su naturaleza genérica exigirá la determinación de criterios de referencia lo más universales posibles a la hora de tomar una medida concreta relacionada con el menor que conlleve a lograr lo que a éste más le beneficia (física, moral e intelectualmente); en tanto que, ya en función del caso concreto y de los elementos específicos que éste aporte, la

solución será la más adecuada a las circunstancias del momento y a la luz de la normativa aplicable.

El interés del menor se nos presenta como una de las bases en las que se sustenta y a partir de la que se construye, o debería construirse, la legislación de protección de menores, por tanto debe operar en todos los casos donde se halle involucrado un menor y el Derecho ha de desarrollar todos los mecanismos para que ese interés se garantice efectivamente. Pero al mismo tiempo encontramos el principio en las referencias de las normas a supuestos concretos, en estos casos la dificultad también radica en determinar cuáles son las notas definidoras del mismo pues estamos ante un concepto jurídico indeterminado que resulta necesario precisar en cada situación.

La ley se refiere a veces a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud dado que no lo puede hacer inicialmente¹¹¹. El legislador no puede prever de antemano todas las

¹¹¹ Manifiesta DAGNINO que «al estudiar qué deba entenderse por interés del menor, ninguna ley lo dice, ni podrá hacerlo satisfactoriamente, habida cuenta de que toda previsión a priori podría pecar por exceso o por defecto. y que el interés del menor, globalmente considerado es la síntesis lógica de una amplia gama de componentes objetivos y subjetivos, variables según las más diversas modalidades y circunstancias, y de ahí relativo, entendida como realidad que necesita de concreción con relación a las circunstancias contextuales en las que aparece». Este mismo autor hace referencia a un interés objetivo del menor. que se refiere a toda o cualquier utilidad *pro tempore* y *pro loco* considerada y un interés en sentido subjetivo, comprensivo de toda ventaja que responda a la inclinación natural y a las aspiraciones del mismo que incremente su capacidad y sus aptitudes humanas en todos los órdenes (Citado por RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 70).

peculiaridades de la realidad y por ello a menudo recurre a conceptos indeterminados.

Estos conceptos jurídicos indeterminados, o que se contienen en lo que también se llaman las normas flexibles, son consustanciales a toda la técnica jurídica. El estándar de conducta del buen padre de familia, la buena fe, el orden público o las buenas costumbres como límite de la autonomía de la voluntad, o simplemente los conceptos de fidelidad, respeto, fuerza irresistible, ejemplo corruptor, etc., todos estos conceptos (unos, conceptos de valor; otros, conceptos de experiencia), son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata. No obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación; pero al estar refiriéndose a supuestos concretos la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución. Según GARCÍA DE ENTERRÍA¹¹²

¹¹² Tanto los conceptos jurídicos indeterminados como la potestad discrecional constituyen el ejercicio de una habilitación legal, y por ende se encuentran sujetos al principio de legalidad por lo que en ambas se mantiene la proscripción de la arbitrariedad; sin embargo, existen sustanciales diferencias entre ambos, en el sentido que en ejercicio de una potestad discrecional la Administración puede optar por diversas soluciones justas, y en el ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados sólo una única solución será la justa, por lo cual no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad, sino un proceso de juicio o estimación, proceso en definitiva reglado porque no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades

«Hay una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio».

La doctrina alemana y la española que han estudiado el concepto jurídico indeterminado, distinguen, en su estructura, y para entenderlo mejor: a) un núcleo fijo, «zona de certeza positiva», configurado por unos datos seguros a modo de presupuesto o condicionamiento inicial mínimo; b) una «zona de certeza negativa», igualmente segura en el sentido de que a partir de ahí desaparece el valor implícito en el concepto (en nuestro caso, deja de haber «interés del menor»: por ejemplo, un niño nacido con droga en sangre debe ser apartado de su madre); y c) una zona intermedia, de variación o incertidumbre, donde caben opciones varias dentro de los «márgenes de apreciación» (por ejemplo, cabría confiar la guarda del menor a su padre o madre si tienen buenas condiciones para atenderlo), zona que requiere de una estimación o juicio de valor o atendiendo a máximas de experiencia¹¹³.

discrecionales. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 33 y ss; en el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Civitas, Madrid, 2004 (12ª Edición), pp. 443 y ss.

¹¹³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., cit., p. 192.

La existencia de estos conceptos exige una doble labor en la aplicación de los mismos: precisar el significado y contenido del concepto y luego, comprobar en qué situación y circunstancias concretas de las posibles se da el valor que ha pretendido captar la norma (lo que más conviene a un niño determinado) y sobre todo va a dar relevancia inusitada a los datos y circunstancias del caso concreto, porque éstos son los que van a permitir encontrar la solución dentro del ámbito de apreciación o zona de variabilidad del concepto jurídico indeterminado¹¹⁴.

Es posible una fiscalización jurisdiccional de los conceptos jurídicos indeterminados. La cuestión se complica por la necesidad de reservar a la autoridad que aplica un concepto jurídico indeterminado el llamado «margen de apreciación», esto es, el halo del concepto por diferencia de su núcleo fijo, que en todo caso es un margen cognoscitivo y no volitivo; y este margen será mayor o menor ordinariamente según la posibilidad o no de aportar o representar ante el Tribunal la totalidad de los elementos de hecho que la autoridad que aplicó el concepto tuvo en cuenta¹¹⁵.

Por todo ello habrá que hacer también un doble esfuerzo en delimitar los elementos del concepto, el núcleo fijo, así como la

¹¹⁴ MARTÍN GONZÁLEZ, M., «El grado de indeterminación legal de los conceptos jurídicos», RAP, núm. 54, 1967, pp. 195 ss; FERNÁNDEZ, T.R., «Arbitrariedad y discrecionalidad», *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, tomo III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2298-2300.

¹¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1983, p. 38.

zona invariable del concepto a través de criterios de experiencia y de valor y, en este caso, como de lo que se trata es de averiguar lo que más conviene al niño, se deberá contar con la inestimable ayuda de las ciencias que estudian específicamente esta etapa de la vida del ser humano. Asimismo se deberá exigir un esfuerzo a los que aplican este principio de análisis completo de toda la realidad que rodea al menor para que la solución encontrada sea efectivamente lo que más le conviene al menor.

Por todas las dificultades de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados muchos autores han manifestado dudas acerca de la virtualidad práctica del principio del interés superior del niño. Algunos han sugerido que el principio plantea más preguntas que respuestas y que podría ser contraproducente en algunos aspectos¹¹⁶.

¹¹⁶ Recoge RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, pp. 52 ss., opiniones críticas a este principio de diversos autores. Así VAN BUEREN dice que detrás del interés del menor se esconden a veces ideas, concepciones, intereses muy variados, sutiles unos, egoístas otros. Otros autores contemplan la cuestión con perplejidad y cierto escepticismo. CARBONNIER y SAVATIER, por ejemplo, lo critican por su relativismo. S. PARKER destaca su indeterminación y cómo sus conclusiones dependen en buena medida de ciertas convenciones aceptadas socialmente, así como que lo que legitima algunas soluciones y prácticas en unas culturas es considerado perjudicial para los menores en otras. C. SCHNEIDER atenúa esa crítica diciendo que tal indeterminación queda reducida en la práctica porque las aplicaciones del principio están muy influidas por estándares sociales y convenciones o interpretaciones construidas por quienes manejan aquellos principios y reglas, por tanto corre el peligro del subjetivismo. R. MNOOKIN decía, a propósito de la indeterminación, que las predicciones de los efectos de decisiones actuales en el futuro de un niño eran necesariamente especulativas y que, aunque no lo fueran, no hay consenso acerca del valor inherente a una elección determinada entre las opciones posibles, lo que hace a ese principio inapropiado como básico para la protección del menor, y propuso reemplazar en parte ese principio clásico en los ordenamientos anglosajones por dos re-

En la legislación y la jurisprudencia, para intentar determinar en qué consiste el interés del menor se han seguido dos sistemas, bien el de identificarlo por medio de una lista de criterios legales con el objeto de proporcionar unas pautas a seguir en las decisiones donde deba entrar en juego el principio¹¹⁷, bien a través de un principio general.

Este último es el sistema español donde el legislador abunda escasamente en el contenido del principio, siendo los Tribunales, quienes poco a poco y atendiendo al caso en concreto van desarrollando una serie de criterios. Las pautas y criterios han de apoyarse en la consideración del menor de edad como persona y ciudadano y, en cuanto tal, han de serle reconocidos y garantizados sus derechos fundamentales, su dignidad, el respeto

glas: no deber a tomarse ninguna decisión que ponga en peligro inmediato y sustancial la salud física o psíquica del menor, y que en caso de disputa entre los padres los Tribunales deberán preferir al adulto que tiene una relación psicológica con el niño próxima a la perspectiva de éste. BROMLEYLOWE subrayan la excesiva apertura e indeterminación, lo que hace inevitable que a la hora de su aplicación las decisiones concretas se basen en buena medida en las convicciones y predilecciones personales de los Jueces. En sentido parecido, L. DÍEZ-PICAZO subraya la ambigüedad de los conceptos y cláusulas generales, y que sólo la casuística puede ir perfilando las líneas del dibujo. Otra de las críticas que se ha hecho es que como estamos ante un concepto jurídico indeterminado, abierto, y general, es relevante la participación de la persona que lo va a aplicar. Estas características hacen que en su aplicación e interpretación se corra el riesgo de la arbitrariedad. Se corre el riesgo de que se aplique más que criterios generales o sociales, criterios personales basados en las convicciones ideológicas, sociales. culturales de quien toma la decisión (representante, Juez, padre) en nombre y en interés del menor. También se ha dicho que esas decisiones son adoptadas por los adultos y para los adultos, y por ello en atención a lo que para un adulto es normal, por ejemplo en materia de educación.

¹¹⁷ Este es el método seguido por Estados Unidos en la Children Act de 1989.

al libre desarrollo de su personalidad, teniéndose en cuenta sus necesidades particulares¹¹⁸.

No podemos olvidarnos de que para determinar lo que es lo mejor para un niño hay que acercarse a disciplinas como la Psicología evolutiva, la Psicopedagogía, entre otras, para concretar las circunstancias que se consideran óptimas para el desarrollo del niño, tales como el hecho de que un niño necesita seguridad y estabilidad, o preservar su integridad física y moral, etc.

Los criterios a seguir para tomar la decisión que más se adecue al interés del menor pueden relacionarse con sus derechos fundamentales, con las necesidades derivadas de su

¹¹⁸ La consideración de menor de edad es una creación del Derecho positivo en aras de la seguridad jurídica, una categoría que en principio excluye particularizaciones. La necesidad de marcar algunas referencias válidas generales ha llevado a los juristas a elaborar las figuras de la mayoría y minoría de edad. Para el Derecho es menor tanto el niño de tres meses como el joven de quince años. Evidentemente los intereses y necesidades de uno y otro son muy diferentes. Por ello se ha llegado a concluir que no hay menor, sino menores de edad y esto es muy importante para atender correctamente al interés del menor. Si el niño de pocos años, por su vulnerabilidad y sus necesidades de toda índole, requiere especial atención frente a terceros y precisa de alguien que se ocupe de él material, moral y psíquicamente, y por ello su capacidad de actuar es casi nula, por lo que la ley la trasfiere íntegramente a otra persona (dependencia total); el menor-adolescente, en cambio, va desarrollando las aptitudes físicas y psíquicas, cognoscitivas y afectivas básicas de su personalidad, y es capaz de formarse progresivamente ideas y voliciones que dan cierta posibilidad de comprensión y elección y le permiten tomar conscientemente algunas decisiones, lo que le confiere una autonomía vital. Por todo lo anterior, no se deberían fijar criterios jurídicos rígidos, sino de establecer referencias útiles y reales para la determinación del interés del menor. Esta complejidad no es artificial, sino que deriva de la propia complejidad de lo humano.

desarrollo físico y espiritual, con su autonomía¹¹⁹ o con sus características y circunstancias personales.

Respecto de sus deberá atenderse tanto las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación...), al mismo tiempo que las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación (afectivas, educacionales, etc. Si entran en conflicto deben predominar las necesidades espirituales (equilibrio psíquico y afectivo, sobre todo) sobre las materiales, aunque en todo caso hay que asegurar un mínimo en las necesidades materiales. Se atenderá tanto las necesidades presentes como futuras. Debe conseguirse un equilibrio entre ellas. Se deberá proveer en primer lugar a sus problemas inmediatos y más graves (salud, riesgo de malos tratos, peligros morales...) para atender luego los otros, si no es posible encontrar una solución conjunta de todos ellos. Es importante mantener la estabilidad y paz física y psíquica del niño como requisitos importantes para su desarrollo. La autonomía del menor, incipiente en edades tempranas, se va desarrollando al relacionarse con otras personas, lo que le da seguridad y autoafirmación de su personalidad.

¹¹⁹ La protección y promoción del niño ha de dirigirse, entre otras cosas, a la consecución de su autonomía, la adquisición de la conciencia de sí mismo y de su entorno social, el conocimiento de sus derechos y obligaciones que le capacitan para el ejercicio de su libertad responsable. Con ello se ponen las bases para la «autodeterminación consciente y responsable de la propia vida» a la que se refiere el Tribunal Constitucional en su Sentencia 53/1985, de 11 de abril.

En cuanto a las características del propio menor, habrán de tomarse en consideración la edad, discernimiento, madurez, capacidad intelectual, caracteres emocionales, etc.; todas las circunstancias que le rodean, personales, sociales, escolares, experiencias pasadas, deseos y aspiraciones...; la situación y características de los padres o de las personas que deban atender a las necesidades del menor; circunstancias materiales, geográficas, carácter, capacidad para asumir responsabilidades con el menor, entorno material y emocional que ofrece al menor, condiciones de la persona con quien se relacione el progenitor y su repercusión en el menor, su deseo y voluntad en relación con el menor; la interrelación del niño con sus padres, hermanos y cualquier otra persona que pueda afectar señaladamente al interés del menor.

II.3 La audiencia del menor y la obligación de escucharlo en todas las decisiones que le afecten

La condición de personas en desarrollo que adquieren de forma progresiva plena capacidad para actuar todos sus derechos que tienen los menores está estrechamente vinculada con el derecho que el propio ordenamiento les reconoce a ser escuchados para adoptar cualquier decisión que les afecte.

En este sentido se refiere la Exposición de Motivos de la LOPJM a los menores de edad «como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad».

Este es uno de los aspectos más importantes en los que se ha avanzado en la consideración de los menores de edad, el hecho de que su opinión cuente, de que sea escuchada, y la necesidad de otorgar al menor la autonomía más amplia acorde con su edad y grado de madurez. Como expone SAN ANDRÉS DÍEZ¹²⁰ Etimológicamente, infancia significa «el que no tiene

¹²⁰ SAN ANDRÉS DÍEZ, R., «Participación de los niños y las niñas en la sociedad: un derecho, un deber, un valor a educar», en *La protección de los menores*.

habla», y responde a como 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, futuros soldados, ciudadanos por educar, o instrumentos de trabajo al servicio del desarrollo industrial. Es necesario cambiar definitivamente esa concepción y darles la oportunidad de participar a todos los niveles y de expresar su opinión en las cuestiones que les afectan directamente.

La Convención sobre los Derechos del Niño, recoge en su artículo 12 este principio, cuando dice que «1. Los estados partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en *todo procedimiento* judicial o *administrativo* que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional»¹²¹.

Tanto la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, como las diversas leyes autonómicas sobre protección de menores, reconocen expresamente el derecho de los

Derechos y recursos para su atención, AAVV, MARTÍN LÓPEZ, T. (coord.), Civitas, Madrid, 2001, p. 97.

¹²¹ Se reconoce también este derecho por el art. 8.14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992.

menores a ser escuchados en todos los procedimientos que conduzcan a una decisión que les afecte.

El artículo 9.1 de la citada ley orgánica establece que «el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social». El propio precepto añade en el apartado 3 que «cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos». Este precepto tiene carácter de ley orgánica y, como vemos, no establece límite alguno para el ejercicio del derecho del menor a ser escuchado y la consiguiente obligación de las administraciones públicas de darle audiencia en los procedimientos tramitados para adoptar una decisión que le afecte.

A esta ausencia de límites mínimos de edad se refiere el Tribunal Constitucional en su Sentencia 152/2005, de 6 de junio, un caso de separación matrimonial en que otorga el amparo al padre de dos menores cuya custodia fue atribuida a la madre, retrotrayendo el procedimiento hasta el momento en que debió ser oído el menor, y añadiendo además, que dado que el otro menor había alcanzado ya la edad suficiente, debía ser oído también. El Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia afirma que *«Nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con nueve años de edad, en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente*

para ser explorado por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído que el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente citada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor). La Sala de la Audiencia Provincial de Sevilla debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que, por este motivo, debe apreciarse ya la vulneración del art. 24.1 CE¹²²».

El derecho a ser oído del menor se recoge también de forma expresa, y en ocasiones con bastante detalle en las leyes

¹²² En el mismo sentido se pronuncia la STC 221/2002, de 25 de noviembre, en su Fundamento jurídico 5, estimando que el menor tenía ya juicio suficiente y que la falta de audiencia suponía vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Más explícita aún es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 10 de abril de 2002, en la que el Tribunal afirma que «conforme al artículo 9 de la L.O. 1/1996, de protección jurídica del menor, éste tiene derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social, y ello sin la limitación establecida en el Código civil relativa a la obligatoria audiencia de los menores una vez superados los doce años». La falta de audiencia, como advierte el propio Tribunal, podría dar lugar a la nulidad del procedimiento, como ocurre en las dos Sentencias del TC analizadas.

autonómicas referidas a la protección de menores. El art. 14 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de Derechos y atención al menor en Andalucía, establece que las Administraciones Públicas de Andalucía garantizarán «que el menor que se vea incurso en un procedimiento administrativo que pueda afectar a su esfera personal, familiar o social sea oído en el mismo en la forma legalmente establecida, sin perjuicio de recabarse su consentimiento si fuere necesario». Añade que la Administración autonómica promoverá a la efectividad del Derecho en el ámbito familiar y en los procedimientos judiciales.

Se refiere este precepto *in fine*, a condiciones en las que debe desarrollarse el derecho a ser oído para ser efectivo y verdaderamente dirigido al respeto del interés del menor. Los principios conforme a los que debe aplicarse este derecho, cuyo cumplimiento deben también garantizar las Administraciones públicas (se refiere aquí a la andaluza pero entendemos que debe aplicarse a todas), son los de discreción, intimidad, seguridad y ausencia de presión.

El art. 16.3 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco, añade que en los procedimientos directos con las personas menores de edad se utilice un idioma que entiendan y un lenguaje adaptado a su capacidad de entendimiento. Otras normas autonómicas establecen la garantía de que la audiencia del menor se realice sin la presencia de sus padres, tutores o guardadores, cuando sea

preciso por motivos de urgencia o conflicto de intereses con aquéllos¹²³.

Otras normas autonómicas realizan también aportaciones relevantes en cuanto al derecho a ser oídos de los menores. El art. 13.1 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de protección de la infancia y la adolescencia, dispone que los niños y adolescentes tienen derecho a ser escuchados «además de en los supuestos previstos legalmente» e «independientemente de sus posibilidades de comunicación», tanto en el ámbito familiar como en todo procedimiento en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que les afecte en la esfera personal, familiar o social. En los procedimientos, añade, «los menores serán escuchados en comparecencia realizada de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo» y en las condiciones aludidas de discreción, intimidad, seguridad y ausencia de presión.

Se garantiza además (art. 13.2), 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. La figura del representante, suscita ciertas dudas, pues si tiene suficiente juicio para nombrar un representante, lo lógico es que sea escuchado el propio menor. Por otra parte, el representante

¹²³ Así el art. 22.2 de la Ley Foral 15/2005, de Navarra, el art. 15.2 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, de menores, de Castilla La-Mancha, o el art. 25.2 de la Ley 14/2002, de 25 de julio de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León.

deberá ser alguien cuyo interés no pueda encontrarse contrapuesto con el del menor, y cuya propia opinión no deba ser oída preceptivamente en el procedimiento (en un procedimiento de declaración de desamparo que puede privar a los padres del menor, es claro que estos no pueden representarlo en el momento de ser oído).

A este supuesto se refiere el apartado 3 del art. 13 de la Ley 12/2001 de Aragón. Cuando la designación de otra persona que le represente no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión a través de las personas que le representen legalmente o asistan, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o, en su caso, a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente. Hemos de suponer que la alusión a que «no sea posible designar persona que lo represente» se refiere a circunstancias como edades muy tempranas u otros motivos de falta de capacidad, pero hemos de destacar que también en estos casos se intenta que el menor vea representado su interés.

En su cuarto y último apartado añade el art. 13 la posibilidad de denegar la audiencia cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente o asista. Pese a que se exige que dicha denegación sea motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a los afectados, resulta sin duda contraproducente reconocer un derecho para añadir a continuación que puede denegarse, sobre todo respecto del propio

menor¹²⁴. En el caso de persona que le represente, podría fundarse la denegación en una contraposición de los intereses del representante y del propio menor, pero no encontramos justificación alguna para denegar la audiencia al menor, independientemente de que en determinadas circunstancias (que sufra un trastorno mental, desequilibrio emocional, estado de alteración, etc.), su testimonio pueda ser tenido en mayor o menor consideración por los órganos administrativos o judiciales que deben tomar una decisión que le afecta.

La mayoría de las leyes autonómicas no establecen los doce años de edad como límite a partir del cual el menor debe ser oído preceptivamente en la toma de decisiones que le afecten¹²⁵,

¹²⁴ Nos surge la duda, en los casos en que la Administración deniegue la audiencia al menor o al representante que haya designado, a cerca de cuál sea el procedimiento para poder reclamar ante tal denegación. Únicamente se pronuncia a este respecto la Ley Foral 15/2005, de 5 diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, que dispone que podrán ejercerse las acciones correspondientes ante la Jurisdicción Civil competente sin necesidad de recurso administrativo previo.

¹²⁵ Sigue este criterio el art. 11 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores, del Principado de Asturias, disponiendo que «ante cualquier actuación protectora, la Administración del Principado de Asturias y las instituciones colaboradoras de integración familiar que se reconozcan, quedarán obligadas a prestar audiencia al objeto de recabar la opinión del menor que tuviese doce años cumplidos, o que aun teniendo edad inferior dispusiese del suficiente juicio»; la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección del menor de la Rioja, se refiere en su art. 14 al derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como «en cualquier procedimiento administrativo que pueda afectar a su esfera personal, familiar y social se realizará de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, y se velará por que el menor no esté sometido a presión alguna»; y entre los principios de actuación de las Administraciones Públicas 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 (art. 3.b), se establece, el deber de «Velar por el pleno ejercicio de los derechos subjetivos del menor y en todo caso el derecho a ser

siguen de este modo el criterio del art. 9 de la LOPJM en lugar del establecido con carácter general en el Código civil en todos aquellos preceptos referidos a la necesidad de oír al menor cuando se discute el otorgamiento de su patria potestad, su tutela, acogimiento o adopción¹²⁶. El Código civil supone que a partir de esa edad el menor tiene capacidad y entendimiento suficiente como para expresar una opinión que pueda ser tenida en cuenta, lo que motiva que sea oído también el menor de edad inferior a los doce años si se estima que tiene suficiente juicio.

oído en cuantas decisiones le incumben, en los términos establecidos en el Código Civil».

No hacen referencia a la edad al proclamar el derecho a ser oídos de los menores el art. 15 de la Ley 7/1999, de Cantabria; el art. 22 de la Ley Foral 15/2005, de Navarra; el art. 14 de la Ley 1/2006, del menor de la Rioja; el art. 16 de la Ley 3/2005, del País Vasco; el art. 15 de la Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha; el art. 25 de la Ley 24/2002 de Castilla y León; o el art. 11.3 de la Ley 8/1995 de Cataluña.

¹²⁶ En este sentido, el artículo 92 del Código civil, dispone que en los procedimientos de separación, nulidad matrimonial y divorcio «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». El art. 156, en el caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad de los padres (siendo conjunta) «cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre». Cuando los padres viven separados, el art. 159 CC determina que si estos no decidieren de común acuerdo, «el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oírán, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años». En la formalización del acogimiento familiar, el art. 173.2, el menor deberá consentir si tuviera doce años cumplidos (este es el único caso en que no se refiere a la necesidad de prestar consentimiento del menor de inferior edad que tenga juicio suficiente). En el caso de la adopción, el art. 177 dispone que el niño mayor de doce años debe consentir la adopción, y únicamente ser oído por el Juez si es menor de esa edad y tiene suficiente juicio. El art. 231 también establece la obligación del Juez de dar audiencia al tutelado si tuviese suficiente juicio y en todo caso si fuese mayor de doce años antes de constituir la tutela, y también deberá oírlo «si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno», a la hora de aprobar determinados actos del tutor.

En la organización administrativa dirigida a la protección del menor encontramos también supuestos de órganos creados expresamente para tener en cuenta la opinión de los menores y asegurar su participación en las actuaciones dirigidas a un desarrollo más completo y una mejor defensa de sus derechos¹²⁷.

Debe tenerse en cuenta que las administraciones públicas que tramitan un concreto procedimiento administrativo deberán dar audiencia a todos los interesados, también cuando éstos sean menores, al efecto de que éstos puedan examinar el expediente y realizar las alegaciones que estimen convenientes¹²⁸. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), también reconoce capacidad de obrar ante las administraciones públicas a «los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela» (artículo 30). Ahora bien, teniendo en cuenta las particulares características de estas personas, deberán ser especialmente informados y

¹²⁷ Así, la Ley 18/1999, de 29 de abril, reguladora de los Consejos de Atención a la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid, en su art. 14 crea la Comisión de Participación de la Infancia y la Adolescencia, que «se constituye carácter obligatorio y permanente en todos los Consejos Locales, como órgano de participación de los menores residentes en el ámbito territorial del mismo, la Comisión de Participación, con objeto de articular el conocimiento directo sobre los intereses y las necesidades de los menores».

¹²⁸ Artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

asesorados acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan y de los derechos que les asisten [artículo 35.g) de la LRJPAC].

Es importante destacar el derecho de los menores a ser escuchados ya que en muchos casos la instrucción del procedimiento administrativo en materia de protección de menores esta encomendada a profesionales de áreas no jurídicas que desconocen los derechos que configuran el estatuto jurídico de los menores y los principios que rigen la actuación administrativa en esta materia. Por otra parte, es evidente que para que los menores puedan manifestar sus deseos y anhelos es fundamental informarles previamente de las circunstancias que deberán tener en cuenta. Por otra parte, no será suficiente con limitarse a oír al menor, es necesario escucharle, lo que requiere intercambiar impresiones y argumentos, debatir con el menor. La finalidad es adoptar la decisión que, en el caso concreto, resulte mas satisfactoria para el interés del menor.

En consecuencia, las normas procedimentales, ya sea en el ámbito administrativo o judicial, deben prever la audiencia del menor, respetando el derecho de los menores a ser escuchados en todos aquellos procedimientos que les afecten. La falta de audiencia a los menores comportará la nulidad de las actuaciones¹²⁹.

¹²⁹ En la STC 143/1990, de 26 de septiembre, el Tribunal afirma, con relación a los procedimientos judiciales en materia de menores (pero de igual aplicación en el caso de los procedimientos administrativos, que *«el art. 24 de la Constitución garantiza no*

II.4 Los principios de integración y reintegración familiar del menor y la proporcionalidad y flexibilidad de la intervención protectora de la Administración

Existe un derecho de los menores a vivir con su familia y, en su caso, a mantener relaciones con la misma debe orientar la actuación de los poderes públicos. Así resulta expresamente de la normativa internacional sobre los derechos de los menores, que ha sido acogida por nuestros legisladores –tanto el estatal como los autonómicos–, y asimismo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la de nuestros tribunales nacionales¹³⁰.

sólo el acceso al proceso y a los recursos legalmente establecidos, sino también el adecuado ejercicio del derecho de audiencia bilateral para que las partes puedan hacer valer sus pretensiones». En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de julio de 1997, el Tribunal se declara competente para fiscalizar los aspectos formales de la resolución administrativa de desamparo y entra a examinar si se ha cumplimentado «la preceptiva audiencia de todos los interesados». Del mismo modo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de abril de 2002, el Tribunal advierte a cerca de la necesidad de escuchar al menor en los procedimientos administrativos de desamparo, la falta de audiencia comportaría la nulidad de la resolución.

¹³⁰ En la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2002, asunto Kutzner contra Alemania, ap. 76, se afirma que la decisión de los poderes públicos de tomar un menor a su cargo debe tener carácter provisional, pues «las autoridades tienen la obligación positiva de tomar medidas para facilitar la reunión de la familia en cuanto sea verdaderamente posible, desde el inicio del periodo en que toman a su cargo al niño y cada vez con más fuerza, lo que debe siempre estar en equilibrio con el deber de considerar el interés superior del niño», en otro caso se estaría

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en su art. 9.1 establece el principio de permanencia del niño en su propia familia salvo que su interés superior exija la separación de los padres, y en el apartado 3 del mismo precepto se añade el derecho del niño a seguir en contacto con ambos padres, pese a que se encuentre separado de ellos. Asimismo, el art. 3 de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986, dispone que el niño debe ser educado por sus padres naturales.

En aplicación de los referidos mandatos, la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, contempla entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos «el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés¹³¹» [artículo 11.2.b)]. Principio de prioridad de la propia

vulnerando el artículo 8 de la Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos. Ver, asimismo, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de marzo de 1988, asunto Olsson contra Suecia, ap. 81. Así, nuestros tribunales, por ejemplo en el Auto de la Audiencia Provincial de Soria de 14 de diciembre de 2000 establecen «que la Administración debe planear, a corto o medio plazo, y siempre que sea posible y conveniente para los menores, el retorno de éstos con sus padres, mediante oportunos programas de información» e incentivar y ampliar el régimen de visitas para fomentar la relación paterno-filial.

¹³¹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en este sentido, entre otras, en la Sentencia de 19 de septiembre de 2000 (asunto Benjamín Gnaboré contra Francia). Del mismo modo, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 1 de julio de 1997, afirma que «el principio de prioridad de la propia familia, sancionado en el ámbito del Derecho Internacional, que proclama el interés del niño a ser educado por sus padres naturales (Declaración de la Asamblea de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986, artículo 3) indirectamente recogido en el artículo 172 CC es vinculante para la autoridad judicial –debe añadirse que también para la Administración– en el sentido de que antes de acordar, en su caso, el acogimiento del

familia que deben considerar en su actuación tanto las administraciones públicas como los tribunales. La Ley italiana 184/1983 gira también en torno a este principio, desde su propio título «Diritto del minore ad una famiglia», como en su art. 1 párrafo 1º, que establece el derecho del menor a crecer y ser educado en el ámbito de su propia familia, y sólo cuando la familia no esté en condiciones de prestar la atención necesaria, se aplican las medidas previstas en dicha ley, como dispone al art. 1, párr. 4.

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

menor o la constitución del vínculo adoptivo, ha de comprobar si se ha producido la integración de aquél en su propia familia, cuando ello redunde en su interés». De forma similar, entre otras, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 8 de marzo de 2002, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 10 de enero de 2002, el Auto de la Audiencia Provincial de Lleida de 2 de abril de 2001, el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de febrero de 2000, o el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de septiembre de 1999.

El principio de subsidiaridad progresiva¹³² respecto de las obligaciones legales de padres o tutores, consiste en que el alcance e intensidad de las actuaciones administrativas de protección dependerán del grado de desprotección que padezca el menor, y atendiendo a un criterio de proporcionalidad, a una mayor situación de desprotección del menor corresponderá normalmente una sustitución cada vez mayor en el ejercicio de las funciones que corresponden a los padres a favor de la Administración.

Por ello, la Ley orgánica de protección jurídica del menor de 1996 acogió la distinción entre menores en situación de riesgo y menores en desamparo (artículos 12, 17 y 18). En el primer caso, las medidas administrativas de protección se aplican en el propio entorno familiar del menor y, en el segundo, se aplicarán medidas que implican la separación del menor de su familia¹³³. De ahí la importancia, advertida por la Jurisprudencia, de delimitar con claridad las situaciones de riesgo y de

¹³² Entre otras, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias (Secc. 6ª), de 2 de febrero de 2004 y de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª), de 28 de diciembre de 2004, que su Fundamento de Derecho 3º señala que *«la actuación oficial se rige por el principio de subsidiariedad, es decir, que sus funciones comienzan allí en donde quiebran las de los progenitores o familia de origen, y también se rige por el principio de intervención mínima, que supone que dicha intervención deberá propiciar, dentro de lo posible y siempre bajo el superior principio de supremacía del interés del menor el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen y su integración familiar y social»*.

¹³³ De ahí la importancia, advertida por los Tribunales, de delimitar con claridad las situaciones de riesgo y de desamparo y la necesidad de interpretar de forma restrictiva el concepto de desamparo.

desamparo y la necesidad de interpretar de forma restrictiva el concepto de desamparo¹³⁴.

Además, la actuación de las administraciones públicas en materia de protección de menores deberá tener un carácter flexible. Esto es, en cada caso las medidas de protección deberán adaptarse a las cambiantes circunstancias del menor y su familia. Por ello, una situación calificada inicialmente de riesgo puede pasar a ser considerada como de desamparo y viceversa. Por consiguiente, las medidas de protección deberán adaptarse en cada caso a las circunstancias del menor y su entorno socio-

¹³⁴ El Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca de 11 de septiembre se refiere a estas cuestiones en su Fundamento de Derecho 3º, exponiendo que *«en el recurso la Junta de Castilla y León admite como incuestionable un principio básico en materia de derecho de menores que es el de prioridad de la propia familia de tal forma que el niño debe ser educado por sus padres naturales, según reconoce el art. 3 de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986 y consagrado en el art. 11.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero (...). Ciertamente la propia norma contempla la excepción a la que se acoge la Institución recurrente pretendiendo amparar así el interés del menor conforme a lo establecido en el art. 2 de la Ley antes citada. En este sentido debemos tener en cuenta que la Ley ciertamente innovadora en esta materia distingue entre situaciones de riesgo y desamparo dando lugar a distintos grados de intervención de la Entidad Pública de tal forma que en el primer caso intervendrá para intentar eliminar, dentro de la Institución familiar los factores de riesgo, mientras que en el segundo caso, ante la gravedad de los hechos se hace aconsejable la extracción del menor de la familia con la consiguiente suspensión de la Patria Potestad. La Ley se muestra extraordinariamente flexible a la hora de establecer mecanismos de protección y diferentes formas de acogimiento que van desde el acogimiento residencial al familiar simple o temporal, el permanente y el preadoptivo. Siguiendo estas pautas, perfectamente expuestas no sólo en el articulado de la Ley sino en su exposición de motivos, debemos analizar la situación concreta en la que nos encontramos para decidir cuál puede ser el régimen más conveniente para el menor sin olvidar también el derecho de los padres a ejercer su Patria Potestad de forma integral, conviviendo con el hijo y relacionándose con él»*

familiar. Esta es la razón, según DE PALMA¹³⁵ por la que la Ley de enjuiciamiento civil no ha establecido plazo alguno para recurrir ante el juez las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. De forma que las partes podrán recurrir las decisiones administrativas en cualquier momento, puesto que las medidas de protección acordadas por la Administración en un determinado momento pueden resultar improcedentes si se producen cambios en las circunstancias del menor o en su entorno familiar.

En los casos de desamparo que hicieran necesario adoptar medidas de protección que impliquen la separación del menor de su familia, la Administración pública deberá actuar guiada por el principio de reintegración familiar, recogido en el art. 172.4 del Código Civil¹³⁶. De forma que las administraciones competentes deberán establecer medidas y programas de apoyo dirigidos a facilitar el retorno del menor con su familia¹³⁷. En este ámbito, resulta fundamental establecer un adecuado régimen de visitas con el fin de mantener vivas las relaciones del menor con su familia y hacer posible la posterior reintegración familiar.

¹³⁵ De Palma del Teso, A., *Administraciones Públicas y protección...* op. cit. p. 124.

¹³⁶ Art. 172.4 CC, «Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona».

¹³⁷ Por ello, la importancia de establecer un adecuado régimen de visitas con el fin de mantener vivas las relaciones del menor con su familia y hacer posible la posterior reintegración familiar.

Por otra parte, en el supuesto de que lo más conveniente para el menor fuera la separación del menor de su familia, las medidas de asistencia y protección que habrá de adoptar la Administración deberán dirigirse preferentemente a la «reintegración familiar» del menor¹³⁸. De modo preferible en la familia extensa o, en su caso, en familia ajena [según establece el artículo 11.2.c) de la referida Ley orgánica 1/1996]. En cualquier caso, la familia se configura en nuestro ordenamiento como el ámbito más idóneo para la crianza, formación y socialización del menor¹³⁹.

¹³⁸ En la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2002, asunto Kutzner contra Alemania, ap. 76, se afirma que la decisión de los poderes públicos de tomar un menor a su cargo debe tener carácter provisional, pues «las autoridades tienen la obligación positiva de tomar medidas para facilitar la reunión de la familia en cuanto sea verdaderamente posible, desde el inicio del periodo en que toman a su cargo al niño y cada vez con más fuerza, lo que debe siempre estar en equilibrio con el deber de considerar el interés superior del niño», en otro caso se estaría vulnerando el artículo 8 de la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos. Ver, asimismo, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de marzo de 1988, asunto Olsson contra Suecia, ap. 81 (TEDH 1988/2). Así, nuestros tribunales, por ejemplo en el Auto de la Audiencia Provincial de Soria de 14 de diciembre de 2000 (JUR 2001/79466) establecen «que la Administración debe planear, a corto o medio plazo, y siempre que sea posible y conveniente para los menores, el retorno de éstos con sus padres, mediante oportunos programas de información» e incentivar y ampliar el régimen de visitas para fomentar la relación paterno-filial.

¹³⁹ En este sentido, FAYA BARRIOS, A.L., «La protección internacional del menor», en *La protección jurídica del menor*, Asociación de Letrados de Andalucía, Comares, 1997, p. 263.

CAPÍTULO III

LA SITUACIÓN DE DESAMPARO/ABANDONO DEL MENOR.....123

III.1	INTRODUCCIÓN. LA METAMORFOSIS EN ESPAÑA DE LA SITUACIÓN LEGAL DEL MENOR DESPROTEGIDO DE «ABANDONO» A «DESAMPARO».....	123
III.2	LA SITUACIÓN DE DESAMPARO.....	148
III.3	CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS DEL DESAMPARO.....	155
	<i>III.3.1 El desamparo como situación «de hecho».....</i>	155
	<i>III.3.2 Causas del desamparo.....</i>	162
	III.3.2.1 Los deberes de protección establecidos para la guarda de los menores.....	164
	III.3.2.2 El imposible ejercicio de los deberes de protección del menor.....	166
	III.3.2.3 El inadecuado ejercicio.....	176
	III.3.2.4 El requisito de privación de la necesaria asistencia moral o material	185
III.4	LA REGULACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DESAMPARO EN LA LEY ORGÁNICA 1/1996 DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR.....	198
III.5	EL DESAMPARO EN LA NORMATIVA AUTONÓMICA DE PROTECCIÓN DEL MENOR	215

III.6	LA SITUACIÓN DE «ABBANDONO» Y LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO	248
III.6.1	<i>El derecho del menor a una familia como fundamento de la normativa protectora</i>	<i>248</i>
III.6.2	<i>La asistencia social a la familia y su función preventiva de las situaciones de privación de asistencia del menor.....</i>	<i>251</i>
III.6.3	<i>La situación de abbandono: concepto, causas y excepciones.....</i>	<i>256</i>
III.7	OTRAS SITUACIONES DE DESPROTECCIÓN DE LOS MENORES Y LA ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.....	284
III.7.1	<i>La situación de riesgo.....</i>	<i>284</i>
III.7.2	<i>La actuación preventiva de la administración y la intervención en situaciones de riesgo.....</i>	<i>295</i>
III.7.3	<i>Menores en situación de conflicto social y actuación administrativa protectora-reformadora.....</i>	<i>304</i>

III LA SITUACIÓN DE DESAMPARO/ABANDONO DEL MENOR

III.1 Introducción. La metamorfosis en España de la situación legal del menor desprotegido de «abandono» a «desamparo»

Aunque se vienen circunscribiendo al ámbito del Derecho civil y en concreto a los inicios del movimiento codificador del siglo XVIII los orígenes de la legislación protectora de menores en España no tienen tal procedencia civilista, sino que tuvo una orientación más incardinada en el Derecho administrativo, en la legislación de carácter social que se refería en su mayor parte a aspectos relacionados con la beneficencia.

Así, el concepto de abandono así como el más extenso de protección de menores en España es ajeno a la legislación civil de la época codificadora iniciada en Europa a raíz de la Revolución francesa y en España a partir de la Constitución de Cádiz de 1812. Como es sabido, debido a la fuerte marea política del siglo XIX que sometió a continuos y profundos cambios de régimen al país y la diversidad de la legislación civil existente, no fue hasta finales del siglo XIX cuando finalmente culminó la obra codificadora con el Código Civil español de 1889.

En los proyectos anteriores al Código, como venimos apuntando, no se harán referencias claras a los menores que se encuentran en situación de desprotección. Únicamente una somera referencia la abandono en el Proyecto de 1836 y alguna otra también leve referida a la sanción penal de conductas ilícitas respecto de los menores, entre las que se incardinaba también el abandono de menores.

Para tener referencias respecto a las situaciones de desprotección en que pudiera encontrarse el menor en esta época, debemos tener en cuenta los derechos y obligaciones que en la legislación civil han venido llenando de contenido la patria potestad, que en principio fue únicamente atribuida al padre, siguiendo la tradición heredada del Derecho romano, para irse abriendo posteriormente a la madre, primero en defecto de aquél, y posteriormente con carácter compartido entre el padre y la madre.

De este modo, en el primer Proyecto de Código civil español, el presentado en 1821¹⁴⁰, denomina «potestad patria» a los derechos principales que da la calidad de padre sobre los hijos, y la extiende por fin, como nos indica LASSO GAITE¹⁴¹, a ambos progenitores –si bien la potestad no será compartida, sino que la de la madre será subsidiaria de la del padre, en caso de muerte,

¹⁴⁰ Este fue precisamente consecuencia directa del mandato establecido en el artículo 258 de la Constitución de 1812.

¹⁴¹ LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española*, Tomo IV, *Codificación Civil (Génesis e Historia del Código)* Vol. II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 1970.

ausencia o incapacidad de éste¹⁴²—, limitando el poder paternal a lo justo frente a las extralimitaciones del mismo que se habían permitido anteriormente, y corroborando el respeto filial.

Los derechos anejos a la potestad patria incluidos en el Proyecto¹⁴³, en esencia, eran los de dirigir y cuidar la educación de los hijos, teniéndolos en casa para que fuese posible cumplir dicha finalidad; el de corregir a los hijos de palabra y aún de obra moderadamente, pudiéndoles exigir los padres tanto obediencia como subordinación, y el máximo respeto y reverencia por su parte de palabra y obra, e incluso teniendo la posibilidad de obtener el auxilio de la autoridad pública para aquellos hechos que requieran actuaciones más severas, pudiendo incluso reclamarles alimentos en los casos previstos en el mismo Código.

Más aún nos interesan de cara a las posibles situaciones de desatención de los hijos los deberes a los que se conectaba la potestad patria en este primer Proyecto de Código. En esencia, estas obligaciones de los padres se concretaban en promover la educación física, moral, política y científica o industrial de los hijos; defender a los hijos en juicio y auxiliarlos en cualquier tiempo y proveer a su subsistencia mientras se encuentren bajo su potestad. Como hemos mencionado anteriormente, no existe referencia a las consecuencias de la falta de cumplimiento de

¹⁴² Desaparece, al menos formalmente, la discriminación total a que había sido sometida la madre en cuanto a la patria potestad, ya desde las Partidas de Alfonso X (vid. Partida IV, XVII, I).

¹⁴³ Vid. art. 371 del Proyecto.

estas obligaciones por los padres, ni se contemplan como causas de pérdida o extinción de la patria potestad.

Tras el fallecimiento de Fernando VII se producirá en 1836 durante el período de regencia de María Cristina un nuevo intento de Código Civil, que nos trae a su vez una nueva definición de patria potestad, como «la autoridad que tienen los padres por la naturaleza y por las leyes sobre las personas de sus hijos y el derecho de administrar y usufructuar los bienes de éstos por cierto tiempo».

En lo que a nosotros interesa, además de que la patria potestad vuelve a ejercerla únicamente el padre y sólo en caso de fallecimiento de éste la madre, debemos destacar la inclusión como causa de disolución de la patria potestad el abandono o exposición del hijo por parte del padre¹⁴⁴, así como el haber sido la causa de la prostitución de la hija¹⁴⁵.

Esta será la primera y la última referencia respecto del abandono de menores en los Proyectos de Código civil que se produzca hasta la reforma del régimen de la adopción en 1958.

En el Proyecto de Código civil de 1951, conocido como Proyecto de García Goyena, desaparecen de la regulación de la patria potestad los supuestos de privación de la misma en caso de

¹⁴⁴ Se incluye tal referencia en el apartado 9 del artículo 405 del Proyecto, añadiendo que el padre que hubiese abandonado al hijo no tendría derecho a reclamarlo posteriormente para que volviese bajo su patria potestad si alguna persona lo hubiese recogido y mantenido.

¹⁴⁵ Apartado 3 del artículo 406 del Proyecto de Código Civil 1836.

abandono o exposición de los hijos, así como de inducción a la prostitución de una hija¹⁴⁶.

Aunque hubo algún Proyecto más en el ínterin, como el Proyecto de Libro I del Ministro Romero Ortiz, de 1869. o los Proyectos de Libros I y II de 1882, vamos a referirnos ya a los aspectos más relevantes respecto a los menores y las facultades paternas en la redacción originaria del Código Civil¹⁴⁷.

En cuanto a la patria potestad seguirá siendo del padre, y subsidiariamente de la madre, y entre las obligaciones de los titulares de la misma respecto de los hijos se encontraban los tradicionales de alimentarlos, educarlos e instruirlos de acuerdo a su fortuna, representarlos, tenerlos en su compañía. Hemos de destacar esta última apreciación de que la educación, alimentación e instrucción se haga «de acuerdo con su fortuna», puesto que, como veremos más adelante, la situación económica familiar, no deberá nunca ser un impedimento para que los hijos puedan permanecer con sus padres, y estará por encima el derecho a permanecer con su familia de un menor, respecto a la posibilidad de separarlo de su familia de origen para introducirlo en otra con una situación económica más favorable.

¹⁴⁶ Como única referencia, el artículo 161.1 establecía que el padre podía perder la patria potestad de los hijos si era condenado y la pena llevaba aparejada dicha pérdida.

¹⁴⁷ La primera publicación del Código Civil se produjo por Real Decreto de 6 de octubre de 1888, publicándose después su edición reformada por Real Decreto de 24 de julio de 1889, fecha que se utiliza usualmente como de entrada en vigor del Código.

En relación a los derechos o facultades de los titulares de la patria potestad, se les otorga el poder de corregir y castigar a los hijos moderadamente, así como de solicitar el auxilio de la autoridad gubernativa para reprender a los hijos, incluso con su detención o retención en establecimientos de instrucción en institutos legalmente establecidos. Podían también reclamar la intervención del Juez municipal para imponer a sus hijos hasta un mes de detención en un establecimiento correccional.

Respecto de las normas sobre extinción, privación y suspensión de la patria potestad reguladas en el Código Civil, se producen escasas variaciones si las comparamos con las incluidas en los diversos proyectos. La extinción, recogida en el art. 167, de la patria potestad se produce por muerte de los padres o del hijo, emancipación del hijo y adopción.

La privación de la patria potestad, además de por sentencia penal firme que así lo establezca, puede producirse cuando lo declare así una sentencia firme en un pleito de divorcio¹⁴⁸ (art. 169 del Código).

Por otra parte, se establece la posibilidad de suspensión de la patria potestad por incapacidad o ausencia del padre declaradas judicialmente –o en su caso de la madre–, y por interdicción civil. La posibilidad de suspensión se daba también en los casos en que los padres traten a sus hijos con excesiva dureza o les diesen

¹⁴⁸ Esta causa encuentra su antecedente más inmediato en el artículo 88.3 de la Ley del Matrimonio civil, que priva del derecho de la patria potestad al cónyuge culpable mientras viviese el inocente.

órdenes o ejemplos corruptores (art. 171 del CC), causas que más adelante veremos que efectivamente pueden causar una declaración de desamparo de los menores. Sin embargo, en aquel momento no aparecieron explícitamente como motivos de suspensión de patria potestad el abandono o exposición de menores, y entenderlos comprendidos el art. 171 CC resultaba muy difícil y hacía necesario realizar un enorme esfuerzo interpretativo.

Se seguirán produciendo normas a lo largo del siglo XX relativas a la protección de menores, aunque en aspectos bastante aislados¹⁴⁹. Un lugar sin duda importante ocupará la Ley de 12 de agosto de 1904, de carácter mucho más completo y sin duda una de las más perfectas y progresivas de Europa, al menos de haberse llevado a cabo conforme a su formulación teórica. Esta Ley sometía a protección a todos los niños menores de diez años (artículo 1), extendiendo dicha protección tanto a la salud física como a la moral, y estableciendo órganos para que tal protección resultara efectiva. Constituye sin duda un germen claro del complejo sistema establecido por las diferentes Administraciones públicas competentes para la protección del menor.

La Ley de 1904, establecía la protección de los niños por medio de un Consejo Superior de Protección a la Infancia, bajo la

¹⁴⁹ Así, por ejemplo, la Ley de 26 de julio de 1878 referente al trabajo peligroso de los niños en los espectáculos públicos; la Ley de 13 de mayo de 1900 reguladora del trabajo de mujeres y niños o la de 23 de julio de 1923, sobre represión de la mendicidad de los menores de dieciséis años.

presidencia del Ministro de Gobernación, y por debajo de aquél se situaban las Juntas provinciales y locales de protección, que eran presididas por el Gobernador y el Alcalde, respectivamente.

Algunos de los aspectos comprendidos en la Ley eran: la protección mediante su vigilancia de los niños sometidos a la lactancia mercenaria y de las nodrizas, obligando a que éstas conservasen los documentos que acrediten su estado civil y su estado de salud; la indagación del origen y género de vida de los niños vagabundos o menores de diez años que se hallen abandonados por las calles o estén en poder de gentes indignas, evitando su explotación y mejorando su suerte; y velar por el exacto cumplimiento de las leyes y disposiciones gubernativas que se relacionen con el trabajo de los niños en espectáculos públicos, industriales, venta ambulante, mendicidad profesional, etc.

El Reglamento de aplicación de la Ley vio la luz el 24 de enero de 1908, y vino a intensificar el margen de acción con que contaban los organismos protectores de la infancia, encomendando a las respectivas Juntas de Protección la protección y el amparo de las mujeres embarazadas y la inspección de las casas-cunas, talleres, escuelas, espectáculos públicos y cuantos centros albergasen, recogiesen o exhibiesen a los niños. Asimismo se les confía la investigación de los malos tratos o explotaciones de que éstos pudiesen ser objeto; la denuncia y persecución de los delitos contra menores; la corrección de los llamados rebeldes, incorregibles o delincuentes y

el cuidado de la educación e instrucción de los anormales (denominados así los disminuidos físicos y psíquicos).

En opinión de MARTÍNEZ ALCUBILLA, coetáneo de estas dos normas, la Ley de Protección de menores de 1904 y su Reglamento de 1908, aunque de no muy extenso articulado, «abarcan de una manera tan amplia y comprensiva el problema de la infancia, que por sí solos bastarían a llenar el vacío hacía tiempo sentido de un intervencionismo paternal pero enérgico del Poder público en tan importante materia»¹⁵⁰. Ciertamente, esta legislación produjo una importante innovación en cuanto a la preocupación de los poderes públicos relativa a la protección de los menores, constituyendo todo una guía para una intervención de la Administración en esta materia, que pese a su urgente necesidad –como relataba el Ministro al presentar el Proyecto de la Ley de protección de la infancia 1904¹⁵¹–, había sido hasta entonces dejada a las frecuentemente escasas posibilidades y medios de las familias y la beneficencia católica.

¹⁵⁰ MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Diccionario de la Administración Española*, Sexta Ed. Tomo XII, Madrid, 1925, p. 702.

¹⁵¹ El Proyecto de Ley se presentó en las Cortes el 26 de enero de 1904, y en su presentación se destacó que «Es el problema infantil uno de los que con más justicia solicitan la atención de los Gobiernos. La urgencia de acometerlo y la trascendencia social de procurarle solución se acredita con la lectura de las aterradoras estadísticas que denuncian la merma que la Nación sufre (...) con esa multitud de vidas que corta en flor la muerte (...) Crece también día a día la muchedumbre de niños abandonados, y sus míseras existencias ofrecen triste ocasión a padres y guardadores indignos para explotaciones impías (...) No puede el Estado, si ha de cumplir su misión jurídica y social, desentenderse de tan graves daños...». [Gaceta de Madrid, 28 de enero 1904].

Centrándonos un poco más en la figura del abandono, y en la legislación española anterior al régimen franquista, podemos destacar la Orden de 30 de diciembre de 1936, por la que se pretende una protección de los menores huérfanos y de los abandonados por medio de su integración en familias de reconocida solvencia.

Esta Orden la completará posteriormente otra de 1 de abril de 1937, que delimita de forma más certera el concepto del menor abandonado al incluir a huérfanos de padres y madre abandonados, a abandonados de los que se desconozca la existencia de sus familiares obligados por ley a su sostenimiento, a niños abandonados por sus familiares, etc.

Esta Orden pretendió a su vez clarificar y concretar las normas referidas a la institución de la «colocación familiar», que se constituye como complementaria de la figura de la adopción (art. 1º de la Orden de 1937), y que podía ser de carácter permanente o de carácter temporal, hasta la edad o el momento que se estipule en cada caso. La colocación permanente recibía siempre preferencia, y los solicitantes de niños en régimen de colocación familiar permanente podían elegir libremente con arreglo a las características de edad, sexo, etc., que desearan, entre todos aquellos niños abandonados existentes en su provincia o en otra de las «liberadas», según la terminología usada en la época. Podían ser «acogidos» (término que utiliza el artículo 3º de la Orden), aquellos menores abandonados a los que antes nos hemos referido, e incluso otros que no reuniesen tales

condiciones, si la persona llamada a la tutela del menor daba su consentimiento, y finalmente podían ser acogidos los menores cuyos padres o tutores hubiesen sido privados de los derechos sobre ellos.

Regula también la Orden el supuesto particular de la guarda de hecho. Según establece el artículo 4º, cuando una persona que sin estar obligada por la Ley a ello, venga atendiendo voluntariamente a un menor abandonado, tendrá derecho preferente a acogerlo de forma permanente o temporal, previo examen de las autoridades capacitadas para ello.

En cuanto a cuáles sean estas autoridades, la Orden disponía la intervención de las Juntas Locales de Colocación Familiar, que debían hacer un padrón anual de los niños abandonados existentes en su territorio y emitir informe sobre las peticiones recibidas; y por otra parte de las Juntas Provinciales de Beneficencia, que eran, en definitiva, las que decidían sobre la pertinencia o no de esa colocación.

En cuanto a los deberes de los acogedores, no distan mucho de los establecidos en las normas que regulan el acogimiento de menores en la actualidad. Fundamentalmente, están obligados a dar al menor instrucción escolar hasta los doce años como mínimo, sin que en ningún caso pueda ser éste objeto de explotación alguna, debiendo tratarles con los cuidados propios de un buen padre de familia, en virtud del artículo 8º. Además, deben alimentarles, vestirles y educarles «dentro de los más sanos

principios de la religión y moral cristiana, amos patrio, etc.», según el artículo 10°. La superior vigilancia de esta Colocación, está encomendada a los Juntas Locales, que podrán proponer las sanciones que estimen convenientes a las Juntas Provinciales de Beneficencia, incluso, y para los casos más graves, la de retirar al niño entregado. Estando encomendada la tutela de los menores abandonados al Estado, en virtud de lo establecido por el artículo 212 del Código Civil, y siendo esta colocación uno de los modos posibles de ejercerla, la tutela sobre los niños objeto de acogimiento será ejercida por las Juntas Locales de Colocación, bajo la superior vigilancia de las Juntas Provinciales de Beneficencia y del Gobierno General del Estado. En cuanto a la posible impugnación del acogimiento, el artículo 12° dispone que si en cualquier momento apareciere el padre o el tutor legal de un niño objeto de colocación, podrá reclamarlo de acuerdo a las Leyes.

A parte de estas normas, es necesario destacar la establecida por la Ley de 17 de octubre de 1941, sobre adopción de los acogidos en casas de expósitos y otros establecimientos de beneficencia, que supone un importante avance en la consideración del menor abandonado como sujeto de la adopción. En esta Ley se establece por vez primera la facultad de los establecimientos benéficos para tramitar los expedientes de adopción de los acogidos en ellos. El propósito de la ley es agilizar los trámites de la adopción y evitar los problemas que se estaban planteando. En efecto, más que la adopción, el sistema que se

seguía era el del prohijamiento (más parecido a una guarda de hecho que a un acogimiento), lo que provocaba que, cuando hubiera que acreditar, por razón de estudios o del matrimonio del acogido, su filiación verdadera, se quiebran y destrozan violentamente las ilusiones nacidas de dicho afecto, engendrado por su convivencia con los que tenía por padres, al descubrir su origen turbio y deshonoroso.

En estos casos, el expediente de adopción era realizado por el establecimiento benéfico donde se encontraba el adoptado, quien debía remitirlo al Juez de Primera Instancia para que, en el término de ocho días aprobase o no la adopción. En el trámite del expediente intervenían el adoptante, el adoptado, si fuera mayor de catorce años, y los familiares cercanos del menor, si fueran conocidos. El establecimiento benéfico quedaba obligado a vigilar la adopción, pudiendo, incluso, y si viera razones graves para ello, dejarla sin efecto. Por otro lado, los padres naturales del adoptado podían impugnar esta adopción en el caso en que desearan recuperar al hijo, debiendo notificarlo al establecimiento de donde procedía el menor, el cual, tras oír al adoptado mayor de catorce años, resolvía lo que procediese.

La Ley de 24 de abril de 1958 supondrá una nueva regulación de la figura de la adopción recogida en el Código civil, con objeto de «reforzar el vínculo adoptivo cuanto la prudencia permite», según su propio Preámbulo, y respondiendo al descontento que mostraba la doctrina por los limitados efectos que

otorgaba a la adopción el Código civil, que, apuntaba MANRESA Y NAVARRO¹⁵², no satisfacían en ningún caso «el propósito de suplir vínculos paternofiliales fundados en la generación, respecto de los seres más desvalidos e inocentes abandonados».

Sin embargo, la prudencia no permitió más que configurarla para los «menores abandonados y expósitos». Así, del artículo 178 del CC (conforme a la redacción de la Ley de 1958), se desprendía que serían objeto de adopción plena¹⁵³ o reforzada únicamente los menores «abandonados o expósitos que siendo menores de catorce años, lleven más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueren prohijados antes de esa edad por los adoptantes».

La principal crítica a esta redacción es que, para sorpresa general, no se definió por la Ley el nuevo concepto, a diferencia del legislador italiano, que en el artículo 314 apartado 4 de la Legge núm. 431 de 5 de junio de 1957, definía la «situazione di abbandono», en los siguientes términos: «i minori di età inferiore agli anni otto privi di assistenza materiale e morale da parte dei genitori o dei parenti tenti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a forza maggiore».

¹⁵² MANRESA Y NAVARRO, J.M^a, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo II, 7^a ed., revisada por D. Francisco Bonet Ramón, Madrid, 1957.

¹⁵³ Tradicionalmente la regulación de la adopción ha venido distinguiendo entre una adopción «plena», que es la que da lugar a la creación de una relación paterno-filial entre los sujetos intervinientes, y una adopción «menos plena», cuyos efectos son más limitados.

La consecuencia de la omisión de una definición legal de la figura, fuertemente criticada por la doctrina¹⁵⁴, propició la conclusión de FLÓREZ-VALDÉS, de que nos encontrábamos ante «una figura regulada sobre la base de una noción determinable sustancialmente a través de la ordenación penal», si bien teniendo en cuenta la mayor amplitud que el concepto tendría que tener a efectos civiles, dada la reducción que a los efectos penales experimentaba en virtud de razones de política criminal¹⁵⁵.

Esta perspectiva de interpretación reconstructiva, aunque impecable desde el punto de vista penal, no sería capaz de armonizar los diferentes criterios que la doctrina argumentaba a la hora de concretar el significado de los términos «abandonado» y «expósito». Tales discrepancias llegaban incluso a plantear la cuestión de si con ambos se denominaban dos especies de un género común, el integrado por el concepto de abandono en su

¹⁵⁴ Vid. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J. «En torno a los conceptos de abandonado y expósito como sujetos de la adopción, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, vol. LX, núm. 3, septiembre 1967, p. 313, CASTRO LUCINI, F., «Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: II. El adoptado», ADC, Tomo XXI, fasc. II, abril-junio 1968, pp. 381 y 382; CASTÁN VÁZQUEZ, J.M^a, «II Jornadas nacionales sobre la adopción», ADC, tomo XXI, fasc. IV, octubre-diciembre 1968, p. 922.

¹⁵⁵ ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., «En torno a los conceptos de abandonado y expósito...», *op. cit.*, pp. 325 y 326.

sentido amplio¹⁵⁶, o si era este último el que constituía el género del cual la exposición era la especie¹⁵⁷.

Las conclusiones fundamentales de la doctrina de la época, en torno a los conceptos que analizamos son, en primer lugar, que el Código civil distinguía dos especies en el ámbito de un género común compuesto por el concepto de «abandono». En segundo lugar, que tanto una como otra especie se conceptuaban en relación con las personas que legalmente venían obligadas a prestar al menor la necesaria asistencia. Tercero, que el estar ante una u otra especie dependía únicamente de si se ponía o no en peligro la vida del menor, puesto que existía este peligro en el caso del abandono pero no en el de la exposición. Cuarto, que la falta de asistencia por parte de quienes legalmente debían prestarla tenía que ser total y definitiva, circunstancias cuya concurrencia se determinaba casuísticamente. Quinto, que era indiferente la voluntariedad o involuntariedad del abandono o exposición. Sexto, que, dada la necesidad de apreciar una u otra situación fáctica en el correspondiente procedimiento adoptional a los efectos de determinar si la adopción plena procedía conforme a derecho, debemos interpretar que residía en el Juez la competencia para establecer si concurrían o no en un determinado

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 327.

¹⁵⁷ CASTRO LUCINI, F., «Algunas consideraciones críticas...», cit., p. 390; y VERGER GARAU, J., «reconstrucción y reforma de la regulación de la adopción, RJC, núm. 4, octubre-diciembre, 1968, pp. 911 y 914.

menor semejantes situaciones¹⁵⁸. Y por último, que dicha autoridad no podía apreciar la adopción más que respecto de los menores de catorce años que llevasen en dicha situación más de tres años¹⁵⁹.

Gran interés presenta la Ley de 4 de junio de 1970, que viene a reformar todo el régimen de la adopción, y en lo que a nosotros particularmente interesa, la figura del abandono, convirtiéndola, en palabras de IGLESIAS REDONDO¹⁶⁰, en «género común», puesto que el propio Preámbulo de la Ley apunta que «el texto propuesto bosqueja un concepto del menor abandonado en términos que hacen innecesaria la referencia a la figura anacrónica y peyorativa del expósito».

Esta Ley modificó el art. 174 del Código civil, estableciendo dos clases de abandono¹⁶¹: uno que la doctrina ha dado en

¹⁵⁸ Vid. respecto de estas conclusiones, ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., «En torno a los conceptos de abandonado y expósito...», *op. cit.*, pp. 325 a 343.

¹⁵⁹ Aunque hoy día pueda pareceros limitada esta protección, la protección hasta los 14 años recogida en el art. 178 Cc en la redacción de 1958 suponía un avance respecto de otras legislaciones europeas. En particular, en la legislación italiana el límite se encontraba en los ocho años de edad.

¹⁶⁰ IGLESIAS REDONDO, J.I., Tutela «ex lege» y acogimiento de menores (en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil), Cedecs, Barcelona, 1996, p. 160.

¹⁶¹ Dicho artículo, definió así la situación de abandono: «Se considera abandonado el menor de catorce años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación. Para apreciar la situación de abandono será irrelevante que ésta se haya producido por causas voluntarias o involuntarias.

La entrega del menor en una casa o establecimiento benéfico se considerará también como abandono en los siguientes casos: a) Cuando el menor hubiere sido entregado sin datos que revelen su filiación; b) Cuando, aun siendo conocida la filiación,

denominar abandono general, simple o *strictu sensu*, que se regula en el segundo párrafo del citado artículo; y otro abandono, denominado particular, cualificado o abandono-exposición, que hace referencia a los supuestos de entrega del menor en establecimientos benéficos, contemplados en el párrafo tercero, apartados a) y b), del art. 174 CC.

El denominado abandono general, según la doctrina¹⁶², tiene por característica fundamental que debe producirse por la ausencia de atención por parte de aquellos sujetos que estuvieran obligados a prestarla, esto es, por parte de los padres o tutores. La característica esencial de este tipo de abandono es que dicho abandono se refiere a supuestos en los que, pese a existir personas legalmente obligadas a velar por un menor, no lo hacen, y no sólo a una situación objetiva de falta de asistencia.

Llama poderosamente la atención el límite de edad que el art. 174 CC estableció en los catorce años, quizás por las consabidas dificultades para que los niños sean objeto de medidas de adopción o acogimiento cuando ya se encuentran en la pubertad o la adolescencia. Esto suponía, en definitiva, que no

constare la voluntad de los padres o guardadores de abandonar al menor, manifestada con simultaneidad a su entrega o inferida de actos posteriores.

En uno y otro caso, la apreciación del abandono exigirá que hayan transcurrido durante el internamiento del menor seis meses continuos sin que el padre, madre o tutor u otros familiares del menor se interesen por él de modo efectivo mediante actos que demuestren su voluntad de asistencia. La mera petición de noticias no interrumpe por sí sola el referido plazo.

La situación de abandono será apreciada y declarada por el juez competente para conocer el expediente de adopción.»

¹⁶² Vid. GONZÁLEZ LEÓN, C., *El abandono de menores en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 67-73.

podía considerarse jurídicamente abandonado a ningún niño menor de edad –teniendo en cuenta que al momento de entrada en vigor de la Ley la mayoría de edad en España se adquiría a los 21 años–, que fuese mayor de 14 años.

Desde esta primera regulación del abandono, aparece objetivada la situación, puesto que se establece que para apreciar la situación de abandono es irrelevante que ésta se haya producido por causas voluntarias o involuntarias. Se trata de proteger al menor que se encuentra desatendido y ofrecerle los cuidados que necesita, y no de buscar culpables de la situación una vez que se ha producido.

La segunda modalidad de abandono que fue introducida por la Ley de 4 de junio de 1970 es la que hemos denominado abandono particular, cualificado o abandono-exposición, cuya característica fundamental es la entrega del menor a una institución o establecimiento de carácter benéfico o asistencial.

Este tipo de abandono requiere, junto a la circunstancia objetiva de la entrega del menor, la concurrencia de una circunstancia de carácter subjetivo que nos lleva a distinguir, dentro de este abandono cualificado, tres subapartados:

en primer lugar, en el caso de un menor entregado sin que existan datos respecto de su filiación. Esto se refiere a situaciones en las que se produce una entrega anónima del menor, de la que se presume la voluntad de abandono, entendiéndose que la ausencia de datos sobre el menor se circunscribe al momento de

la entrega del mismo¹⁶³. De aquí podemos deducir que no es necesario que la entrega la hayan efectuado los padres o guardadores por sí mismos, puede realizarla cualquier otra persona.

En segundo lugar, cuando, pese a conocerse la filiación del menor, conste la voluntad de los padres o guardadores de abandonarlo en el momento de la entrega.

En tercer y último lugar, cuando, aún conociéndose la filiación del menor conste la voluntad de los padres o guardadores de abandonarlo por los actos realizados por ellos con posterioridad al acto de la entrega.

En el segundo supuesto, el que recoge la letra b) del artículo 174.3, la cuestión fundamental que se plantea es la constatación de la voluntad de abandonar al menor. Dicho artículo requiere que al realizar la entrega exista una voluntad clara de abandonar el menor, que debe hacerse constar o manifestarse en el mismo momento de la entrega. La diferencia con el tercer caso es que la voluntad de abandono no se deduce, sino que se expresa sin duda en el momento de realizar la entrega, aunque pensamos que cabe la posibilidad, sin duda, de revocar tal voluntad simplemente interesándose posteriormente por el estado del menor y por la posibilidad de recuperarlo.

¹⁶³ La doctrina ha venido entendiendo que entrarían también dentro de este supuesto los casos en que la entidad de carácter benéfico a la que se han entregado el menor ha recibido por parte de la persona que lo entrega una solicitud de reserva o silencio, que llevaría a la entidad a ocultar los datos del menor por el secreto profesional.

Otra cuestión a destacar es que el abandono supone una renuncia a la patria potestad, por lo que, en los supuestos que estamos analizando, si posteriormente el menor se entrega en adopción, como señala BERCOVITZ¹⁶⁴, el abandono debe llevar implícito un «consentimiento previo y genérico» a dicha adopción.

La mayor dificultad que encontramos es la valoración de los actos de entrega del menor. Para no incurrir en estos supuestos de abandono, era necesario que los padres o guardadores legales demostraran posteriormente un interés real por el menor. Dicho interés se vería reflejado en una voluntad efectiva de asistencia y contacto con el menor, demostrable mediante visitas periódicas al mismo, contacto con el centro para realizar un seguimiento de su educación, formación y estado de salud, salidas continuadas con el menor, etc., imponiéndose un requisito de cierta habitualidad y constancia en dichas actitudes. De producirse este seguimiento y contacto con el menor por parte de los padres o guardadores, al no producirse el abandono, nos encontrábamos en realidad con una situación equiparable a la actual institución de la «guarda administrativa», en que los padres entregan temporalmente al menor a la Administración ante la imposibilidad actual de proporcionarle la atención y cuidado necesarios.

¹⁶⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Comentario al art. 174 del Código Civil en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. III, vol. 2º, ALBADALEJO GARCÍA, M. (Dir), EDERSA, Madrid, 1982, pp. 344-345.

En cualquiera de los supuestos, el abandono no era una situación automática, sino que únicamente podía apreciarse su existencia una vez que hubiesen transcurrido seis meses continuados desde el internamiento del menor sin que el padre, madre, tutor u otros familiares se interesasen por él. Dado que tal apreciación y declaración del estado abandono tenía carácter judicial y era necesaria dentro del procedimiento de adopción del menor, la adopción de un menor abandonado no podía producirse durante ese plazo de seis meses en que el abandono no podía apreciarse de forma definitiva ni declararse¹⁶⁵.

La apreciación y declaración del abandono, como hemos apuntado, correspondía, conforme al art. 174 CC, por el juez competente para conocer del expediente de adopción, rompiéndose con la voluntad del Proyecto presentado por el Gobierno a las Cortes que pretendía otorgar la competencia para declarar el abandono a los Tribunales de Menores y su apreciación a las propias instituciones de beneficencia, separando la competencia para declarar el abandono y para conceder la adopción del menor, dotando al abandono de gran autonomía frente a la adopción, al separarse los procedimientos. Sin embargo, por razones de economía procesal, como apunta

¹⁶⁵ La Ley de 1970 redujo, en interés del menor adoptando, según consta en su Exposición de Motivos, el plazo para poder declarar el abandono, que anteriormente era de tres años, plazo que buscaba más los intereses de la familia natural. Sin embargo posteriormente, con la reforma del Código civil de 1981, dicho plazo se reduciría en exceso, dejándolo en treinta días.

FLÓREZ VALDÉS¹⁶⁶, en la redacción final la competencia para apreciar y declarar el abandono se atribuyó a la jurisdicción ordinaria, truncándose la posibilidad de que éste cobrase vida propia frente a la adopción, y de que, como ocurría en otros ordenamientos, al separarse ambos procesos se produjese una gran cantidad de menores abandonados en disposición de ser adoptados.

La figura del abandono se verá desplazada por la del desamparo con la nueva reforma del Código Civil en materia de adopción realizada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. Esta ley no sólo vino a proporcionar un nuevo régimen a un tema tan transcendental para los menores como la adopción, sino que vino a establecer una serie de figuras, algunas de ellas novedosas, que no por ser más necesarias algunas de ellas resultaron menos discutidas. La figura del desamparo a la que nos referimos fue una de ellas, y sin duda de las que más polémica provocaron.

El desamparo, es una institución también ligada estrechamente con la adopción, puesto que, como ocurría con el abandono, no podrá producirse adopción sin que se haya declarado previamente el desamparo. No se limita esta figura a sustituir el abandono, sino que se configura, como destaca

¹⁶⁶ ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., «El abandono y su declaración judicial, en orden a la adopción de menores abandonados», R.D.P., mayo, pp. 372-373.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN¹⁶⁷, con una serie de características que le hacen alejarse de éste y que provocan que prácticamente no se reconozca.

Esto hace referencia sobre todo a la administrativización que se va a producir de toda la materia de protección de menores con esta reforma por la Ley 21/1987 al desplazarse el control judicial en las primeras fases de la protección de menores, a un control administrativo, puesto que el desamparo inicialmente va a ser apreciado y declarado por la Administración pública competente, y no por el juez, como veremos. Este cambio de perspectiva, afirma VIVANCOS SÁNCHEZ¹⁶⁸, vino propiciado por la incapacidad funcional de los mecanismos institucionales existentes para proveer de una protección «eficaz» del menor, y supondrá una mayor agilización de los procedimientos de protección de menores.

En el mismo sentido, apunta MARTÍNEZ AGUIRRE¹⁶⁹, que sólo tímidamente se había apuntado tal cambio de perspectiva en la reforma de la tutela e instituciones afines en 1983, y que se hace ya abiertamente en la de 1987. Para este autor, «la perspectiva con la que ahora se atiende a la protección jurídico-civil del menor se encuentra en estrecha relación con su más

¹⁶⁷ SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., *Abandono y desamparo de menores en el Derecho civil español*, Fundación universitaria española, Madrid, 2004, p. 131.

¹⁶⁸ VIVANCOS SÁNCHEZ, M., «Constitución de la tutela automática tras la declaración de desamparo», AC, núm. 48, 25 al 31 de diciembre de 2000, p. 1763.

¹⁶⁹ MARTÍNEZ AGUIRRE, C., *La protección jurídico-civil de la persona...cit*, p. 1475.

radical consideración como elemento teleológico de la legislación enderezada a tal fin: la nueva regulación se hace depender estrechamente de la situación real del menor necesitado efectivamente de protección (como punto de partida), y de la eficacia de los mecanismos de protección arbitrados para obtenerla.

Se pusieron de manifiesto incluso en los debates parlamentarios de la Ley la innecesariedad de la intervención judicial y el freno que ésta suponía para la agilidad de los procedimientos de protección de menores, y por ende, la agravación de la situación de desatención de los menores que no recibían una solución rápida y adecuada ante situaciones muy graves de desatención física y moral¹⁷⁰. La familia resulta fundamental para el correcto desarrollo del menor, desde los primeros meses de vida, como han destacado numerosos estudios científicos¹⁷¹.

¹⁷⁰ La Señora SAUQUILLO, portavoz del grupo socialista en el Senado, manifestó en los debates parlamentarios de la Ley 21/1987 que «sería muy grave y no haríamos nada con este proyecto de ley, si tuviéramos que esperar a que los jueces decidiesen para esas situaciones de desamparo, porque habría muchos niños que desgraciadamente, cuando obtuvieran la resolución judicial, ya no podrían estar en la presencia del juez, porque se habrían muerto de frío y hambre» (*Diario de Sesiones del Senado*, III legislatura, 1987, núm. 46, p. 1731).

¹⁷¹ Vid. en este sentido SEVA DÍAZ, «El niño desamparado desde el punto de vista psiquiátrico. Mesa redonda sobre la nueva ley de adopción», *Revista Comunicación Siquiátrica*, 1987-1988, 14, pp. 137-150.

III. 2 La situación de desamparo

El desamparo se encuentra en la bases de toda la intervención administrativa para la protección del menor. Sobre la base del desamparo, dependiendo de la definición que se dé del mismo y la concreción de los aspectos que no se encuentran claramente delimitados en tal definición, se construirá todo el sistema y se organizará la actuación administrativa en esta materia, pudiendo dar lugar a diversos conceptos en cuanto a la protección del menor se refiere. Así, como veremos en el caso de los menores inmigrantes no acompañados, según los criterios que utilicemos para considerar que un menor se encuentra en situación de desamparo podemos pasar de una actuación administrativa encaminada a su protección a otra totalmente opuesta destinada a su devolución al país de origen.

No olvidemos que la actuación de los poderes públicos tiene en materia de protección de menores un carácter «flexible»¹⁷², por lo que la actuación de los poderes públicos ante respecto del menor deberá desarrollarse de forma gradual adaptándose a la situación en que se encuentre el menor. Así, el significado y límites que establezcamos para la determinación de la situación de desamparo y las consecuencias jurídicas que le apliquemos, nos van a marcar a su vez la actuación administrativa

¹⁷² Vid. DE PALMA DEL TESO, A., «El derecho de los menores a la asistencia y protección de las Administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores», Cuadernos de Derecho Local (QDL), núm. 4, febrero 2004, pp. 110-111.

en las situaciones cuya repercusión negativa o el peligro para el menor no es tan grave como para considerarla desamparo, esto es, en aquellas situaciones de la L.O. 1/1996 de protección del menor denomina «de riesgo».

La consideración de la situación de un menor como de desamparo conlleva, como veremos a continuación, unas consecuencias drásticas que son la separación del menor de su familia y la adquisición de su tutela y guarda por la Administración, suspendiéndose la patria potestad de los padres sobre el menor. Por ello, al analizar la definición que la ley nos da del desamparo, debemos intentar aportar, mediante el análisis legislativo y jurisprudencial, criterios lo más precisos posibles de actuación administrativa, que ayuden a delimitar claramente el ámbito de discrecionalidad con que cuenta la Administración tanto al declarar a un menor en situación de desamparo, como al aplicar las instituciones protectoras de los menores previstas por el ordenamiento. Esto no sólo evitará que se produzca cualquier género de arbitrariedad, desproporción o falta de justificación en dichas decisiones, sino que contribuirá a defender el interés del propio menor, así como el de los padres, tutores o guardadores de los menores, aportando los elementos necesarios para defender sus respectivos derechos ante la actuación de la Administración y a exigirle, en su caso, responsabilidad por dicha actuación.

Como punto de partida para comprender mejor este concepto de desamparo que nos servirá para determinar cuándo

un menor se encuentra en dicha situación, podemos tomar como referencia los trámites parlamentarios de la Ley 27/1987, que inauguró dicho concepto en el ordenamiento español, distanciándolo del de abandono que, sin embargo, se ha mantenido en el ordenamiento italiano. Aunque las consecuencias del abandono difieren en Italia y España, ciertamente en los antecedentes parlamentarios y en la definición del desamparo del art. 172 del Código civil español se ve claramente la influencia de la definición de abandono que recoge el ordenamiento italiano en la ley núm. 184, de 4 de mayo de 1983¹⁷³ sobre el régimen de la adopción y el acogimiento de menores.

El Proyecto de de la que sería la Ley de 11 de noviembre de 1987, presentado inicialmente ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados¹⁷⁴, atribuía a las entidades públicas la tutela de los menores en situación de desamparo, pero no definía dicha situación, adoleciendo pues de los mismos problemas que la doctrina había criticado en la legislación anterior.

Por ello, la delimitación legal del desamparo terminó siendo consecuencia de la asunción por la Ponencia del Congreso de una fórmula transaccional entre dos de las enmiendas presentadas al párrafo 1 del art. 172 del CC¹⁷⁵, que pretendían dar una definición de dicho concepto.

¹⁷³ Suplemento ordinario a la Gazz. Uff. N. 133 del 17 de mayo.

¹⁷⁴ Cfr. *BOCG. Congreso de los Diputados*, III legislatura. Serie A. núm. 22-I, del 4 de febrero de 1987, pág. I y sigs.

¹⁷⁵ Las distintas enmiendas se encuentran publicadas en el *BOCG. Congreso de los Diputados*, III legislatura, núm. 22-4, del 13 de marzo de 1987, p. 13 y ss.; el informe

La primera de dichas enmiendas es la núm. 7, del Grupo parlamentario vasco, se inspiraba en la anterior redacción del art. 174 del CC, y proponía la siguiente redacción, que se decantaba por la elección del término «abandono» en lugar de «desamparo»: «Se considerará abandonado al menor no emancipado que carezca de persona que le asegure la guarda, alimentos y educación. Para apreciar esta situación será irrelevante que se haya producido por causas voluntarias o involuntarias. La situación de abandono será apreciada y declarada por el juez competente, bastando para que se dé la misma que hayan transcurrido treinta días sin que nadie, padre o tutor del menor, se interesen por él de modo efectivo, mediante actos que demuestren la voluntad de asistencia. La mera petición de noticias no interrumpe por sí sola el mencionado plazo».

La segunda enmienda, la núm. 37 del Grupo parlamentario socialista, proponía esta otra redacción: «Se considera como situación de desamparo aquélla en la que se produce un incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección que la ley establece en favor de los menores». La diferencia más relevante de esta enmienda respecto de la anterior es que, en este caso, la situación de desamparo no había de ser apreciada o declarada por el juez, criterio que como ya hemos manifestado es el que arraigó en la definitiva redacción del artículo

de la Ponencia se puede encontrar en BOCG. *Congreso de los Diputados*, III legislatura, núm. 22-5, de 2 de junio de 1987, p. 63 y ss.

172.1 del Código por la Ley del 11 de noviembre de 1987, y que venía ya vislumbrándose desde el Preámbulo de la Ley¹⁷⁶. Esta desjudicialización supondrá una de las grandes novedades introducidas por la Ley 21/1987, al otorgar la posibilidad de actuación a los poderes públicos sin depender de una resolución judicial previa, aspecto que fue bastante criticado por un sector de la doctrina¹⁷⁷.

También delimita esta enmienda otros aspectos que van a ser fundamentales en la nueva concepción del desamparo, aparte del propio término: la tutela la adquiere la Administración *ex lege* y no existe plazo alguno para que se pueda apreciar el desamparo, produciéndose por el «incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección».

La redacción final que dio la Ley 21/1987 al art. 172.1 del Código civil, recogiendo los caracteres básicos del desamparo

¹⁷⁶ El preámbulo de la ley mencionaba, refiriéndose a la legislación anterior «resultaba inapropiado el tratamiento dado a los supuestos de abandono de menores, porque, debido a su rigidez, impedía o dificultaba en la práctica la realización de adopciones a todas luces recomendables». Entre otras razones, la denunciada «rigidez» que pretendía subsanar la Ley procedía de la necesidad de que el abandono fuera apreciado y declarado judicialmente, establecido en el párrafo final del artículo 174 del Código civil, redactado por la Ley de 4 de julio de 1970.

¹⁷⁷ En este sentido, opina RUIZ-RICO RUIZ que teniendo en cuenta el grado de indefensión que para los progenitores puede suponer la decisión de la Entidad sobre el grado de falta de asistencia en que pudiera encontrarse un menor, el desamparo debería ser acordado por el juez aunque la tutela pueda ser constituida por la Entidad pública (RUIZ-RICO RUIZ, J.M., «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores», Actualidad Civil, t. I, 1988, p. 70); en la misma línea crítica podemos mencionar a otros autores como RAMOS SÁNCHEZ, J. «Algunas consideraciones jurídicas sobre al Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre protección de menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad», La Ley, t. II, 1989, p. 996 y ss; FELIU REY, M.I., *Breve estudio de las nuevas figuras introducidas por la Ley 21/1987*, de 11 de noviembre, Actualidad Civil, vol. III, 1989, p. 2754.

hasta nuestros días, fue la siguiente: «La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, tiene por el ministerio de la ley la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

Podemos destacar varios aspectos de esta definición. En primer lugar, el papel primordial que otorga a la Administración pública competente en el respectivo territorio en materia de protección de menores, corresponsabilizando a la Administración en una tarea que hasta el momento se había venido entendiendo prácticamente exclusiva de los padres o de la beneficencia.

Un aspecto central en que se demuestra este nuevo papel de los poderes públicos en el cuidado de los menores, lo extraemos del hecho de otorgar el artículo *ope legis* la tutela de los menores que respondan a la situación de desamparo que define. Después de esta ley comenzaron ya a dictarse algunas normas autonómicas relativas a la protección de menores, que otorgaban dicha tutela a los órganos correspondientes de cada Comunidad

autónoma¹⁷⁸, aunque tras la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor –aún más clara en el aspecto de otorgar la tutela de los menores en desamparo a los órganos designados por las normas autonómicas¹⁷⁹–, se regulará en materia de protección de menores por todas aquellas Comunidades que aún no lo habían hecho e incluso se modificaron algunas de las normas que ya se habían dictado para adaptarlas a las nuevas exigencias, sobre todo de carácter administrativo, de la ley estatal.

El desamparo, en palabras de GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA¹⁸⁰, «es la base imprescindible para la inmediata intervención administrativa de protección por parte del Ente público correspondiente». No debemos interpretar estas palabras

¹⁷⁸ Así, por ejemplo, la Ley 10/1989, de 14 de diciembre de la Comunidad de Aragón (BO. Aragón núm. 134, de 20 de diciembre de 1989, BOE núm. 5, de 5 de enero de 1990); el Decreto 143/1990, de 18 diciembre, de diciembre de la Comunidad de Castilla-La Mancha (DO. Castilla-La Mancha de 26 de diciembre de 1990); Decreto 14/1991, de 18 de abril, por el que se establecen medidas para la aplicación en La Rioja de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de adopción y otras formas de protección de menores (BOR 53/1991, de 25 abril 1991); o la Ley 37/1991, de 30 de diciembre en Cataluña (DO. Generalitat de Cataluña núm. 1542, de 17 de enero de 1992), sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción. Todas estas normas actualmente se encuentran ya derogadas.

¹⁷⁹ Así, además de conservarse prácticamente inalterada la redacción dada al artículo 172.1 del Código civil por la Disposición final quinta de la LOPJM en este punto, al disponer que «1. La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda», posteriormente la misma ley, en su disposición final vigésima segunda establece que «Las entidades públicas mencionadas en esta Ley son las designadas por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con sus respectivas normas de organización».

¹⁸⁰ GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P., *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 29.

en un sentido reduccionista, puesto que las distintas Administraciones públicas tienen el deber de protección y ayuda de los menores también en situaciones de desprotección del menor distintas al desamparo.

Por último, hemos de detenernos en el concepto de desamparo establecido en el art. 172.1 CC. Pese a la voluntad de otorgar una definición y la necesidad de la misma, el resultado continúa acusando un notable grado de indeterminación. Resulta indispensable diseccionar cada una de las causas que pueden llevar a un menor a la situación de desamparo para dotar de coordenadas reales al concepto y proporcionar criterios de decisión en las circunstancias de difícil o dudosa aplicación. Así, estudiaremos a continuación cada una de las circunstancias que puedan ayudarnos a una más clara comprensión de su significado y alcance.

III.3 Características y requisitos del desamparo

III.3.1 El desamparo como situación «de hecho»

Al detenernos en el análisis de la definición del desamparo, lo primero que nos llama la atención, es que conceptúa como una situación que se produce «de hecho». Este énfasis de la norma

pretende poner énfasis en la objetividad que comporta la situación de desamparo.

La consideración de la situación de un menor como desamparo pretende abstenerse de circunstancias subjetivas, y no valorar causas ni intenciones, sino atender únicamente a datos externos. Basta con que el menor «quede *de hecho*, privado de la necesaria asistencia moral o material¹⁸¹».

El desamparo se configura como un concepto objetivo puesto que el art. 172.1 párrafo 2, *in fine*, señala que es preciso que, como consecuencia del incumplimiento, los menores «queden privados de la necesaria asistencia material o moral». Deja a un lado las distintas causas que pueden llevar a esa privación, así como las intenciones o comportamientos que puedan tener los responsables del menor, puesto que la prioridad se sitúa en dar pronta solución a la situación del menor antes que en buscar posibles culpables de la misma.

En opinión de BALLESTER DE LOS RÍOS¹⁸², si mantenemos esta postura objetiva, podemos deducir que, aunque haya un incumplimiento de los deberes de protección por padres o tutores, si alguien ampara al menor no entrará en juego la tutela automática, «el incumplimiento de los deberes de protección no se

¹⁸¹ Vid. en este sentido, FERRER VANREL, M.P., «El acogimiento familiar en la Ley 21/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la “potestad” de guarda», ADC, tomo XLVI, enero-marzo 1993, p. 173, que estima que se trata «de una situación existente actualmente»; RUIZ-RICO RUIZ, J.M., «Tutela *ex lege*...», cit., p. 63; FELIU REY, M.I., *Comentarios a la Ley de Adopción*, Tecnos, 1989, p. 30.

¹⁸² BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M^a., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 28.

refiere a ninguna persona en concreto, luego la declaración de desamparo no tendrá lugar si dichos deberes se cumplen, no importando por quién se cumplen». Se está refiriendo a las situaciones en las que existe una guarda de hecho (a la que se refieren los arts. 303, 304 y 306 CC), que LASARTE ÁLVAREZ¹⁸³ define como «el mecanismo protector que se produce cuando un menor vive con una familia distinta de la de origen, y se hace cargo de él intervención administrativa ni judicial. En estos casos, la familia, que ejerce la guarda sobre el menor, le custodia, protege y gestiona su patrimonio, en definitiva ejerce las funciones de guarda, sin tener ninguna potestad sobre el menor y sin que existan formalidades legales»¹⁸⁴.

¹⁸³ LASARTE ALÁVAREZ, C. y otros, *Curso sobre la protección jurídica del menor*, Colex, Madrid, 2001, p. 157

¹⁸⁴ Esta figura de la guarda de hecho es bastante difusa, pese a haber sido ser reconocida por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de modificación de determinados artículos del Código Civil en materia de incapacitación y tutela. Los artículos 303, 304 y 306 CC que se refieren a ella, prácticamente se limitan a reconocer su existencia y otorgarle algunos efectos jurídicos que se concretan en establecer cuándo son válidos los actos realizados por el guardador de hecho, y en el derecho que tiene a la reparación por posibles daños y perjuicios.

Tampoco resultan claros los supuestos que deben englobarse como guarda de hecho, un sector doctrinal considera que debe incluir exclusivamente los supuestos en que los menores no se encuentran bajo la patria potestad, por ejemplo, por haber fallecido los padres, es decir, aquellos supuestos en que los menores tendrían que estar sometidos a tutela, pero ésta no se han constituido, o supuestos en los que el tutor ejerza el cargo sin título alguno, esté inhabilitado, o haya cesado legalmente en el ejercicio del cargo, y, pese a ello, siga ejercido la función de guarda. Para otro sector doctrinal en cambio, pueden incluirse, además, los supuestos de menores que, estando bajo la patria potestad de los padres, éstos han delegado el ejercicio de la guarda en un tercero que puede ser pariente o no, (abuelos u otros parientes que ejerzan sobre el menor una guarda de hecho), por considerarse que si los titulares de la patria potestad pueden delegar algunas de sus funciones, como la guardan en la administración, también podrán

Pese a estas lógicas afirmaciones, si nos remitimos a las normas autonómicas de protección de menores, y a las causas de desamparo que establecen, nos surge la duda a cerca de la posible declaración de desamparo por parte de la Administración de un menor que se encuentra en situación de guarda de hecho. Así, por ejemplo, el art. 23.1, párrafo i) de la Ley 6/1998 de derechos y atención a los menores en la Comunidad autónoma andaluza, establece como causa de desamparo «La falta de las personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda...», y lo mismo dispone la Ley 12/2001 de la Comunidad de Aragón en su art. 59.2 párrafo b). No requieren estas normas, en principio, que se de una privación de asistencia material o moral en los menores, aunque de un análisis sistemático de los preceptos entendemos que, en estos casos, la Administración no debe declarar a los menores en desamparo, sobre todo en los casos en que tal guarda se ejerce con consentimiento, al menos implícito, de los padres o tutores a quienes corresponde la guarda del menor.

En el resto de los casos, nos encontraríamos ante situaciones en que ante la ausencia de las personas a las que legalmente corresponde la guarda del menor, estos han pasado al cuidado de otra persona, familiar o no, constituyéndose una guarda de hecho que ha encubierto una situación de desamparo. Entendemos que en tales situaciones la Administración, si llega a

hacerlo, con mayor razón, en terceros que incluso incluso pueden ser parientes del menor.

su conocimiento, debe intervenir y puede declarar el desamparo, o en su caso, si las necesidades de toda índole del menor están cubiertas, realizar las actuaciones necesarias para convertir la situación en una más estable y con mayores garantías para el menor, por ejemplo, convirtiendo en acogedores o tutores a los guardadores de hecho¹⁸⁵.

El carácter objetivo del desamparo, al que nos venimos refiriendo, que nos lleva a atender a datos puramente externos para su apreciación, sin juzgar valores internos de los que han incumplido o están imposibilitados para ejercer sus deberes para con los menores, ni las causas que han motivado su conducta, lo ha puesto también de relieve la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 22 de junio de 1996 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*

¹⁸⁵ El sentido de esta actuación de la Administración es el mismo que el del art. 303 CC, aunque ya aplicando la obligación de protección de los poderes públicos a los menores. El mencionado artículo establece medidas de protección que puede adoptar el juez que tenga conocimiento de la existencia de una guarda de hecho, disponiendo que «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».

protección social y económica de los menores (cfr. artículo 39 CE)».

Por otro lado, el planteamiento objetivo del desamparo nos aleja de la posible consideración del mismo como una sanción provocada por el comportamiento de los padres, de manera que se pone el acento en lo fundamental, que es la protección del menor. La declaración de desamparo, responde a una lógica distinta que las medidas limitadoras de la patria potestad. Las medidas de limitación de la patria potestad corresponden a una óptica propia del Derecho civil que entiende dichas medidas desde el concepto de culpabilidad¹⁸⁶, mientras que la declaración de la situación de desamparo de un menor es un acto administrativo que encuentra su motivación en el derecho del menor a recibir

¹⁸⁶ En este sentido, considera GITRAMA GONZÁLEZ, M., «Notas sobre la protección civil del menor en las crisis conyugales», en *La tutela de los derechos del menor*, AA.VV. GONZÁLEZ PORAS, J.M. (dir.), Córdoba, 1984, p. 180, que «la privación de la titularidad de la patria potestad responde indudablemente a criterios de culpabilidad y subsiguiente sanción, criterios de los que, por mucho que se pretenda objetivizar y privatizar el Derecho de familia, difícilmente se podrá prescindir». También VARGAS CABRERA, B., «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87», *Anuario de Derecho Civil*, 1991 (2), p. 620 y *La protección de menores en el Ordenamiento Jurídico*, Comares, Granada, 1994, p. 16, contraponen el art. 170 CC al antiguo 174 que regulaba el abandono de menores, exponiendo respecto del primero, que «la estructura de la norma sigue siendo la de incumplimiento-sanción, basada en el descuido-desinterés, y que la privación de la patria potestad por el art. 170 se hace fundamentalmente en razón de la actuación de los padres hacia el hijo, sin demandarse un resultado específico de carencias y perjuicios materiales y morales a éste, como sucedían en el concepto de abandono del artículo 174».

protección por parte de los poderes públicos cuando esta no es posible en el ámbito de su familia¹⁸⁷.

En principio, el carácter objetivo del desamparo en el ordenamiento español impediría también la toma en consideración de las causas de fuerza mayor para evitar una situación de desamparo, incluso si éstas son de carácter transitorio¹⁸⁸, al contrario de lo que ocurre en el ordenamiento italiano, donde el art. 8.1 de la Ley de 4 de mayo de 1983, en caso de que existan circunstancias transitorias de fuerza mayor que hayan motivado la falta de asistencia excluye la posibilidad de declarar el estado de abandono del menor.

No obstante, también hemos de tener en cuenta que en el ordenamiento italiano la situación de abandono del menor es necesaria para declarar el estado de adoptabilidad del mismo, mientras que en la normativa española, en primer lugar la situación de desamparo del menor puede resolverse con actuaciones de protección de carácter temporal como el acogimiento del menor, y no necesariamente con la adopción del mismo. También ofrece la posibilidad el ordenamiento español de

¹⁸⁷ Que esta no sea la función que cumple el ordenamiento administrativo respecto de los menores no excluye que el incumplimiento de los padres del deber de tener en su compañía a los hijos sea un deber sancionado tanto civil (con la pérdida de la patria potestad según el art. 170 CC), como penalmente (mediante los delitos y faltas por no prestar la asistencia debida, abandono de menores –incluso temporal, la entrega sin consentimiento del menor a un tercero, etc., regulados en los artículos 226, 229, 230, 231, 232, 233, 618 y 622 del Código Penal).

¹⁸⁸ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., *El desamparo...*, cit., p. 34.

establecer una guarda administrativa (art. 172.2 CC) en caso de que los padres, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor durante un tiempo. En este caso, la entidad pública responsable de la protección de menores en la Comunidad autónoma asume la guarda durante el tiempo en que se prolongue la causa de fuerza mayor que impide a los padres el cuidado, siendo esta la institución más aconsejable en dicho supuesto para evitar que la Administración se vea obligada a declarar el desamparo de los menores.

III.3.2 Causas del desamparo

El artículo 172.1 del Código Civil, establece que el desamparo se produce de hecho «a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores...». No son pocas las dudas que nos asaltan al leer este enunciado, dudas que se refieren tanto a concreción de estas causas que se nos enuncian de modo tan genérico, como a las diferencias entre circunstancias que *ab initio*, nos pueden parecer bastante similares. Además, estas causas habrá que completarlas con las que establecen las distintas leyes autonómicas de protección de menores, que no en todos los casos se limitan a hacerse eco de la definición recogida en el Código Civil, y añaden también sus

propias circunstancias que pueden dar lugar al desamparo en sus respectivos territorios.

Si nos atenemos al tenor literal del artículo que 172.1 CC, podemos decir en principio que son tres las causas que pueden dar lugar a la declaración de desamparo de un menor: el *incumplimiento* de los deberes de guarda sobre el mismo, el *imposible ejercicio* de dichos deberes, y su *inadecuado ejercicio*.

En esta línea, GONZÁLEZ POVEDA¹⁸⁹, estima que son tres las causas del desamparo: en primer lugar, el incumplimiento de los deberes de protección por el que tiene la guarda del menor, siempre que el mismo sea real y su gravedad justifique las importantes consecuencias jurídicas que se derivan de esta situación; en segundo término, el inadecuado ejercicio de los deberes tuitivos cuando traiga consigo un peligro importante para la salud física o psíquica del menor o para su formación integral; por último, la imposibilidad en el ejercicio de dichos deberes, motivada por una causa de fuerza mayor que impide al guardador el ejercicio de los deberes de protección, esto es, el incumplimiento involuntario o forzoso.

Pero no todos los autores establecen esta separación entre las causas, sino que interpretan, siguiendo un método hermenéutico de carácter lógico y no literal, que el desamparo sería debido al incumplimiento de los deberes de protección para

¹⁸⁹ GONZÁLEZ POVEDA, P., *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, Pamplona, 1997, pp. 805-807.

con el menor, y que dicho incumplimiento podría ser causado, bien por un inadecuado ejercicio de los deberes a los que nos referimos, o por el imposible ejercicio de los mismos¹⁹⁰.

Interpretando de forma literal el precepto nos encontraríamos con dos grupos de causas, dependiendo de si la falta de cumplimiento de los deberes de protección es de carácter involuntario, esto es, inimputable a los que ostentan la guarda sobre el menor, que sería el caso *imposible ejercicio*, o si existe una cierta voluntariedad en la infracción, en que estaríamos ante el *incumplimiento o inadecuado ejercicio* de los deberes legales para con el menor.

III.3.2.1 Los deberes de protección establecidos para la guarda de los menores

Para saber cuando se produce un incumplimiento o un inadecuado o inadecuado ejercicio de los deberes familiares para con el menor que pueden llevarle a una situación de desamparo, tendremos previamente que conocer cuáles son esos deberes, y si la referencia a ellos que hace el art. 172.1 CC se aplica a todos los deberes que forman parte del contenido personal y patrimonial de la patria potestad y la tutela, recogidos en los artículos 154 a 168 y 259 a 285 del Código Civil.

¹⁹⁰ Lo entiende de este modo SANCHO REBULLIDA, F., *El nuevo régimen de la familia. IV, acogimiento y adopción*, Civitas, Madrid, 1989, p. 85.

Basándonos en el contenido de estos artículos, podemos establecer un elenco de los deberes establecidos para la guarda de los menores:

Velar por el menor. Esto se traduce en la vigilancia de los actos del menor para evitar cualquier supuesto que entrañe, bien un peligro físico, bien moral, y en cualquier caso, es precisa una actitud de atención, interés y preocupación por la personalidad del menor, por sus comportamientos, así como por su formación.

Tenerlo en su compañía. Esto nos remite a la obligación de convivencia material, conllevando también la comunicación afectiva e intelectual. Esto no implica que, con carácter temporal, el menor resida en un domicilio diferente al de sus padres, siempre y cuando sea beneficioso para el mismo; por lo tanto, el menor podrá ser internado en un colegio durante el período escolar con fines educativos.

En relación con estos dos primeros deberes podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª, de 7 de abril de 2005, que, al relatar las circunstancias que llevaron a declarar el desamparo de una menor, pone de manifiesto el inadecuado ejercicio de la madre de estos deberes de velar por la menor y tenerla en su compañía (en el sentido de la necesaria comunicación afectiva e intelectual)¹⁹¹.

¹⁹¹ El Fundamento de Derecho sexto de la Sentencia manifiesta que «ni en las primeras etapas de la vida de la menor, ni luego cuando volvió a convivir con ella tras permanecer interna durante tres años en un centro de protección, demostró la madre la

Alimentarlos. No se limita este deber únicamente a proporcionar asistencia alimenticia a los hijos. Podemos decir que tiene una doble dimensión esta obligación: de cobertura económica, de una parte, que implica que los padres o tutores han de sufragar todos los gastos producidos por sus hijos menores no emancipados, y de asistencia directa por otra parte, que la extiende al sustento, habitación, vestido y asistencia médica¹⁹².

Educarlos. Procurándoles una formación integral. Esta obligación parte del contenido que da a la educación el art. 27.2 CE, que «tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana».

III.3.2.2 El imposible ejercicio de los deberes de protección del menor

Este supuesto es el de más difícil caracterización. Nos encontramos en este caso ante una vulneración forzosa de los deberes integrantes de la esfera personal de la patria potestad, y

idoneidad y aptitud adecuada para desempeñar funciones parentales. Existió cierta incapacidad para la comunicación y comprensión recíproca determinante de un distanciamiento y paulatina pérdida de afectividad motivada también por determinadas carencias para el trato; la relación fluida, el entretenimiento, la formación, educación y convivencia al igual que cierto desinterés por un estado, evolución y necesidades que quedaron postpuestas al anteponer la madre las suyas propias incapaz de superar el revés que para su relación supuso el retorno de su hija al hogar familiar de cuya situación, pronto se arrepintió incapaz de afrontar y aceptar buena parte de los sacrificios, privaciones y condicionamientos que supone el cuidar de un menor y el ejercicio responsable de una relación materno filial sin ningún tipo de apoyo ni ayuda familiar».

¹⁹² Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., «Comentarios a los artículos 154-161 CC» en *Comentarios a las Reformas del Derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1052 y ss.

que, por tanto, son imputables al sujeto productor del mismo. Desde esta perspectiva, podemos incluir en este supuesto diversas situaciones, como enfermedades físicas y mentales aunque no sean determinantes de una incapacidad, situaciones de drogadicción o alcoholismo, ausencia de medios económicos por paro o emigración, e incluso añade VARGAS CABRERA el déficit socio-cultural de gran intensidad¹⁹³.

Dentro de estos motivos podemos distinguir, entre la imposibilidad económica de atender al menor, para referirnos a la situación en la que los padres, tutores o encargados del menor no pueden ocuparse de él por carecer de los recursos necesarios¹⁹⁴. En segundo lugar la incapacidad de mantener al menor, en la que podemos incluir los casos en que los encargados del menor no pueden cumplir su función por causa de una incapacidad de tipo personal, ya sea por una alteración psicológica, una enfermedad, drogodependencia, etc.

¹⁹³ VARGAS CABRERA, «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas...», *cit.*, p. 626.

¹⁹⁴ El caso de las mujeres inmigrantes embarazadas, normalmente subsaharianas que viajan a España en patera en avanzado estado de gestación con el objeto de tener sus hijos en España y que estos tengan la posibilidad de obtener la nacionalidad española, es uno de estos casos de imposibilidad económica de atender al menor. A esta problemática se suma el desconocimiento de los mecanismos de protección de menores existentes y el miedo a acudir a las autoridades porque la situación administrativa de las inmigrantes suele ser de irregularidad administrativa en nuestro país. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª), de 16 de noviembre de 2004, se refiere precisamente a una declaración de desamparo de los hijos de una inmigrante subsahariana, debido a que ésta los dejó a cargo durante más de un año de otras personas sin informar en ningún momento a los Servicios Sociales competentes ni seguir los cauces legales previstos.

Como hemos afirmado más arriba y ha establecido reiteradamente la jurisprudencia, para que exista desamparo es indiferente la voluntariedad o involuntariedad de la acción (u omisión). Así, afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 3 de enero de 2003, en su Fundamento de Derecho segundo que *«...resultará indiferente si esa omisión o ejercicio inadecuado es imputable a los padres o tutores o a circunstancias de hecho que lo impidan, ya que la ley expresamente prevé que existirá desamparo aunque el incumplimiento de los deberes por parte de los padres o tutores sea imposible¹⁹⁵»*.

Surge en estas situaciones un conflicto grave de intereses, puesto que existen, según VALLADARES RASCÓN¹⁹⁶, dos caminos que se pueden seguir en la protección del menor. Una consiste en proteger al menor por encima de todo, sin tener en cuenta la situación socio-económica de la familia, que es la que parece interpretarse de la literalidad de la reforma de 1987. La otra, intenta equilibrar los intereses que concurren, del menor y de la familia, realizando un detenido estudio de todas las circunstancias que acontezcan.

¹⁹⁵ En el mismo sentido podemos citar los Autos de la Audiencia Provincial de Málaga de 30 de abril de 1999, donde se establece que es indiferente si la desatención se produce por causas voluntarias o involuntarias (en este caso la drogodependencia) *«irrelevancia que establece el art. 172 CC en cuanto recoge como origen del desamparo tanto la inadecuación como la imposibilidad del ejercicio de los deberes de protección (...)*», y el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de febrero de 2000, o entre las resoluciones más recientes, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de marzo de 2005.

¹⁹⁶ VALLADARES RASCÓN, E., «Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción», Poder Judicial, nº 9, marzo de 1988, p. 31.

La asunción del primer sistema supone, no sólo una manifiesta injusticia, sino también un considerable ataque a la institución familiar constitucionalmente reconocida y protegida, pudiendo, llevada al extremo, suponer «una especie de confiscación de los hijos de los pobres en favor de los ricos»¹⁹⁷. La doctrina se ha manifestado contraria a esta solución¹⁹⁸, ya que cuando la familia tiene problemas económicos caben otras alternativas.

A este respecto, es muy aclaratorio el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6ª, de 3 de febrero de 2000, en un conocido caso que tuvo eco en los medios de comunicación, que, en su Fundamento jurídico tercero establece que «*la situación de bonanza en la nueva familia acogedora no es razón suficiente para*

¹⁹⁷ VALLADARES RASCÓN, E., *ibidem*.

Estos argumentos encuentran también apoyo en la jurisprudencia, la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ª, en un Auto de 28 de abril de 1999, pone de relieve que la declaración de desamparo se produce, no por hecho de carecer de bienes suficientes, sino porque la conducta, en relación a los menores, provoca que éstos se encuentren faltos de los cuidados mínimos, implicando esto la falta de la «necesaria asistencia moral y material» que constituye como veremos el requisito *sine qua non* de la situación de desamparo. Será necesario en estos casos que los padres se apoyen en la Administración, en las posibles ayudas y que acepten la intermediación de los Servicios Sociales, que en muchas ocasiones rechazan por temor a verse privados de los hijos, antes de que una situación de riesgo para el menor se termine convirtiendo en un desamparo. Otro Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, de 2 de marzo de 1999, se refiere justamente al supuesto de una madre sin domicilio por carecer de ingresos económicos que y además es toxicómana. La Audiencia en este caso confirmó la declaración de desamparo realizada por la Junta de Andalucía ya que la madre «...*lejos de acudir bien a su familia, bien a las autoridades públicas a fin de que se hiciesen cargo de los menores, optó por tenerlos consigo en condiciones claramente precarias y por ello insuficientes para una correcta educación integral de los menores...*».

¹⁹⁸ RUIZ-RICO RUIZ, J.M., «La tutela *ex lege*...», cit., p. 63; VALLADARES RASCÓN, E., cit., p. 32.

la adopción de una decisión, incluso si tal bonanza no lo es sólo material sino también afectiva y social porque toda la normativa de protección al menor destaca la necesidad de procurar la reinserción del menor con la familia original, por lo que el hallazgo de una familia ideal no tiene por qué contraponerse a la posibilidad de reinserción en su familia original, pues es sabido que el grado de bienestar material y afectivo no se da en todas las familias por igual hacia sus hijos y no por ello se piensa en promover mutaciones familiares en aras de colocar a los hijos en la que sea posible alcanzar para el menor una situación poco menos que idílica; el interés del menor no consiste pues en procurarle, encontrarle el mejor núcleo familiar posible, a modo de una subasta familiar en la que cada familia pujaría ofreciendo los mejores servicios materiales disponibilidades afectivas, sino en su mantenimiento en el núcleo familiar de pertenencia por razón de nacimiento que es el naturalmente llamado a proporcionar los mayores lazos afectivos y donde naturalmente ha de desarrollarse con mayor potencialidad su personalidad»¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Estima acertada BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, la posición de la Audiencia, y considera que «el hecho de que un niño se encuentre a gusto con la familia a cuya custodia ha sido encomendado no puede predominar sobre la opción preferible en principio, legalmente reconocida, de procurar la reinserción en su familia original; en este caso la familia adoptiva. No cabe duda de que, además, junto con el interés material y afectivo del niño, existe también un interés de sus padres, naturales o adoptivos, que debe ser respetado. La protección del menor no consiste en proporcionarle los mejores padres o guardadores posibles, sino en confiarle a quienes por naturaleza o adopción les corresponde, salvo los supuestos excepcionales en los que los mismos incumplen sus deberes de protección, dando así lugar a una situación de desamparo de sus hijos (...) La situación de desamparo sólo puede pues declararse en circunstancias de extrema necesidad, no puede depender de meros criterios educativos, más o menos acertados,

La propia LOPJM establece en su art. 11.1 párrafo 3º, al referirse a los principios de actuación de las Administraciones públicas en materia de menores que «se impulsarán políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales. En todo caso, el contenido esencial de los derechos del menor no podrá quedar afectado por falta de recursos sociales básicos». Más explícita es la Ley italiana de 4 de mayo de 1983, cuya modificación por la Ley núm. 149, de 28 de marzo de 2001, dispone en su art. 1.2 que «Le condizioni di indigenza dei genitori o del genitore esercente la potestà genitoriale non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia. A tal fine a favore della famiglia sono disposti interventi di sostegno e di aiuto», no podrá privarse al menor de su derecho a la familia únicamente por esta circunstancia.

Es necesaria la intervención de las Administraciones públicas en estos casos, con medidas de apoyo a la familias, incluso de carácter económico. Carecería de sentido declarar a un menor en situación de desamparo por carencias en su cuidado motivadas por las necesidades económicas de sus padres, y como medida de protección establecer, un acogimiento y

pero opinables» (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «¿Protección de menores "versus" protección de progenitores? [Comentario al AAP Sevilla, de 3 febrero 2000 (AC 2000, 56)]», Aranzadi Civil , Vol. III, pp. 2193-2195.

remunerar al acogedor, circunstancia prevista en la legislación autonómica al respecto²⁰⁰.

Dentro de la graduación de las actuaciones de la Administración ante las situaciones de necesidad del menor, esta sería una actuación de primer grado, es decir, de apoyo de los poderes públicos a la familia con objeto de evitar que se produzcan riesgos para el menor²⁰¹. Sin embargo, algunas Comunidades Autónomas exigen que se haya declarado o al menos realizado una propuesta en orden a declarar la situación de riesgo del menor para establecer ayudas económicas²⁰². Dicha

²⁰⁰ Podemos citar, a modo de ejemplo, la Orden de 11 febrero de 2004, de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, que regula las prestaciones económicas de las familias acogedoras de menores; la Orden de 27 de diciembre de 2005, que regula y convoca prestaciones económicas individualizadas por acogimiento familiar de menores en la Comunidad autónoma de Castilla-La Mancha, para el año 2006; o la Orden de 27 de diciembre de 2004 de la Consejería de Bienestar Social de la Comunidad valenciana, que regula y convoca prestaciones económicas individualizadas por acogimiento familiar de menores, simple o permanente, para el año 2005.

²⁰¹ Entendemos que las normas de carácter preventivo, esto es, de apoyo previo a la familia son las más indicadas en estos casos. En este sentido resulta un buen ejemplo el Decreto 8/1998, de 28 de abril, del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo de Aragón, que regula (art. 1) «... la concesión de ayudas económicas de carácter personal con el fin de atender situaciones de necesidad que provoquen desarraigo convivencial en el marco familiar, cuando éste afecte a menores. Estas ayudas consistirán en prestaciones económicas directas y finalistas por una o varias veces, sin que en ningún caso puedan revestir carácter periódico». En su art. 2 establece como posibles beneficiarios de esta prestación «cualquier persona o familia bajo cuya responsabilidad se encuentren los menores, siempre y cuando la situación de necesidad constatada no pueda ser cubierta por alguna de las prestaciones recogidas en el sistema general de protección social...».

²⁰² En este sentido, la de 18 de diciembre de 2003 de la Consejería de Bienestar Social de Castilla-La Mancha, convoca prestaciones económicas a favor de menores, discapacitados y mayores, y dice en su Base primera que «1. La presente Orden tiene por objeto la convocatoria de prestaciones económicas a favor de menores, discapacitados y mayores, de naturaleza subvencional, dirigidas a paliar situaciones de necesidad puntuales o prolongadas, entendidas como medidas de acción positiva, con el fin de

posibilidad es menos aconsejable puesto que la actuación de los poderes públicos debe proporcionar a la familia capacidad para cubrir las necesidades del menor antes de que pueda producirse un riesgo para éste, aunque sigue siendo positiva en cuanto no implica la separación del menor de su familia, sino que se apoya al menor en el seno familiar, actuando ante la situación de riesgo que, de demorarse la actuación administrativa, podría convertirse en desamparo.

La segunda postura a la que nos referíamos, que pretende poner en la balanza tanto los intereses del menor como los de la familia, considerando todas las circunstancias concurrentes del caso, es a la que se inclina más la jurisprudencia, refiriéndose a ella como «interpretación restrictiva de la declaración de desamparo». Sentencias como las de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), de 20 de abril 2005 y 24 de noviembre de 2004, establecen (ambas en su Fundamento de Derecho primero), en este sentido que, *«para apreciar la situación de desamparo se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, tendiendo fundamentalmente al interés del menor, sin desconocer, empero, la necesaria protección de la situación familiar a que pertenece dicho menor, conforme a lo dispuesto en el art. 39.1 de nuestra Constitución, por lo que se*

promover la integración familiar, la autonomía personal y la atención especializada en centros». No obstante «2. Las prestaciones a favor de menores se limitarán a situaciones de riesgo, propuesta o declarada. Los menores estarán en su familia natural nuclear».

hace necesario estimar que la asistencia moral y material de los menores en orden a la declaración de desamparo, ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales, de tal manera que sólo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, es decir, los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esa situación (...). En definitiva, la situación de desamparo, sea o no voluntaria o querida por los progenitores, ha de ser siempre estimada restrictivamente».

También se ha referido el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 143/1990, de 26 de septiembre y 28/1993, de 18 de octubre, a la necesidad de compaginar el primordial y preferente interés del menor, con otros intereses en juego que revisten también extraordinaria importancia, señaladamente los que ostentan los padres biológicos.

Resulta necesario incluir entre los elementos de juicio, al interpretar los supuestos contemplados en el art. 172.1 CC, todos los relevantes, incluidos los aspectos culturales y no sólo los económicos. Respecto a estos, es muy ilustrativo el Auto de 2 de octubre de 1999, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, donde se determina la inexistencia del

desamparo, basándose, fundamentalmente, en el informe de los psicólogos adscritos al Juzgado de Menores. Y es ilustrativo, porque en el Auto se contempla la necesidad de valorar cada situación en el propio contexto que se produce, entendiendo los diferentes modos afectivos que se producen entre la cultura rural con un nivel socio-económico bajo, y la clase media urbana. En concreto, dice el Auto que *«las actividades, valores, y forma de expresión del afecto, son peculiares de la cultura rural con un nivel socio-económico bajo. Los padres presentan déficits en sus estilos educativos, que tiene que ver, a su vez, con la educación que ellos mismos han recibido, el medio en el que se desenvuelven, su nivel económico, etc., y todo ello delimita una escala de valores muy distinta de la que se valora como medio de la clase media urbana, debiendo ser evaluados los menores en ese contexto, y, finalmente, que en tal contexto presentan un apego afectivo hacia sus padres y hacia sus hermanos, no se encuentran socialmente aislados y tienen además un equilibrio madurativo aceptable»*.

Distinto de apreciar los niveles culturales y de extracción social de la familia, es considerar otros aspectos subjetivos. En numerosísimas ocasiones se alega, pese a la existencia de circunstancias que ponen de manifiesto las carencias en el ejercicio de los deberes de protección, el amor y afecto de los padres por sus hijos, así como la voluntad de tenerlos a su cuidado, para evitar la declaración de desamparo. Sin embargo, se debe recordar que tal situación es una situación objetiva, y estos

datos no pueden ser tenidos en cuenta si existen deficiencias en proporcionar los cuidados necesarios al menor. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª), de 22 de junio de 2005, se expresa en este sentido en su FD 1: *«En nuestra opinión, es clara la situación de desamparo en que la menor se encontraba, como consecuencia del incumplimiento o del inadecuado ejercicio por parte de la madre de los deberes de protección establecidos en las leyes, de privación de facto de la necesaria asistencia moral y material. Nos parece evidente que la madre no cumplía con lo que debe ser un correcto ejercicio y cumplimiento de los fundamentales deberes de velar por su hija, y de cuidarla, y de procurarle una educación y formación integral (arts. 108 y 154 del C.P). Es innegable el amor y afecto que la madre siente por su hija. Pero no es menos cierto que ha quedado claramente acreditada la incapacidad de aquella para prestar el debido cuidado a su hija»*²⁰³.

III.3.2.3 El inadecuado ejercicio

La doctrina entiende que el inadecuado ejercicio se refiere a aquellos supuestos en los que concurra el requisito de la

²⁰³ En la misma dirección apuntan supuestos enjuiciados en diversas sentencias de Audiencias provinciales: Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª) de 13 de junio de 2004; Sentencia de 17 de mayo de 2004, de la Secc. 3ª de la AP de Baleares; o la Sentencia de 14 de mayo de 2004, de la Sección 2ª de la AP de Álava. En todas ellas, el amor y afecto de la progenitora hacía el hijo no es óbice o impedimento para la declaración de desamparo, tras constatarse, no obstante la relación afectiva, la real incapacidad de aquella para procurar a su hijo la asistencia o los cuidados mínimos imprescindibles en orden a facilitarle una educación y formación integral.

voluntariedad²⁰⁴. En este sentido señala el Auto de la Audiencia Provincial de las Palmas (Sección 5ª), de 21 de abril de 2003, en su FD sexto que «el art. citado, 172.1 del CC. incluye el desamparo doloso y el culposo, e incluso aunque la madre sea ajena al desamparo, pues es supuesto de desamparo el de niños maltratados, viciados, corrompidos por su familia y, en general, víctimas de acciones de los padres, sancionables con la pérdida de la patria potestad». Esto podemos completarlo con lo manifestado en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª), de 20 de junio de 1991, que manifiesta que «la situación de desamparo puede tener un carácter forzoso cuando se produce por circunstancias graves que impiden la función asistencial del menor por parte de quien ostenta su guarda y custodia (...) Pero el desamparo también puede ser culposo cuando los padres o tutores se desentienden de sus deberes o los ejercen incorrectamente».

Podríamos incluir en el inadecuado ejercicio de los deberes de protección todos aquellos comportamientos que son contrarios a los sentimientos éticos de la sociedad (conductas asociales o delictivas) y aquellos otros que, produciéndose en el estricto ámbito familiar, supongan un peligro para la integridad, física o

²⁰⁴ VARGAS CABRERA, B., «El desamparo de menores...», cit., pp. 635 y ss; RUIZ-RICO RUIZ, J.M., «La tutela *ex lege*...», cit., p. 63; VALLADARES RASCÓN, «Notas urgentes...», cit., p. 33; GARCÍA Y GARCÍA, I, «Notas para una construcción jurídica del acogimiento de menores en el Derecho español», *La Ley*, núm. 2128, 1998-4, p. 1001.

moral, del menor. En este último supuesto estarían incluidas actitudes como la violencia física o moral sobre el menor, omisión de atención o afecto, etc. Como podemos fácilmente observar, todas ellas actuaciones que poden enmarcar dentro del concepto de *maltrato infantil*.

Sin embargo, dicho concepto de maltrato infantil no resulta nada claro, y requiere tener en cuenta variables que no son únicamente de carácter jurídico. Siguiendo a DE PAÚL OCHOTORENA²⁰⁵ nos encontramos con dos problemas en este ámbito:

A) el establecimiento de los límites entre lo que es maltrato y lo que no es, incluyendo la posibilidad de tener en cuenta aspectos culturales costumbres. En cuanto a este aspecto, se defiende la necesidad de plantear un mínimo denominador común respecto a lo que se deba considerar como «buen trato» o calidad de vida del menor, de forma que, lo que vulnere estas normas, sería considerado como maltrato. Lo realmente relevante, desde este punto de vista, debe ser qué consecuencias conlleva la actuación de los responsables sobre el menor, es decir, los daños que produce, y qué necesidades dejan de estar atendidas. Para ello, sostiene este autor que habrá que tener en cuenta cuatro criterios fundamentales:

1. *La perspectiva evolutiva*. Un mismo comportamiento puede ser dañino para un menor en un determinado momento

²⁰⁵ DE PAÚL OCHOTORRENA, J. y ARRUABARRENA MADARIAGA, M^a.I., *Manual de Protección Infantil*, 2^a edición, Masson, Barcelona, 2001, pp. 10 y ss.

evolutivo y no serlo tanto o incluso ser adecuado en otros. Es decir, para considerar una acción o una omisión como maltrato, habrá que atender a la edad y desarrollo del menor.

2. *Presencia de factores de vulnerabilidad en el niño.* Lo que para un niño sano puede ser normal, para otro enfermo puede ser considerado como maltrato.

3. *Existencia de daño real o potencial.* En muchas ocasiones se ha limitado el maltrato a situaciones en las que el menor presenta daños perceptibles (daño real), obviando todas aquéllas en las que la actuación de los padres, tutores o guardadores provoca daños, no a corto plazo, sino futuros (daño potencial).

4. *Intencionalidad de la acción.* Es claro que en situaciones de abuso sexual y maltrato físico, este requisito va a estar presente, pero no así en situaciones de negligencia, que puede venir provocada por enfermedades físicas o mentales (por ejemplo, cuadros depresivos) del encargado de la custodia del menor.

B) La dificultad para superar la tendencia a la vaguedad y generalidad de las definiciones, dejando claro qué situaciones podemos considerar como de maltrato y cuáles no. Respecto a la definición de desamparo, entiende este autor que se produciría cuando la situación fuese extrema y requiriese una intervención de protectora inmediata. No pensamos sin embargo que se deba llegar tan lejos, es cierto que para que la conducta de lugar al desamparo del menor debe ser grave, pero no creemos que deba

ser extrema, ya que, incluso dentro de la situación de desamparo pueden existir grados, y así se establece en varias de las normas autonómicas, que prevén la posibilidad de la declaración provisional o cautelar de desamparo incluso antes de cumplimentar los requisitos procedimentales establecidos en el art. 172 CC, como veremos más adelante, cuando exista un grave riesgo para el menor o una situación en la que su integridad y seguridad no queden garantizadas²⁰⁶.

En base al estudio al que nos venimos refiriendo y a otros en la materia²⁰⁷, algunos autores²⁰⁸ han establecido cuáles son las tipologías que pueden provocar la intervención de los servicios sociales de protección del menor, en definitiva, en qué supuestos nos encontramos ante un menor desamparado. Éstas serían:

²⁰⁶ Así, el artículo 60.2 de la Ley de la Ley 12/2001 de atención a la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Aragón dispone que «En los casos en que exista un grave riesgo para el menor o cualquier otra causa que exija una intervención inmediata, se declarará provisionalmente la situación de desamparo y la entidad pública asumirá su tutela, adoptando cuantas medidas sean necesarias para asegurar su asistencia. Adoptadas dichas medidas, deberá iniciarse o proseguirse la tramitación del procedimiento». En el mismo sentido el art. 20.3 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero de la Comunidad Autónoma andaluza «Se declarará como medida cautelar la situación de desamparo, cuando no quede garantizada la integridad y seguridad de los menores por parte de sus padres, tutores o guardadores».

²⁰⁷ Vid. entre otros, MORENO MANSO, J.M. «Maltrato infantil: características familiares asociadas a situaciones de desprotección al menor», *Intervención Psicosocial*, núm. 13 (1), 2004 pp. 99-115; y «Maltrato infantil: un estudio comparativo sobre las distintas tipologías», *Ciencia Psicológica*, núm. 9, 2004, pp. 45-61; FONT I CABRE, P., «Programas de prevención del abuso sexual infantil», *Información Psicológica*, núm. 69, 1999, pp. 26-29; CASAS, F., «El maltrato y el abandono infantil», *Antropológica. Revista de Etnopsicología y etnopsiquiatría*, núm. 20, 1996, pp. 125-139.

²⁰⁸ SIMÓN RUEDA, LÓPEZ TABOADA Y LINAZA IGLESIAS, «La Población Infantil en situación de desamparo en la Comunidad de Madrid», en *Cuadernos Técnicos de Servicios Sociales*, nº 1, Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, 1998, págs. 18 y ss.

Maltrato o abuso físico, que podemos definir como aquel acto intencionado o no accidental, por parte de los padres o cuidadores del menor, que produce o puede provocar daños físicos en éste. Se habla expresamente de magulladuras o moratones, quemaduras, fracturas de cualquier tipo, torceduras o dislocaciones, heridas o raspaduras, señales de mordeduras humanas, cortes o pinchazos, lesiones internas, asfixia o ahogamiento²⁰⁹.

Negligencia o abandono físico, que se produce cuando las necesidades básicas del menor no son cubiertas por ninguna persona responsable de su cuidado, con independencia de la naturaleza de las causas que provocan tal situación. Las necesidades básicas hacen referencia a la alimentación, vestido, higiene, cuidados médicos, supervisión y vigilancia, seguridad en el hogar y aspectos educativos. Aquí se incluirían supuestos como negar o retrasar la provisión de cuidados relacionados con la salud física, así como condiciones sanitarias inadecuadas en el hogar, abandono educativo, etc.²¹⁰.

²⁰⁹ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª), de 7 de junio de 2005, confirma una declaración de desamparo por malos tratos de la madre a una menor, que la agredía por cualquier motivo debido a una enfermedad mental de aquella; Otras resoluciones que hacen referencia a una declaración de desamparo por malos tratos son el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 3ª), de 26 de junio de 2002, la SAP de Murcia (Sección 3ª) de 13 de febrero de 2003, o el Auto de la AP de Córdoba (Sección 3ª), de 27 de octubre de 2003.

²¹⁰ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª), de 21 de enero de 2003, hace referencia, al denegar un acogimiento, a la desatención en el cuidado de los niños y las negligencias en su higiene, además de las situaciones

Abuso sexual. Cualquier clase de placer sexual con un niño por parte de un adulto desde una posición de poder o autoridad. No es necesario que exista un contacto físico (en forma de penetración o tocamientos) para considerar que existe abuso sino que puede utilizarse al niño como objeto de estimulación sexual. Se incluyen aquí el incesto, la violación, la vejación sexual (tocamiento/manoseo a un niño con o sin ropa, alentar, forzar o permitir a un niño que toque de manera inapropiada al adulto) y el abuso sexual sin contacto físico (seducción verbal, solicitud indecente, exposición de órganos sexuales a un niño para obtener gratificación sexual, realización del acto sexual en presencia de un menor, masturbación en presencia de un niño, pornografía...) ²¹¹.

conflictivas que vivían, como motivos del desamparo; la SAP de Baleares (Sección 5ª), de 20 de diciembre de 2004, se refiere a un caso de desamparo por extremo estado de insalubridad del domicilio familiar, además de el absentismo escolar del menor (FJ 2º); la SAP de Teruel de 14 de julio de 2004 ratifica también una declaración de desamparo de dos menores, destacando (FD 2º), la gran falta de higiene y limpieza tanto del domicilio como de los miembros de la familia, en especial de uno de los menores declarados en desamparo, que los padres desdeñaran la ayuda de los Servicios Sociales a la familia pese al leve retraso mental de la menor, la falta de cuidado de los padres respecto de la diabetes del otro menor y su desinterés por graduarle la vista o curar la psoriasis que este venía padeciendo desde hacía tiempo.

²¹¹ Para declarar el desamparo resulta obvio que no es necesario que se haya producido una condena penal de los padres del menor por este motivo, únicamente que existan indicios razonables, para lo cual se pueden tener en cuenta otras circunstancias concurrentes. Así la SAP de Alicante (Sección 6ª), de 3 de mayo de 2004, ratifica la declaración de desamparo teniendo en cuenta el informe de la psicóloga que estimaba que la custodia de los menores por sus padres no era adecuada para los mismos, así como la aportación por el Ministerio Fiscal en el acto del juicio del auto de apertura de juicio oral tras unas diligencias penales en las que se revela los hechos supuestamente cometidos por los padres, el padre como autor y la madre como autora en comisión por omisión, por el delito de agresión sexual. Dice el FD 3º de la Sentencia que *«siendo realmente cierto que el escrito no significa la redacción de unos hechos probados tras sentencia condenatoria firme, pero sí indiciarios de la conducta que en nada ha hecho variar las originarias circunstancias»*.

Maltrato emocional, en el que se incluyen actuaciones de las personas que tienen a su cargo el menor como la hostilidad verbal crónica (insultos, desprecio, amenaza de abandono, etc.), el bloqueo constante de las iniciativas de interacción infantil (encierro), humillaciones, desprecios, burlas, críticas, aislamiento, atemorización, etc., que causen o puedan causar deterioro en el desarrollo emocional, social o intelectual del niño²¹².

Maltrato prenatal, que se produciría por la falta de cuidado por acción u omisión, del cuerpo de la futura madre o autosuministro de sustancias o drogas que de una manera consciente o inconsciente perjudiquen al feto²¹³. Todo ello provoca que el menor nazca con algún tipo de problema, como sería crecimiento anormal, patrones neurológicos anómalos, síntomas de dependencia física a dichas sustancias, etc.

²¹² Aunque por sus dificultades probatorias no suele estar entre las causas más comunes de declaración de desamparo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª), de 13 de febrero de 2003, ratifica la declaración de desamparo y el acogimiento de un menor por maltrato emocional. En su FD 1º considera para ello, además de las declaraciones del menor de que no desea ver a la madre, el informe de la Pedagoga de la entidad pública de protección en el que esta concluye que «...*las situaciones a las que ha sido sometido el menor se encuentran enmarcadas en un contexto de maltrato emocional en el que también aparecen situaciones más puntuales de maltrato físico, concretando que el menor presenta indicadores (ansiedad, rechazo a la figura materna etc.) de haber pasado por una situación de crisis emocional...*».

²¹³ No se aplica únicamente a la madre el maltrato prenatal, si la falta de cuidado o la drogadicción de ésta durante el embarazo ha sido conocida y consentida por el padre, sin oponerse a ella. A este punto se refiere la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) de 18 de julio de 2000, que estima que el padre no puede oponerse a la adopción de los menores por encontrarse en situación de privación de la patria-potestad al haberse declarado el desamparo de los menores por haber encontrado droga en orina al nacer uno de ellos y haberse utilizado algunos de los menores para ejercer la mendicidad.

Síndrome de Münchhausen por poderes, que serían aquellas situaciones en que alguno de los progenitores somete al menor a continuos ingresos y exámenes médicos alegando síntomas patológicos ficticios o generados de manera activa por el propio progenitor²¹⁴.

Retraso no orgánico en el desarrollo, que es el diagnóstico médico dado a aquellos menores que no incrementan su peso con normalidad en ausencia de una enfermedad orgánica. El diagnóstico se realiza durante la estancia hospitalaria y

²¹⁴ El Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 1ª), de 29 de junio de 2002, se refiere un caso de desamparo motivado por esta particular circunstancia, en conjunción con otras. Manifiesta el FD 2º del Auto que *«en nuestro caso no se trata sólo de la falta de aseo personal o de la vivienda familiar, ni de la improvisación, anarquía o inidoneidad de las comidas, la ausencia de horarios o la excesiva e incorrecta administración de fármacos a unos niños de edades comprendidas entre los cinco y los trece años, sino que a las meritadas deficiencias se añade una extraordinaria e incesante demanda de atenciones médicas para los menores, contándose por decenas las visitas a los servicios hospitalarios de urgencia y consultas a diversos facultativos, con las más variadas causas y refiriendo los más proteicos síntomas, en ocasiones constatados y sugestivos de maltrato, y las más de las veces sin comprobación objetiva, aspectos evidentemente alejados del exceso de celo apuntado por la defensa de los padres en el acto de la vista, y que rebasan, desde luego, las pautas ordinarias de una torpe o deficiente educación sanitaria, para evocar expresivamente las características propias del síndrome llamado “Münchhausen por Poderes” descrito en cuanto a niños, como aquél en que los mismos presentan los más diversos o abigarrados cuadros clínicos, recorriendo gran cantidad de médicos u hospitales, de modo que el menor es sometido a un número importante de pruebas diagnósticas o terapias innecesarias, al alegar sus padres síntomas inventados o provocados»*. Pese a no existir un diagnóstico médico claro y terminante, se basa el Auto para ratificar el desamparo en el buen estado de salud y la ausencia de patologías físicas actuales de los niños al examinados la médico forense del juzgado *a quo*, y, sobre todo, toma en consideración que *«desde la asunción de la guarda de los niños por la entidad pública y su acogimiento en régimen residencial, se reducen espectacularmente las necesidades de atención facultativa, reactivándose de manera llamativa y abrumadora en ocasión de las puntuales estancias con los padres»*.

recuperación del retraso evolutivo en un ambiente de cuidados adecuados.

Explotación laboral, en la que los padres, tutores o guardadores asignan al menor con carácter obligatorio, la realización continuada de trabajos de tipo doméstico o no, que exceden los límites de los que puede considerarse habitual en el contexto socio-cultural del menor. Estos trabajos interfieren en las necesidades y actividades escolares del menor.

III.3.2.4 El requisito de privación de la necesaria asistencia moral o material

El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección del menor por los obligados legalmente a prestarle dichos cuidados no constituye, aisladamente considerado, motivo suficiente para declarar que un menor se encuentra en situación de desamparo. El art. 172.1 CC establece un requisito más, de resultado, podemos decir, para determinar la existencia de tal situación. Tiene ese carácter de resultado o finalista porque se basa en las consecuencias que deben tener los actos de los obligados a prestar los oportunos cuidados a los menores, al establecer que el desamparo se producirá «...cuando éstos (los menores) queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

Ya hicimos alguna mención de que tal referencia a la privación de la necesaria asistencia moral o material fue introducida en nuestro ordenamiento proveniente directamente del Derecho italiano, que en el art. 8 de la legge núm. 184/1983, utiliza idéntica expresión, determinando que serán declarados en estado de «adoptabilidad» por el Tribunal de menores del distrito en el que se encuentran, los menores en los que se constate la situación de abandono por encontrarse privados de asistencia moral y material por parte de los padres o de los parientes obligados a prestársela, salvo que la falta de asistencia sea debida a causa de fuerza mayor de carácter transitorio.

Incluye esta definición del abandono en Italia algunos elementos diversos respecto a la española de desamparo, pues hace expresa referencia, por ejemplo, a los padres y parientes obligados a prestar asistencia, referencia que no se encuentra en el art. 172.1 CC, deja la duda de si la desasistencia debe ser material y moral o basta con que se produzca en uno de los dos ámbitos, y también se refiere a la exclusión de la situación de abandono si éste se debe a circunstancias de fuerza mayor de tipo transitorio, circunstancias todas que analizaremos detenidamente más adelante.

Este requisito final resulta acertado, sobre todo para evitar que se produzcan declaraciones de desamparo por situaciones aisladas o episodios concretos de falta de asistencia al menor, las cuales, pese a comportar un incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección por parte de los padres o

guardadores, no tengan mayores consecuencias en el desarrollo físico y emocional del menor. Por este motivo, manifiesta BALLESTEROS DE LOS RÍOS²¹⁵ que aunque la L.O. 1/1996 no se pronuncie a este respecto, es preciso que el incumplimiento al que nos estamos refiriendo sea grave, dadas las consecuencias que implica la declaración de desamparo²¹⁶. Recordemos el principio que establece, respecto a la intervención de la Administración, el art. 11.2 letra b) de la LOPJM, del mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés²¹⁷.

Al utilizarse el término «privación» parece que se refiere a una ausencia total de protección del menor, es decir, que o bien

²¹⁵ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., El desamparo y la tutela automática... op. cit., p. 38.

²¹⁶ Podemos citar a este respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª), de 19 de octubre de 2004, que declara improcedente una declaración de desamparo al no considerar los hechos suficientemente graves, así en su Fundamento de Derecho Segundo dice: «No negamos, una vez estudiados los autos, que existen unos hechos y que son, básicamente, dos, a saber las reiteradas faltas escolares durante el período que media entre octubre de 2.001 y febrero de 2.002 y que el domicilio de la madre de las menores y su pareja de hecho, cuando intervino la policía municipal y los servicios sociales de base del Ayuntamiento de Leioa, presentaba un estado general de desorden y escasa higiene. Pero no se ha probado ni que estos hechos respondan a una desatención generalizada, grave y constante de las necesidades de las dos menores por parte de su madre ni que las mismas se encuentren desde siempre desescolarizadas».

²¹⁷ Señala VARGAS CABRERA, que «la privación de la patria potestad y la atribución de tutela o guarda a la administración, que regula nuestro Derecho positivo, no puede abarcar situaciones de mera inidoneidad en el medio familiar. En algunas familias se producen desajustes propios de la condición humana y social, que no deben originar sin más la intervención de las entidades públicas» (VARGAS CABRERA, B., «El desamparo de menores...», cit., pp. 623-624, y *La protección de menores*, cit., pp. 21-22).

los padres o tutores no se encuentran físicamente con él, con lo que la ausencia de protección es claramente demostrable, o bien, existiendo inmediatez física, su comportamiento vulnera las normas de protección. Conforme a esta interpretación, no parece que los supuestos de simple suspensión temporal de la protección puedan entenderse incluidos en la redacción del art. 172.1 CC.

Respecto al término «necesaria», se refiere a la protección mínima imprescindible para el normal desarrollo de la persona, y entendemos que se refiere a lo que la doctrina vino a denominar el «mínimo social necesario». A dicho mínimo se refiere también la jurisprudencia, en sentencias como la de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª), de 21 de enero de 2003, que en su FJ 2º estima que *«Para apreciar la situación de desamparo se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, tendiendo fundamentalmente al interés del menor, sin desconocer, empero, la necesaria protección de la situación familiar a que pertenece dicho menor, conforme a lo dispuesto en el art. 39.1 de nuestra Constitución, debiendo buscarse un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales, reputándose existente la situación de desamparo cuando se acredite efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común»*.

Nos encontramos con que la privación establecida por este requisito se refiere tanto a la esfera material como a la moral, como refiere expresamente la Sentencia de 11 de marzo de 2005

de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Baleares²¹⁸. En cuanto a la material, parece referirse a aquellos aspectos de la esfera personal de la patria potestad (o tutela) que tienen un sentido externo o de apariencia; así, se referiría a los deberes de alimento, habitación, vestido, higiene, vigilancia, etc. La esfera moral parece referida a los supuestos que podríamos considerar más intangibles, como son la afectividad, educación (incluida la religiosa), etc.

Respecto al ámbito material fundamentalmente, nos surge una pregunta derivada de los planteamientos del Estado Social, y el estatuto constitucional del menor del que deriva la actuación pública a favor de éste. Así, la Constitución española establece que lo primero que se debe tutelar es el derecho del menor a recibir en el seno de la propia familia asistencia de todo orden para garantizar el libre desarrollo de la propia personalidad (art. 10.1 en

²¹⁸ En su Fundamento de Derecho tercero, la Sentencia, entiende que el desamparo «se define sustancialmente por tres 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 asistencia». En relación con el segundo requisito, manifiesta que «*El segundo de los requisitos para que pueda hablarse de desamparo es la privación de la asistencia al menor. Este es el elemento determinante, puesto que el desamparo se concreta en un resultado determinado, cual es la desprotección del menor de edad, prescindiendo de las causas que hayan producido aquel resultado de privación de la necesaria asistencia material o moral. Por tanto, el desamparo se produce tanto si incide en la esfera material (alimentos) como en la esfera moral (afectividad; relaciones personales). No pueden olvidarse datos que aparecen en el expediente relativos al mal estado de higiene de las menores, a la situación de insalubridad de la casa en que habitan, a las peleas de las madres con sus parejas, a la inasistencia injustificada a la escuela, o al estado de ansiedad de las menores*».

relación con el 39.3 CE), directamente y expresamente lo subordina y condiciona al crecimiento armónico que le proporciona el libre desarrollo de ésta, es decir, el adecuado desenvolvimiento de su propia identidad²¹⁹. De acuerdo con esto, la vertiente pública que liga el derecho del menor a ser educado en el ámbito de la propia familia al proceso de formación de todo ciudadano, descarta la posibilidad de dejar al menor a sus suerte en todos los supuestos en los que por no existir la propia familia o por ser incapaz la que existe, éste no recibe la asistencia adecuada.

Si toda la intervención pública protectora debe ir dirigida por el imperativo constitucional que obliga a los poderes públicos a 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 su plenitud y, como manifestación de ello, asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia²²⁰, el problema que se nos plantea en su aplicación es que la falta del menor de la «necesaria asistencia material», no debería nunca darse puesto que tendría un carácter siempre reversible, es decir, la actuación de los poderes públicos debería poder evitarla, pues de otro modo se estaría incurriendo en una violación del deber de los poderes públicos de no discriminar a los menores y a las familias económicamente menos favorecidas pues la situación de desamparo no sería debida a la incapacidad o falta de voluntad de éstas para realizar sus

²¹⁹ Arts. 9.2, 10.1 y 39.3 de la Constitución española.

²²⁰ Artículos 9.2 y 39.1 de la Constitución española.

funciones, sino a la de la sociedad para cumplir sus deberes constitucionales.

En opinión de IGLESIAS REDONDO²²¹, la anterior hipótesis es insostenible pues «es innegable que la carencia de la asistencia material deviene irreversible precisamente cuando se hace crónica, es decir, a partir del momento en el que da lugar al fenómeno de la familia parasitaria de los servicios sociales». Estima que esto último ocurre desde que la familia del menor, liberado por los poderes públicos de padecer la privación de los medios materiales indispensables para promover su desarrollo armónico, no se esfuerza en lo que permiten sus propias posibilidades para mejorar o superar tal situación. Estaríamos por tanto ante una irreversible privación de la necesaria asistencia material cuando, pudiendo la propia familia del menor que la padece esforzarse en mejorar o superar su situación, no lo hace o, si lo hace, lo intenta sin agotar todas las posibilidades reales²²².

A diferencia de lo que ocurría anteriormente con la situación de abandono, no se requiere que esta situación se produzca durante un período de tiempo mínimo para determinar la existencia del desamparo. A este respecto, entiende LLEBARÍA

²²¹ IGLESIAS REDONDO, J.I., Tutela «ex lege» y acogimiento de menores..., cit., p. 199.

²²² MANERA, G., «Brevi osservazione sulla nozione di abbandono e sulle sue conseguenze: se la mancanza in atti escluda l'abbandono», Nuovo diritto, 1986, p. 961.

SAMPER²²³ que la declaración de desamparo es una medida en la que «es más esencial la intensidad del mismo que su durabilidad», aunque ésta no debería ser despreciada, sobre todo cuando pueda servir para valorar la situación del menor.

Pese a esta intensidad que se da en todas las circunstancias capaces de conducir a la situación de desamparo de un menor, hay que entender que en numerosas ocasiones será necesario que esa situación se prolongue durante un período más o menos amplio de tiempo para que se pueda considerar como desamparo²²⁴.

Tendremos que analizar las circunstancias de cada caso concreto, puesto que existen causas que pueden requerir una declaración de desamparo incluso cuando se hayan producido en una ocasión aislada (los abusos sexuales o un maltrato grave), mientras que otras necesitan de una cierta repetición en el tiempo para tenerlas en cuenta (como puede ser la ausencia de escolarización de los menores, que no se dará si no existe una habitualidad en las ausencias de los menores al centro). En este sentido apunta la Sentencia de 15 de febrero de 2000 de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Cádiz en su Fundamento Jurídico Segundo, al indicar que *«el desamparo no presupone necesariamente una situación de privación duradera en el tiempo, puesto que basta que surja la situación, que ha de valorarse caso*

²²³ LLEBARÍA SAMPER, S., Tutela automática, guarda y acogimiento de menores (Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre), Bosch, Barcelona, 1990, p. 123.

²²⁴ Así lo entiende GONZÁLEZ LEÓN, *El abandono...*, cit., p. 94.

por caso y con la debida proporcionalidad, para que puedan aplicarse las consecuencias jurídicas previstas justificándose la legitimación de la acción pública, ya sea administrativa o judicial, sólo cuando resulte indispensable para evitar graves repercusiones en la esfera personal del menor».

Debemos plantearnos, llegados a este punto, si el requisito de privación de la necesaria asistencia material o moral al menor constituye un requisito independiente o si, por el contrario, es un requisito que se acumula al incumplimiento de los deberes de protección a que nos hemos referido anteriormente. Esto es, si es suficiente con que exista un incumplimiento por parte de los padres o tutores, o es necesario que se produzca, como consecuencia de aquél, la mencionada privación. La jurisprudencia viene estableciendo como una de las notas fundamentales del desamparo el nexo causal entre el incumplimiento de los deberes y la privación de asistencia sufrida por los menores²²⁵.

Parece lógico pensar que, en principio, si se produce incumplimiento, siempre tendrá como correlato una privación de asistencia. Ahora bien, retomando lo dicho con anterioridad

²²⁵ Así, el FD 3º del Auto de la AP de Cádiz (Sección 6ª), de 19 de mayo de 2001, el FD 2º de Sentencia de 15 de febrero de 2000 de la misma Audiencia, y los FD 2º de la Sentencia de 11 de marzo de 2005 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Baleares, y FD 6º de la Sentencia de 8 de febrero de la misma. **Manifiestan estas últimas que «debe mediar un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes de protección y la inasistencia al menor. La inasistencia material o moral debe ser consecuencia directa del incumplimiento (voluntario o forzoso) de los deberes tuitivos, sin que en el supuesto enjuiciado se haya puesto en duda la relación de causalidad entre los deberes propios de la guarda y la situación de las menores».**

respecto al cambio terminológico y conceptual producido en nuestra legislación de desamparo por abandono, no hay que olvidar que en la actualidad se prima el resultado frente a cualquier otra consideración, tomando como fundamento el que se produzca un perjuicio claro al menor.

Además, desde un punto de vista eminentemente práctico, hay que tener en cuenta que, aunque se produzca esa dejación de funciones por quienes están obligados legalmente, no tiene que producirse obligatoriamente esa privación de asistencia, pues ésta puede ser prestada por un guardador de hecho, por ejemplo, un familiar²²⁶, y también resulta lícito que el menor pueda ser internado en un centro de enseñanza que se preocupe durante la mayor parte del tiempo de su cuidado, al menos durante el período docente²²⁷.

²²⁶ Vid. VALLADARES RASCÓN, E., «La tutela de menores en relación con el concepto legal de desamparo», en *Centenario del Código Civil*, tomo II, VVAA, MORALES MORENO, A.M. (dir.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 2046.

En tal sentido se pronuncia también el Auto de la Audiencia Provincial de Álava de 15 de junio de 1992, indicando que «...no se da tal presupuesto fáctico de desamparo... habida cuenta que existe un guardador de hecho (...) que viene ocupándose convenientemente de ésta (la menor) por lo que no cabe entender que exista desamparo en sentido legal.

²²⁷ A este supuesto se refiere con gran claridad la Sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 23 de noviembre, en su FD 1º. Dice la Sentencia que «Para la *situación legal de desamparo* se requieren *dos requisitos*, uno subjetivo y otro objetivo. El primero, que se produzca *por parte de quienes ejercen la guarda del menor* una actuación de completa *dejación de sus deberes de asistencia moral y material*. El segundo, *que se constate en los menores un resultado de abandono*, es decir que se encuentren carentes de tal asistencia. Pudiera parecer que lo primero conduciría a lo segundo, mas no tiene por qué ser necesariamente así: salvando los supuestos de fraude de ley, es decir en los que subrepticamente se pretenda por los padres la encomienda de una guarda o acogimiento, adopción o cualquier otra forma de tutelaje

No existe al respecto del cuidado por parte de los familiares distintos a los padres o tutores una posición unánime en la doctrina, estimando algunos autores que pensar esto es incurrir en los mismos defectos que se apreciaron en el antiguo art. 174 CC, pues se beneficiaría a los padres irresponsables que con total intención de abandonar, entregan a los hijos a terceras personas, conservando no obstante todos los derechos sobre ellos²²⁸. LLEBARÍA SAMPER²²⁹ considera que «no debe hablarse de perjudicar o beneficiar a los desamparadores, sino de beneficiar y proteger al desamparado», ya que, por otra parte, «no existe beneficio alguno para quien con intención de desinteresarse del menor lo entrega a un tercero».

No existiría en este supuesto el desamparo sino que se encuadraría en el ámbito de la guarda de hecho (art. 303 CC), siempre que el menor quede efectivamente cuidado y atendido por el guardador de hecho. Hay que diferenciar, no obstante, que el menor esté atendido y no exista privación de sus necesidades, por

del menor de manera privada, al margen del control que por ley le está encomendado a la Administración y al Ministerio Fiscal bajo la supervisión y control judicial, puede darse el supuesto, y de hecho se ha dado y se sigue dando, de una particular forma de ejercer los deberes asistenciales, tanto materiales como morales (entre los que se encuentra no sólo el afecto sino la procura de una educación integral), a través de los conocidos internados. Si se demonializa la situación del menor en cuestión respecto de su apartamiento del padre por el hecho de su internamiento en la llamada “Colonia Niño Sergio”, estaríamos haciendo otro tanto respecto de los colegios en régimen de internado».

²²⁸ Así, GONZÁLEZ LEÓN, C., *op. cit.*, pp. 109 y ss; RUIZ-RICO RUIZ, J.M., *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Comares, Granada, pp. 145-146.

²²⁹ LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores...*, cit., p. 129.

tanto no se den los presupuestos para una actuación administrativa de protección mediante la declaración de una situación de desamparo, de las obligaciones que están incumpliendo los que continúan teniendo la patria potestad sobre el menor, y las consecuencias que esto puede tener tanto en el ámbito civil como el penal²³⁰.

Es claro que el incumplimiento de los deberes de guarda se produce porque existen personas que están encargadas de los menores. Existiendo tales personas sólo se deberá establecer el desamparo cuando se produzca una desatención grave y definitiva que impida la reinserción del menor en la propia familia. Como

²³⁰ Vid. a este respecto lo manifestado en la nota 187. Respecto a la función que cumple el concepto de desamparo, su declaración y consecuencias, que tiene como fin la protección y el interés del menor, no el castigo de las personas que incumplan sus funciones respecto de éste, dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6ª), de 23 de noviembre de 1999, en su FD 4º que a la hora de interpretar el artículo 172 del Código civil «cobra especial relevancia a los efectos interpretativos, art. 3 del Código Civil, la referencia a la situación que se produce “de hecho”, lo que obliga a una constatación del estado del menor, es decir, el lado pasivo de la relación guardador-guardado; es decir, si la consecuencia fáctica, la situación real y actual, al momento de la intervención de la Administración, no es susceptible de ser calificada como de desamparo, porque el menor tenga cubiertos los bienes, materiales y morales, fundamentales exigidos por las leyes, cualquiera que sea quien los proporcione, porque el precepto no trata de regular y sancionar el ejercicio de deberes inherentes a la patria potestad, ni siquiera los inherentes a la guarda del menor, sino la situación en que se encuentre éste, aunque, lógicamente, a consecuencia del incumplimiento de aquéllos; y ya hemos dicho que si tal incumplimiento discurre por un lado y la situación fáctica del menor por otro en la que ninguna influencia vaya a tener aquél, el mecanismo de actuación podrá ser otro, como el examinado respecto de la suspensión o privación de la patria potestad, o la no necesidad de audiencia en los supuestos de adopción, etc., pero nunca la calificación de una situación que sólo por su referencia a un estado de hecho puede ser llevada a cabo; cuestión distinta sería el efecto que se produce a la inversa, a saber que si se constata una situación fáctica susceptible de ser calificada de desamparo y trae su origen en el incumplimiento de los deberes inherentes a la guarda del menor, conlleve determinados efectos sobre la suspensión de la patria potestad cuando la tutela es asumida por la entidad pública».

indica GONZÁLEZ LEÓN²³¹, «una correcta aplicación del concepto de desamparo... y del principio de reinserción... debería tener en cuenta, en primer lugar, quiénes son las personas obligadas legalmente a cuidar del menor y quiénes son las que integran el término familia a los efectos del artículo 172.4. De esta forma se sabrá, además, respecto a qué familiares se debe potenciar la reinserción del menor antes de declararlo abandonado. En segundo lugar, se debería examinar el comportamiento de los padres y de los parientes más cercanos al menor para decidir en cada supuesto concreto de desasistencia moral o material, a través de qué mecanismo jurídico se debe proteger al menor...». Pese a estar de acuerdo con la argumentación expuesta, no lo estamos con sus conclusiones, pues entiende incursos en situación de desamparo a los menores aunque se encuentre bajo la guarda de hecho de un tercero.

Si nos atenemos al concepto de desamparo establecido por la Ley 21/1987 y mantenido en la L.O. 1/1996, hemos de primar el resultado frente a cualquier otra consideración y mantener el carácter objetivo del desamparo, no siendo prioritario para la Administración a la hora de decidir la necesidad de declarar a un menor en situación de desamparo, quién sea la persona que incumpla las obligaciones legales para con el menor, sino la desatención que éste sufre. Obviamente, lo usual será que el

²³¹ Ibidem.

incumplimiento venga de parte de las personas que legalmente están a cargo del menor, pero como hemos dicho, también en la mayoría de los casos, el menor puede tener cubiertas sus necesidades por un tercero que lo atienda.

Como señala VALLADARES RASCÓN²³², «lo definitorio, entonces, para calificar al menor de desamparado, será el hecho de que reciba o no asistencia». De la misma opinión es RUIZ-RICO RUIZ²³³, que considera que no existe falta de asistencia cuando los padres o tutores entregan, bien temporal, bien definitivamente, el menor a terceros, sea con intención de abandonar o sin ella».

Debemos concluir que, produciéndose la situación de desamparo «de hecho», no existirá si no existe privación del menor de la necesaria asistencia material o moral, y por tanto no podrá declararse el desamparo desde el punto de vista legal.

III. 4 La regulación de la situación de desamparo en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del menor

La Ley Orgánica 1/1996, de protección de menores, en su Exposición de Motivos alegaba ciertas lagunas en la Ley 21/1987, aunque ciertamente reconocía su importancia, y el avance que

²³² VALLADARES RASCÓN, «La tutela de menores...», cit., p. 2045.

²³³ RUIZ-RICO RUIZ, J.M., *Acogimiento y delegación...*, cit., p. 63.

había supuesto, destacando, sobre todo, la sustitución del «anticuado concepto de abandono (...) por la institución del desamparo» y la considerable agilización de los procedimientos de protección del menor que había supuesto al permitir la asunción automática de la tutela por parte de la entidad pública competente en los supuestos de desprotección grave del mismo²³⁴. También aducía entre sus motivaciones esta Ley la de realizar una limitada y pensada reforma de las instituciones de protección de menores, puesto que, como se ha referido, la doctrina²³⁵ y la jurisprudencia habían puesto de manifiesto los problemas que provocaba, fundamentalmente por su indeterminación, la redacción del art. 172.1 del CC. No obstante, el resultado final tendrá como consecuencia transformaciones bastante más profundas de las que se propuso en un principio el legislador.

La Ley Orgánica 1/1996, en su Disposición Final 20^a, vino a reformar, y de manera bastante amplia, la redacción del art. 172.1 CC, aunque las circunstancias que llevan a la declaración de la situación de desamparo de un menor permanecieron básicamente inalteradas. Hemos de destacar que la Ley sigue manteniendo en

²³⁴ Destaca también la Exposición de motivos de la L.O. 1/1996, respecto de la Ley 21/1987, que introdujo la consideración de la adopción como un elemento de plena integración familiar, la configuración del acogimiento familiar como una nueva institución de protección del menor, la generalización del interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél, tanto de carácter administrativo como judicial, y el incremento de las facultades y correlativas obligaciones del Ministerio Fiscal en relación con los menores.

²³⁵ En este sentido DÍEZ GARCÍA, H., «Desamparo de menores y acogimiento», Aranzadi Civil, Vol. III. Parte Estudio, 1999, p. 2239.

el seno del Código civil esta regulación, ya que resulta el único modo de evitar un concepto de desamparo diferente en cada una de las normas autonómicas de protección de menores²³⁶; pese a ello, la óptica de la Ley es claramente iuspublicista, pues se orienta en su articulado sobre todo a las actuaciones de la Administración para la defensa de los derechos de los menores²³⁷ y su protección en los casos en las circunstancias lo aconsejen.

Centrándonos en el nuevo contenido dado al art. 172.1 CC por la Ley Orgánica de Protección de los derechos del menor (que pretende solventar los problemas surgidos de la aplicación de la Ley de 1987) dispone en su párrafo primero que: «La entidad

²³⁶ DE PABLO CONTRERAS, P., en su comentario al art. 172, en *Comentarios a las reformas del Código Civil, desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la ley 30/1991, de 20 de diciembre*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Madrid, Tecnos, 1993, pp. 62 y 63, opina asimismo que esto supone una *civilización* de la figura administrativa de la protección o tutela (en sentido impropio) de menores. En su opinión «dicha civilización no la operó el legislador de 1987 por ninguna razón de técnica jurídica, ni guiado por la convicción de que el Derecho civil sea la sede donde encuentre mejor acomodo la regulación de esta peculiar tutela. Por el contrario, las razones de su decisión fueron puramente pragmáticas (y hasta espurias): se trataba simplemente de procurar, de un modo oblicuo, una cierta unificación legislativa en todo el territorio del Estado en una materia en que todas las Comunidades Autónomas habían asumido competencias».

²³⁷ El artículo 3 LOPJM establece en su último párrafo que «Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley y a la mencionada normativa internacional». Pero además, según el art. 10.1 de la Ley, que lleva por título «medidas para facilitar el ejercicio de los derechos», «Los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos y que se garantice su respeto». Para la defensa y garantía de estos derechos, el apartado 2 de la Ley prevé que el menor pueda solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente, poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas, plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo y solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones públicas.

pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo 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».

Uno de los temas más interesantes de esta nueva redacción, al que ya hemos hecho alguna referencia, guarda relación con uno de los puntos criticados por la doctrina respecto de la redacción de 1987, que establecía que «las entidades públicas de protección de menores, tienen por ministerio de la ley la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo». Esta redacción, al manifestar que las entidades públicas «tienen por ministerio de la ley la tutela», hizo que se considerase esta tutela de carácter automático²³⁸. No fueron pocos los autores que, respecto de la tutela por ministerio de la ley, predicaron un efecto *ope legis*, o un carácter automático tal que, en su opinión,

²³⁸ También se tomó esta consideración de la tutela de la entidad pública como «automática» del párrafo sexto del Preámbulo de la Ley de 1987, puesto que caracteriza de este modo la tutela por ministerio de la ley.

funcionaría nada más producirse su presupuesto causal: la situación de desamparo, consecuencia jurídica que, para ellos, no precisaría de ningún requisito adicional²³⁹.

Uno de los críticos al respecto, ESCUDERO LUCAS²⁴⁰, pone de relieve la problemática: si según la norma, la entidad pública no tiene que asumir la tutela, sino que ésta le viene dada automáticamente cuando se produce la situación de desamparo, se produciría la consecuencia absurda de que existiendo desamparo, se produjese la tutela automática y no lo supiese todavía el ente protector que la tiene encomendada de forma exclusiva e inmediata (según los que defendían esta postura), por lo que incluso podría producirse una responsabilidad del ente público tutor del menor por los hechos realizados por los menores²⁴¹.

Este problema lo resuelve el legislador con la nueva redacción otorgada al artículo 172.1 CC por la L.O. 1/1996, al incluyendo el término «constate», referido a la necesidad de que la

²³⁹ Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, M. «Derecho del menor: la reforma de 1987», *Menores*, núm. 7, enero-febrero, 1988, p. 39 a 41; VALLADARES RASCÓN, E., «Notas urgentes...», cit., p. 34 y «La tutela de los menores...», cit., pp. 2050 y 2052; SANCHO REBÚLLIDA, F., *El nuevo régimen...*, cit. p. 52, y *Elementos de Derecho civil IV*, vol. 2º, 3ª Edición, Bosch, Barcelona, 1989, p. 310; LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guada...*, cit., pp. 26 a 35; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «La protección jurídico-civil...», cit., p. 1484; y DE PABLO CONTRERAS, P., en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, cit., p. 53.

²⁴⁰ ESCUDERO LUCAS, J.L., *La tuición del menor abandonado (art. 172 del Código civil)*, Universidad de Murcia, Murcia, 1995, p. 82.

²⁴¹ Algunos de los que ponían de relieve el carácter automático de la tutela, evidenciaban, no obstante, el sinsentido al que nos referimos (así lo hacen, entre los anteriormente citados, FERNÁNDEZ BERMEJO, VALLADARES RASCÓN, MARTÍNEZ DE AGUIRRE y DE PABLO CONTRERAS).

Administración responsable de la protección del menor compruebe que efectivamente o de hecho el menor se encuentra en uno de los supuestos que motivan la declaración de desamparo.

El mismo problema se producía en el art. 8 de la Legge n. 184, de 4 de mayo de 1983 relativa a la adopción y acogimiento de menores en Italia, por lo que, al igual que la norma española, cuando fue modificada por la legge núm. 149, de 28 de marzo de 2001, incluyó para que un menor pueda ser declarado adoptable que la situación de abandono del menor «sia accertata», aunque en este caso la constatación de la situación de desasistencia no la realizará la administración sino el Tribunal de menores.

En el momento en que la Administración pública competente en materia de protección de menores tenga conocimiento de que un menor puede encontrarse en situación de desamparo, para realizar la susodicha «constatación» o comprobación de las circunstancias en que se encuentra, procederá a la apertura de un expediente, que seguirá los criterios marcados por la legislación de protección de menores existente en la respectiva Comunidad Autónoma en la que se encuentra el menor.

A modo de ejemplo (aunque posteriormente profundizaremos en el procedimiento para la declaración de desamparo), el art. 58.1 de una de las últimas leyes autonómicas referidas a la protección de menores, la Ley vasca 3/2005, de atención y protección a la infancia y la adolescencia, de 18 de

febrero, establece todo el *iter* que seguirá la Administración en su actuación dirigida a comprobar la existencia de la situación de desamparo.

En primer lugar procederá a solicitar informes a cuantas personas u organismos puedan facilitar datos relevantes para el conocimiento y la valoración de la situación sociofamiliar, especialmente a los servicios sociales de base. Si se estima necesario, se solicitarán informes al tutor escolar y al médico de familia o al pediatra, o a cualquier otro profesional de la salud u otros ámbitos de atención social o educativa, debiendo estos profesionales transmitir por escrito los datos e informaciones necesarias y suficientes de los que dispongan para garantizar la calidad y la eficacia de las intervenciones. Se informará además a los organismos y profesionales que colaboren o hayan colaborado en la detección y valoración de la situación de riesgo o desprotección de las líneas generales de su evolución. Se procederá a prestar audiencia al menor cuando tenga suficiente juicio, bien directamente o a través de la persona que éste designe para que le represente. También serán oídos los padres, tutores o guardadores del menor (esto siempre que sea posible), y todas aquellas personas que puedan aportar información sobre la situación del menor y sobre su familia o las personas que lo atienden. Se prestará la atención inmediata que precise la persona menor de edad, adoptando, en su caso, las medidas cautelares o provisionales que se estimen pertinentes, y se le informará, en función de su nivel y capacidad de entendimiento, del estado en

que se encuentra el procedimiento que le concierne, y del mismo modo a sus padres, madres, tutores o guardadores. Se elaborará un plan individual de atención adecuado a las necesidades detectadas, y se recogerá en un expediente individual el conjunto de la información referida al menor.

Debemos pues hacer desaparecer esa concepción de la Administración que irrumpe en el seno familiar para arrancar a los menores de su familia de origen sin dar explicaciones y esgrimiendo una declaración de desamparo de dudosa base fáctica. Las pautas de actuación administrativa vistas más arriba, constituyen todo un procedimiento mediante el cual la Administración encargada de la protección de los menores pretende cerciorarse de la situación real, de su entorno y de sus necesidades antes de tomar una decisión tan drástica como la de apartarlo de su familia, para garantizar que si tal decisión finalmente se toma, sea en todo caso en defensa del interés del propio menor.

Por este motivo, sólo una vez finalizados los trámites a los que nos hemos referido, podrá el órgano competente para resolver, dictar una resolución administrativa que declarará la existencia de la situación de desamparo del menor, que podrá ser fundamentada tras haber analizado objetivamente una situación de hecho que ha sido suficientemente estudiada y analizada por los equipos técnicos integrados por psicólogos, trabajadores sociales, etc.

Respecto a la naturaleza de esta resolución declarando el desamparo, debemos afirmar su carácter de acto administrativo. No falta en la doctrina quien ha querido otorgarle carácter de acto de derecho privado, como ESCUDERO LUCAS²⁴², que al referirse a como se materializa la declaración de desamparo realizada por la Entidad pública, afirma que «esta apreciación de la Administración, que se traduce en un acuerdo, un acto de disposición, no es un acto administrativo al no estar sujeto al Derecho administrativo, sino un acto de derecho privado al estar aplicando normas del Código civil y que conforme al artículo 2 de la LJCA²⁴³, no corresponde su conocimiento a esta jurisdicción».

No podemos estar de acuerdo con la afirmación anterior, pues, en todo momento, las resoluciones que declaran la situación de desamparo de un determinado menor, traen causa de un complejo procedimiento administrativo regulado en las respectivas normas autonómicas de protección de menores, que determinan el proceso de formación del mismo y los criterios de actuación de la Administración a la hora de realizar dicha actuación protectora del menor conforme a los principios de Derecho administrativo, emanando la declaración de desamparo del órgano competente

²⁴² ESCUDERO LUCAS, J.L., «La protección del menor por la Entidad pública», Revista General de Derecho, año LIII, núm. 637-638, octubre-noviembre 1997, pp. 12103.

²⁴³ Actualmente art. 3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que dispone que «No corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo: Las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública».

para dictarlo. No podemos excluir su carácter de acto administrativo por el hecho de que las normas autonómicas de protección de menores se remitan en cuanto a la configuración de las causas que determinan el desamparo, a lo regulado por el art. 172.1 CC²⁴⁴, y de que el legislador haya residenciado el control de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores en los tribunales del orden jurisdiccional civil.

En este sentido dice DE PALMA²⁴⁵, que «las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores, de forma general, y en particular aquellas mediante las que se declara el desamparo y se adoptan determinadas medidas de protección, están dotadas de las características propias de los actos de la Administración sujetos a Derecho administrativo». No tendría sentido, si no fuera así, que la autorización judicial para la ejecución de una resolución de desamparo correspondiese a la Jurisdicción Contencioso-administrativa, conforme al art. 8.5 de la LJCA, que otorga tal competencia a éste orden jurisdiccional cuando procede para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública²⁴⁶.

²⁴⁴ Ya aludimos al fundamento de la ubicación de esta definición del desamparo en el Código Civil, motivada por la necesidad de contar con una única definición que no dependiese de lo establecido en la legislación protectora de menores de cada una de las Comunidades Autónomas.

²⁴⁵ DE PALMA DEL TESO, A., «El derecho de los menores a la asistencia y protección...», cit., p. 134.

²⁴⁶ Como afirma la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Granada de 25 de septiembre de 2000, en su FD

Tampoco la jurisprudencia pone en duda el carácter de acto administrativo de la declaración de desamparo. La Sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante, de 3 de mayo de 2005, manifiesta en su FD tercero que *«El concepto de desamparo es indeterminado porque el menor cae en él a consecuencia de una situación fáctica, y que lo importante es que el menor se encuentre privado de la necesaria asistencia moral o material. La resolución administrativa por la que la entidad pública asume la tutela conlleva la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, lo que opera desde el mismo instante en que la Administración asume los contenidos propios de tales potestades, puesto que, por tratarse de un acto administrativo, el mismo está revestido de la presunción de legalidad con la consiguiente ejecutividad. Incumbe, por tanto, a los afectados por la resolución de la entidad pública, la carga de impugnarla a posteriori ante la jurisdicción civil, sin que ello obste, desde luego, a la ejecutividad del acto, venciendo incluso la resistencia que pudieran oponer los padres o guardadores en orden a obstaculizar la medida de protección acordada e, interviniendo de inmediato si hubiere peligro para la vida e integridad del menor o se vulneraran gravemente sus derechos y solicitando, en su caso, de la*

segundo, *«el art. 8.5 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa atribuye la competencia para: “autorizar 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”, por lo tanto dictada la resolución de desamparo conforme a la L.O. 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, la autorización de entrada en domicilio corresponde en exclusiva a los Juzgados de lo Contencioso y no a la jurisdicción civil».*

autoridad judicial, la adopción de las medidas precisas para hacer efectiva la decisión administrativa».

Podemos decir, por tanto, que la resolución administrativa que declara la situación de desamparo de un menor, tiene, paradójicamente, un valor constitutivo. La situación de desamparo del menor es una situación objetiva, que se produce «de hecho», según se define en el Código civil, y existe previamente a su declaración por la Administración, pero no viene acompañada de consecuencia jurídica alguna hasta que existe una resolución administrativa declarándola.

Esta trascendencia de la resolución que declara el desamparo exige, de un lado, un ejercicio de corresponsabilidad de todos los ciudadanos para colaborar con la Administración en su tarea protectora del menor, puesto que incluso siendo tal colaboración un deber legal, conforme a la obligación que el art. 13 de la Ley Orgánica 1/1996 establece²⁴⁷, es evidente que su

²⁴⁷ El art. 13 LOPJM, «obligaciones de los ciudadanos y deber de reserva», dispone que «1. 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.

2. Cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización».

cumplimiento difícilmente podrá ser controlado y sancionado por la Administración²⁴⁸.

Por otra parte, nos encontramos ante el clásico dilema de ¿Quién controla al que controla? El Ministerio Fiscal supervisa toda la actuación de la Administración en orden a la protección del menor, pero sólo es informado de la existencia de la situación una vez declarado el desamparo y adoptadas las medidas, por lo que puede darse una inactividad administrativa que, dada la dificultad de los propios menores para esgrimir unos derechos que sus representantes legales les niegan, produzca un daño al menor y una consiguiente responsabilidad de la propia Administración. Evidentemente, esta responsabilidad no podrá exigirse si existe un total desconocimiento de la situación del menor por la Administración, pero sí cuando ésta no haya actuado ante hechos o manifestaciones que pudiesen conducir a la causación de un daño al menor, o cuando su actuación ha sido extemporánea o inadecuada por falta de medios cuya existencia estuviese prevista legalmente. Más adelante tendremos ocasión de profundizar en

²⁴⁸ Y ello pese a que en algunas de las leyes autonómicas de protección del menor se recoge expresamente un régimen sancionador en el que aparece el incumplimiento de la obligación de colaboración de los ciudadanos con la Administración en los casos de menores en situación de riesgo y desamparo. Así, la Ley vasca de 13 de febrero de 2005 a la que nos hemos referido establece en su art. 112, letras e) y f) como infracciones graves: «e) No poner en conocimiento de la administración pública competente o de otra autoridad pública la posible situación de riesgo o de desamparo en que pudiera encontrarse un niño, niña o adolescente, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley Orgánica 1/1996...» y «f) No poner a disposición de la administración pública competente o de otra autoridad pública, o en su caso de la familia, en el plazo de veinticuatro horas, al niño, niña o adolescente que se encuentre abandonado, extraviado o fugado de su hogar».

nuestras consideraciones en torno a la posible responsabilidad de la Administración en estos supuestos.

Una vez comprobada la existencia de la situación de desamparo, la Administración competente deberá dictar la resolución declarando el desamparo, y ésta será la base para las actuaciones del ente público a partir de ese momento. En dicha resolución constará la asunción de la tutela sobre el menor por parte de la entidad pública, así como las medidas de protección que se hayan decidido para la guarda del menor –guarda que, conforme al art. 172.3 CC, «se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial»–. En el caso del acogimiento familiar, la guarda la ejercerá la persona o personas que determine la entidad pública en la resolución de desamparo, y en caso de que se establezca un acogimiento residencial, corresponde la guarda al director del centro donde sea acogido el menor²⁴⁹.

La declaración de desamparo debe ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal, que actúa en estos procesos siempre como auténtico garante de los derechos del menor frente a la actuación de la Administración, y controlando las medidas que se adopten para su guarda. Existe también la obligación de notificación legal a los padres, tutores o guardadores²⁵⁰, en un

²⁴⁹ Art. 172.3 CC, conforme a su redacción por la L.O. 1/1996, de protección jurídica del menor.

²⁵⁰ Resulta bastante común alegar la ausencia de notificación por parte de los padres de los menores declarados en desamparo, aunque es un requisito en cuyo cumplimiento los órganos administrativos autonómicos encargados de la protección de

plazo de cuarenta y ocho horas, que responde a la celeridad que exige el principio de actuación de la Administración en interés del menor, una vez que se ha determinado la situación de desprotección del mismo y dictado en consecuencia la resolución declarando su desamparo; siempre que sea posible en el momento de la notificación se informará a los padres, tutores o guardadores del menor, 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 adoptada²⁵¹. Más adelante, al analizar la normativa autonómica, nos detendremos a examinar algunos de los problemas que

menores prestan gran atención, y resulta relativamente sencilla la prueba del mismo, puesto que en muchas ocasiones los responsables de los servicios de protección de menores acuden a notificar la resolución de desamparo acompañados de la policía (no olvidemos no sólo deben practicar la notificación sino que además deben llevarse a los menores del domicilio familiar, en muchos casos con la oposición violenta de los familiares). Normalmente los tribunales desestiman la indefensión al no comprobarse la falta de notificación alegada. El Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3ª), de 2 de julio, se refiere en su Fundamento de Derecho 1º a un supuesto de este tipo, manifestando lo siguiente: *«La parte apelante, en el acto de la vista oral, solicita la revocación del auto y la nulidad de lo actuado alegando haber tenido conocimiento del expediente cuando se le notificó la resolución que pone fin al mismo, por lo que se le ha causado indefensión. También alega que en estos momentos la situación económica de la madre es buena y puede hacerse cargo del menor. Por lo que respecta a la primera de las alegaciones, la de que la madre no tiene conocimiento del expediente hasta el momento de la notificación de la resolución que pone fin al mismo, cabe decir, que por el documento núm. 9 de los acompañados con la demanda, que obra en las actuaciones, queda acreditado que la madre es notificada desde el momento mismo en que se constituye la tutela automática por el Ente Público del menor, ante su situación de desamparo, siendo desde entonces parte en el procedimiento, sin que conste que haya formulado oposición alguna hasta el momento presente. Por lo tanto, no ha causado indefensión a la apelante ni se ha infringido precepto alguno, por lo que no se considera procedente decretar la nulidad de actuaciones... siendo procedente la desestimación del presente motivo de recurso».*

²⁵¹ Auto de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª), de 14 de julio de 2003, Fundamento de Derecho segundo.

surgen en este procedimiento de declaración de desamparo y las fases en las que transcurre.

La redacción dada al art. 172.1 CC por la LOPJM aclara también otro de los que habían sido los puntos oscuros con la Ley 21/1987, en concreto el contenido, en cuanto a sus efectos de la tutela a favor de la entidad pública. El párrafo 3º establece, concretamente que «La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria».

Resulta al menos curioso que se utilice el término «suspensión», o más bien que se resucite tal término, pues había desaparecido con la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981²⁵², pero tiene su sentido tras toda la polémica creada en la doctrina civilista en torno a la naturaleza de la tutela que ejerce la entidad pública sobre el menor y compatibilidad con la patria potestad y la tutela ordinaria. La suspensión de la patria-potestad es diferente de su privación, por lo que la asunción de la tutela del menor y suspensión de la patria potestad impide que se nombre un nuevo tutor, como afirma en su Fundamento de Derecho 1º el

²⁵² Así, indica CASTÁN VÁZQUEZ que «tras la reforma del Código civil de 1981 no menciona ya el Código civil en el nuevo artículo 170, ni en todo el capítulo IV del Título II, la suspensión de la patria potestad. Otras normas españolas han previsto y regulado la suspensión. La Ley reguladora de los Tribunales Tutelares de menores (texto refundido de 11 de junio de 1948), delimita en sus artículos 9º y siguientes la competencia respectiva de estos Tribunales y de los ordinarios para atender la suspensión de la patria potestad» [CASTÁN VÁZQUEZ, J.Mª, «Artículos 142 a 180», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, ALBADALEJO y DÍAZ ALABART (dirs.), Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, T. III. vol. 2º, pp. 254 y ss].

Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 18 de octubre de 2000²⁵³.

No obstante, la suspensión de la patria potestad no afecta a los actos de contenido patrimonial realizados en beneficio del menor. LINACERO DE LA FUENTE²⁵⁴ manifiesta su sorpresa por este hecho, preguntándose dónde se encuentra el fundamento para que el progenitor o tutor privado del ejercicio de la patria potestad asuma las decisiones relativas al patrimonio del hijo, y si acaso el ejercicio del contenido personal y patrimonial de la patria potestad obedecen a intereses o fundamentos distintos. Es claro que tras la declaración de desamparo y la asunción de la tutela por

²⁵³ Dice el Auto que «La menor referida fue declarada en situación de desamparo por resolución administrativa de la Consejería de Asuntos Sociales. Ello trae consigo de acuerdo con lo establecido en los arts. 172 y 239 del C.C. que dicha entidad pública tiene por ministerio de la Ley la tutela de la menor, estando durante este tiempo suspendida la patria potestad de los padres. Esto es lo fundamental para la resolución del recurso, puesto que suspendida es cosa bien distinta a privación de la patria potestad. Por ello, aunque en el art. 239 del C.C. se diga que no obstante corresponder a la entidad a que se refiere el art. 172 la tutela de los menores desamparados, se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias puedan asumir la tutela con beneficio para este estas normas ordinarias presuponen, y a ello se refiere el n.º 1 del art. 222 que se trate de menores que no estén emancipados ni bajo la patria potestad, pues aunque también se hable en el n.º 4 que estarán sujetos a tutela los menores que se hallen en situación de desamparo, ésto no se puede entender de un modo aislado, ha de entenderse que estando en esta situación los padres además hallan sido privados de la patria potestad, y sólo en este caso, pues lo contrario nos llevaría a situaciones absurdas y de colisión en el ejercicio de funciones al tener los padres la patria potestad y al mismo tiempo estar nombrado un tutor para ese menor con identidad de funciones a las de la patria potestad, por lo que estos artículos referidos en un interpretación En conjunto han de entenderse como hemos dicho, que los menores en situación en desamparo estarán sujetos a tutela, una distinta de la que “ex lege” ejercen en cada territorio los organismos destinados a la protección de los menores, pero siempre que los padres hayan sido privados en una resolución judicial de la patria potestad (...)».

²⁵⁴ LINACERO DE LA FUENTE, M^a., *Protección jurídica del menor*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2001, p. 243.

parte de la entidad pública, y ejerciéndose la guarda a través del acogimiento familiar o residencial, el contenido personal de la patria-potestad pierde su sentido, pero no vemos inconveniente alguno en que los padres del menor puedan realizar actos de carácter patrimonial si estos son en beneficio del menor.

III. 5 El desamparo en la normativa autonómica de protección del menor

Sintetizando al máximo la cuestión, expone CARRETERO ESPINOSA²⁵⁵ que, «tradicionalmente, la protección jurídica del menor se han enmarcado en el campo del Derecho civil. Desde esta perspectiva, la competencia en exclusiva para su regulación correspondería al Estado, conforme a lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE, que le atribuye “legislación civil”, pero ello “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autónomas de los Derechos civiles, especiales o forales, allí donde existan”. En las modernas concepciones, sin embargo, el creciente intervencionismo administrativo, ha llevado a considerar que estamos ante una materia propia del Derecho público, en cuyo caso, el título competencial habilitante para que las Comunidades autónomas puedan legislar sobre protección de

²⁵⁵ CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C., «La competencia legislativa de las Comunidades autónomas en materia de menores», en *La protección jurídica del menor*, de la Asociación de Letrados de Andalucía, Comares, Granada, 1997, p. 16.

menores, sería el art. 148.1.20 de la Constitución, que atribuye competencias en materia de asistencia social».

Conforme a la previsión del artículo 148.1.20º de la Constitución español, las distintas Comunidades Autónomas asumieron competencias de carácter exclusivo en materia de asistencia social, con diversas denominaciones en sus respectivos Estatutos de Autonomía. Así, en los textos de los Estatutos de Autonomía previos a las modificaciones realizadas en los años 2006 y 2007 y los que aún no se han reformado o refieren a «asistencia social», los Estatutos Galicia²⁵⁶, País Vasco²⁵⁷, Cataluña²⁵⁸, Valencia²⁵⁹ y Navarra²⁶⁰; la incluyen como «asistencia social y servicios sociales» los de Canarias²⁶¹, Castilla-León²⁶² y Castilla-La Mancha²⁶³; habla de «asistencia y servicios sociales» el Estatuto de Autonomía de la Comunidad

²⁵⁶ Art. 27 de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Galicia (BOE de 28 abril 1981).

²⁵⁷ Art. 10.12 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco (BOE de 22 diciembre de 1979).

²⁵⁸ Art. 9.25 de la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE de 21 diciembre 1979).

²⁵⁹ Art. 31.24 de la Ley Orgánica 5/1982 de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (BOE de 10 julio de 1982).

²⁶⁰ Art. 44.17 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (BOE de 16 agosto de 1982).

²⁶¹ Art. 30.13 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de Agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias (BOE de 16 agosto de 1982).

²⁶² Art. 32.19 de la Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Castilla-León (BOE de 2 marzo 1983).

²⁶³ Art. 31.1.20 de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (BOE DE 16 agosto 1982).

andaluza²⁶⁴; asumen competencias en materia de «asistencia y bienestar social», los Estatutos de Asturias²⁶⁵, Cantabria²⁶⁶ y La Rioja²⁶⁷; se recoge como «asistencia y bienestar social» en los textos de Murcia²⁶⁸, Extremadura²⁶⁹ y Aragón²⁷⁰; y como «acción y bienestar sociales», en el de Baleares²⁷¹.

Por otra parte, gran parte de los Estatutos de Autonomía que acabamos de mencionar hacen referencia de forma particular a la competencia en materia de protección de menores. Así, asumen la competencia en materia de «protección y tutela de menores» en sus respectivos Estatutos las Comunidades autónomas de Cantabria (art. 24.23), la Rioja (art. 8.32), Aragón (art. 35.1 núm. 28), Castilla La-Mancha (art. 31.1 núm. 31), Castilla y León (art. 32.20) y Asturias (art. 10.25), esta última añadiendo que tal competencia se asume «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.6^a y 8^a de la Constitución, es decir, las

²⁶⁴ Art. 13.22 de la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE 11 de enero de 1982).

²⁶⁵ Art. 10.24 de la Ley Orgánica 7/1981, de 39 de diciembre de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias (BOE de 11 enero de 1982).

²⁶⁶ Art. 24.22 de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto de Autonomía de Cantabria (BOE de 11 enero de 1982).

²⁶⁷ Art. 8 apartado 1 número 30 de la Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja (BOE de 19 junio de 1982).

²⁶⁸ Art. 10.1 núm. 18 de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de Junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (BOE de 19 junio de 1982).

²⁶⁹ Art. 7.1 núm. 20 de la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura (BOE de 26 febrero de 1983).

²⁷⁰ Art. 35.1 núm. 26 de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón (BOE de 16 agosto de 1982).

²⁷¹ Art. 10.14 de la Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (BOE de 1 marzo de 1983).

competencias exclusivas del Estado en materia de legislación mercantil, penal y penitenciaria, legislación procesal y legislación civil; el texto de la Comunidad de Madrid añade en su art. 26.1 núm. 24 a la «protección y tutela de menores», la asunción de competencias para el «desarrollo de políticas de promoción integral de la juventud»²⁷².

En el resto de Estatutos de Autonomía no reformados o en los textos previos a la reforma se incluye una referencia un tanto dudosa a las «instituciones de protección de menores». Entre estas comunidades se encuentra Andalucía, que recoge su competencia exclusiva en materia de «instituciones públicas de protección y tutela de menores» en el art. art. 13.23 de su Estatuto de Autonomía, el mismo enunciado que el art. 10.35 del Estatuto de Islas Baleares; A esta referencia a las instituciones públicas de protección y tutela de menores añaden Canarias (art. 30.14), Cataluña (art. 9.18), Extremadura (art. 7.1 núm. 32) y Murcia (art. 10.1.18) el necesario respeto en la regulación de estas cuestiones a la legislación civil, penal y penitenciaria del Estado; el Estatuto de Autonomía de Navarra en su art. 44.23, incluye la competencia en materia de «instituciones y establecimientos públicos de protección y tutela de menores y de reinserción social, conforme a la legislación general del Estado»; el Estatuto valenciano incluye a otros colectivos necesitados de atención especial al asumir su art. 31.27 competencia sobre «instituciones públicas de protección y

²⁷² Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (BOE de 1 de marzo de 1983).

ayuda de menores, jóvenes, emigrantes, tercera edad y demás grupos o sectores sociales requeridos de especial protección incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación».

El alcance del término «instituciones públicas de protección», suscita algunas dudas interpretativas, en cuanto «institución» puede referirse según el contexto en que nos situemos, a un establecimiento o centro de protección de menores –y respecto a estos es sabido que las Comunidades Autónomas tienen competencias para regular su creación, organización y funcionamiento–, en sentido lato, podríamos decir, como a «institución», en el más estricto sentido jurídico de figura o mecanismo normativo establecido por el ordenamiento en orden a la protección de los menores.

Resulta muy ilustrativa la aclaración que realizaba a este respecto la Exposición de motivos de la ya derogada Ley 7/1995, de 21 de marzo, de protección de menores en la Comunidad de las Islas Baleares. En ella se explica que «La referencia a las instituciones públicas (...), que sirve de apoyo competencial a esta ley, podría inducir a creer que la competencia va referida exclusivamente a los centros de acogida, atención o tratamiento de menores. Sin embargo esta interpretación restrictiva no es la adecuada dado que el término “instituciones” puede ir referido también a las figuras o mecanismos legales de protección de menores (tutela, guarda, acogida, adopción). De esta forma, hay

que entender que la competencia se extiende a la regulación de esas figuras, o lo que es lo mismo, a la determinación del régimen jurídico al que quedarán sometidos los menores necesitados de protección.

Siendo cierto lo anterior, también lo es que la competencia sobre instituciones de protección y tutela de menores no es genérica, sino que se adjetiva con el requisito de “públicas”. Esa restricción implica que la guarda, la tutela, la acogida y la adopción sólo son reguladas por esta ley en su vertiente administrativa o pública, sobre el marco de derecho privado previamente establecido (...). Es por ello que la presente ley no incide en los aspectos de la materia propios del Derecho Civil, como el contenido de la patria potestad o los efectos de la acogida o de la adopción (...). En consecuencia, es sólo desde la perspectiva pública de la protección de menores y no desde la privada del Derecho civil propio que se promulga el presente texto legal».

Obviamente, hemos de excluir de esta reflexión las Comunidades autónomas con Derechos forales, respecto de las cuales la Constitución, especialmente en su art. 149.3, establece una garantía de mantenimiento de su derecho civil por medio de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades autónomas con capacidad foral. No obstante, hemos de tener en cuenta que la legislación foral tiene por objeto garantizar el mantenimiento de los derechos históricos de ciertos territorios, vigentes a la entrada en vigor de la Constitución, pero cuya vigencia sea efectiva y contrastada y no sólo porque se incluyan en esta consideración

por la Comunidad foral por razón de la materia. Así, manifiesta GIRÓN LÓPEZ²⁷³ que, «en relación con la protección de menores, los Derechos forales se han ocupado, con ciertas salvedades, casi exclusivamente de la adopción, muy especialmente en lo atinente al fenómeno sucesorio. En relación con las demás instituciones tuitivas del menor (tutela, curatela, guarda, acogimiento, etc.) apenas si existen vestigios en las legislaciones forales por lo que son frecuentes las remisiones a la legislación general»²⁷⁴.

Por último, también algún texto autonómico ha incluido referencias expresas a las competencias en materia de «promoción y atención de la infancia, de la juventud y de los mayores» (art. 32.19 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León antes de su modificación), o en el caso de Castilla-La Mancha, de «promoción y ayuda a los menores, jóvenes, tercera edad, emigrantes, minusválidos y demás grupos sociales necesitados de especial atención, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación (art. 31.1.20 del Estatuto). Estas competencias no suelen incluirse directamente en las leyes autonómicas de protección del menor, sino en planes o programas

²⁷³ GIRÓN LÓPEZ, C. La protección jurídica del menor, de la Asociación de Letrados de Andalucía, Comares, Granada, 1997, pp. 35 y 36.

²⁷⁴ No todas las Comunidades autónomas con capacidad civil foral, entre las que se encuentran Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña y Baleares, gozan de competencias civiles en materia de protección de menores. Las Comunidades de Baleares, el País Vasco y Galicia, carecen de dicha capacidad al no haber tratado históricamente sus ordenamientos esta materia. Sin embargo, en mayor o menor extensión, debemos afirmar la capacidad civil foral de Cataluña, Aragón y especialmente Navarra.

que incluyen medidas en diversos ámbitos no relacionados directamente con la protección de los menores sino con el fomento por parte de la administración del completo ejercicio de los derechos que se les reconocen en materia educativa, social, cultural, deportiva, medioambiental, etc.

Como señala SUÁREZ SANTODOMINGO²⁷⁵, España no cuenta hoy en día con un único sistema de protección de menores, y cada Comunidad Autónoma ha ido desarrollando su propio sistema, que en cualquier caso, cumple todos los requisitos exigidos por las disposiciones estatales e internacionales en este campo.

En cuanto a la regulación de la situación de desamparo en las normas autonómicas orientadas a la protección de los menores, aparece en dichas normas como la medida última a adoptar, la de máxima gravedad, cuando la desatención que sufre el menor es ya patente y no ha podido evitarse con medidas de menor calado y repercusión para el menor y para su familia, dentro de la proporcionalidad que debe guiar en todo momento la actuación administrativa en este ámbito.

²⁷⁵ SUÁREZ SANTODOMINGO, J.M., *Psicología jurídica al servicio del menor. La incorporación de menores institucionalizados al mundo laboral*, Cedecs, Barcelona, 2000, p. 190. Señala, que, pese a ello «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 en algunas habría que añadir el apoyo que se le ha prestado a su labor desde las universidades, la iniciativa social sin ánimo de lucro, los ayuntamientos o las diputaciones...».

Es decir, nos encontramos ante supuestos que no pueden solucionarse sin una intervención directa de la administración en el núcleo familiar, que suponga separar al menor de la familia de origen. Son circunstancias en que la administración se ve obligada a intervenir de modo drástico, por tratarse situaciones insostenibles que causan un daño, una falta de asistencia al menor. Se justifica por estos motivos la intervención, prevista entre los principios rectores de la actuación administrativa en esta materia que recoge el art. 11.2 letra b) de la Ley Orgánica 1/1996, que exige «el mantenimiento del menor en su medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés».

Implica esta situación, en mayor o menor medida, un fracaso de la actividad administrativa previa, dirigida a la prevención de situaciones familiares de dificultad que puedan afectar al menor, en primer término, y a la desaparición de las situaciones de riesgo en que éste pueda encontrarse. Desgraciadamente, y pese a la obligación establecida en el art. 13 de la LOPJM de que toda persona que detecte una situación de riesgo de un menor lo comunique inmediatamente a la autoridad o sus agentes más próximos, en numerosas ocasiones la administración «llega tarde» para ayudar al menor en su familia de origen, y sólo conoce de la situación cuando ha alcanzado una gravedad extrema, convirtiéndose en una emergencia social.

A continuación vamos a referirnos a la definición de la situación de desamparo en las distintas normas autonómicas de

protección de menores. Todas aluden al art. 172.1 del Código civil, bien de forma directa –ya sea citando el artículo o reproduciendo literalmente la definición de desamparo que dicho artículo recoge–, o indirectamente acogiendo los elementos de la definición de desamparo del Código civil diseminados en los artículos que se refieren a la situación de desamparo.

Por otra parte, también la gran mayoría intenta de alguna manera superar la indeterminación del concepto recogido en el Código civil, y por ello, se refieran expresamente o no al art. 172.1 CC, las diferentes autonómicas tienden a enumerar los diferentes supuestos en los que considera que existe una situación de desamparo, y que, como es lógico, coinciden en la mayoría de las normas. Sin embargo, no todas las normas autonómicas otorgan el mismo valor a las causas concretas desencadenantes del desamparo a las que hacen referencia. En unos casos parece que los órganos autonómicos de protección deberán declarar el desamparo en cuanto constaten la concurrencia de la circunstancia que se recoge en la norma, mientras que la redacción de otras normas autonómicas otorga a la administración competente la capacidad de valorar si las circunstancias constituyen efectivamente desamparo cuando se encuentre ante uno de los supuestos a los que la ley se refiere como presuntos causantes del mismo.

Para poder concretar mejor estas características que venimos mencionando, citamos a continuación las normas autonómicas de protección de menores, aunque en principio nos

referiremos únicamente a las normas con rango de ley que constituyen en cada Comunidad autónoma los pilares del sistema, y no al resto de normas:

Andalucía: Ley 1/1998, de 20 de abril, de derechos y atención al menor²⁷⁶. Se refiere al concepto de desamparo en su artículo 23.

Aragón: Ley 12/2001, de 2 de julio, de protección de la infancia y la adolescencia²⁷⁷ (que recoge el desamparo en su artículo 59).

Asturias: Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores²⁷⁸ (define el desamparo en su artículo 31).

Baleares: Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares²⁷⁹ (artículo 63).

Canarias: Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores²⁸⁰, (art. 46).

Cantabria: Ley 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia²⁸¹ (art. 29).

²⁷⁶ BO. Junta de Andalucía de 12 mayo de 1998, núm. 53; BOE núm. 150 de 24 junio 1998.

²⁷⁷ B.O. Aragón núm. 86, 20 julio de 2001; BOE núm. 189, 8 de agosto 2001.

²⁷⁸ BO. del Principado de Asturias y de la Provincia de 9 febrero de 1995, núm. 32; BOE de 20 abril de 1995, núm. 94.

²⁷⁹ BO. Illes Balears de 18 noviembre 2006, núm. 163. Ha derogado a la Ley 7/1995, de 21 de marzo, de protección de menores (BO. Illes Balears de 8 abril 1995, núm. 43; BOE de 19 mayo 1995, núm. 119).

²⁸⁰ B.O. Canarias de 17 febrero 1997, núm. 23; BOE de 14 marzo 1997, núm. 63.

²⁸¹ B.O. Cantabria 6 de mayo 1999, núm. 90; BOE 28 de mayo 1999, núm. 127.

Castilla-La Mancha: Ley 3/1999, de 31 de marzo, de menores²⁸² (artículo 35).

Castilla y León: Ley 14/2002, de 25 de julio de promoción, atención y protección a la infancia²⁸³ (art. 55).

Cataluña: contiene estas normas en varias leyes diferentes, la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción²⁸⁴, y la Ley 8/1995, de 27 julio, de atención y protección de niños y adolescentes de la Comunidad autónoma de Cataluña²⁸⁵, que recoge el concepto de desamparo en su artículo 19.

Las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla no tienen asumidas competencias legislativas en materia de asistencia social ni de protección de menores en sus respectivos Estatutos de Autonomía (Leyes Orgánicas 1 y 2 de 13 de marzo de 1995), pero debemos tener en cuenta el Real Decreto 36/1996, de 1 de marzo, por el que se crean las Comisiones de atención a la infancia en estas ciudades.

Extremadura: Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores²⁸⁶ (artículos 5 y 6).

²⁸² D.O. Castilla-La Mancha de 16 abril 1999, núm. 22; BOE de 25 mayo 1999, núm. 124.

²⁸³ B.O. Castilla y León núm 145-suplemento, de 29 julio 2002; BOE núm. 197, de 17 agosto 2002.

²⁸⁴ D.O. Generalitat de Catalunya de 17 enero 1992, núm. 1542; BOE de 21 febrero 1992, núm. 45.

²⁸⁵ D.O. Generalitat de Catalunya núm. 2083, de 2 agosto 1995, BOE núm. 207, de 30 agosto 1995.

²⁸⁶ BOE núm. 309, de 27 diciembre 1994; DOE núm. 134, de 24 noviembre 1994.

Galicia: Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia²⁸⁷ (art. 17).

Madrid: Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia²⁸⁸ (artículo 51).

Murcia: Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia²⁸⁹ (artículo 22).

Navarra: Ley Foral 15/2005, de 5 diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia²⁹⁰ (artículos 39 y 50).

País Vasco: Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia²⁹¹ (art. 56).

La Rioja: Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (arts. 49 a 56)²⁹².

Valencia: 7/1994, de 5 de diciembre, de la infancia²⁹³ (artículo 2).

²⁸⁷ BOE núm. 165, de 11 julio 1997, DOG núm. 165, de 20 junio 1997.

²⁸⁸ BOE núm. 183, de 2 agosto 1995; BOCM núm. 83, de 7 abril 1995.

²⁸⁹ BOE núm. 131, de 2 junio 1995; BORM núm. 86, de 12 abril 1995.

²⁹⁰ B.O. Navarra 14 diciembre 2005, núm. 149.

²⁹¹ B.O. País Vasco núm. 59, de 30 marzo 2005.

²⁹² B.OE núm. 70, de 23 de marzo de 2006. Ha venido a sustituir a la Ley 4/1998, de 18 de marzo, del menor de la Rioja (que incluía el desamparo en sus artículos 4 y 45) publicada en el B.O. La Rioja de 24 marzo 1998, núm. 36; BOE de 2 abril 1998, núm. 79.

²⁹³ BOE núm. 21, de 25 enero 1995; DOGV núm. 2408, de 16 diciembre 1994.

La primera de las Leyes que hemos enumerado, la Ley 1/1998, de 20 de abril, de derechos y atención al menor, en su art. 23.1, párrafo 2, dispone que «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 172.1 del Código Civil, se consideran situaciones de desamparo, que apreciará en todo caso la autoridad administrativa competente, las siguientes:

- a) El abandono voluntario del menor por parte de su familia.
- b) Ausencia de escolarización habitual del menor.
- c) La existencia de malos tratos físicos o psíquicos o de abusos sexuales por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de éstas.
- d) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación económica del menor de análoga naturaleza.
- e) La drogadicción o el alcoholismo habitual del menor con el consentimiento o la tolerancia de los padres o guardadores.
- f) El trastorno mental grave de los padres o guardadores que impida el normal ejercicio de la patria potestad o la guarda.
- g) Drogadicción habitual en las personas que integran la unidad familiar y, en especial, de los padres, tutores o guardadores del menor, siempre que incida gravemente en el desarrollo y bienestar del menor.
- h) La convivencia en un entorno socio-familiar que deteriore gravemente la integridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad.

i) La falta de las personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el menor».

Hemos recogido la Ley andaluza en primer lugar puesto que recoge la práctica totalidad de causas a que se refieren el resto de leyes, que sería demasiado prolijo enumerar una por una.

Pese a la enumeración de causas que pueden llevar al desamparo, la ley andaluza dispone que será la autoridad administrativa competente la que tendrá que apreciar si la concurrencia de una situación de las expuestas, bien en el propio menor, bien en sus padres o guardadores, bien en su familia, tiene la entidad suficiente para proceder a declarar el desamparo y asumir su tutela.

El catálogo de causas que pueden llevar al desamparo que recoge la ley andaluza, pese a dar una orientación de la que adolece la definición recogida en el Código civil, sigue incluyendo algunas circunstancias que dejan a la decisión discrecional del órgano administrativo competente la decisión. Así, será el criterio de la administración el que deberá establecer, por ejemplo, cuando la ausencia de escolarización, la drogadicción o el alcoholismo de un menor se consideran «habituales», o en qué situaciones el entorno socio-familiar en el que convive deteriora gravemente su integridad moral o perjudica el desarrollo de su personalidad. En cualquier caso, en situaciones que no aparecen

mencionadas por el artículo, como el alcoholismo de los padres, podemos seguir alegando la situación de desamparo si dicha conducta provoca una desasistencia moral o material al menor, conforme al art. 172.1 CC.

En cuanto al resto de situaciones de desamparo, parecen ser más objetivas, pero respecto de ellas, el problema será su constatación. Cuando no hay elementos de juicio suficientes para estimar la certeza de una situación aparentemente constitutiva de desamparo, entramos en el difícil ámbito de ponderación entre dos valores, ambos dignos de tutela. De un lado, la supuesta necesidad de protección del menor y la celeridad que requiere la actuación administrativa de protección de los menores en estos casos, en que el menor está ya siendo objeto de un daño, de otra parte, el derecho de los padres a tener a sus hijos en su compañía.

No se debe confundir una actuación rápida de la administración con la falta de seguridad jurídica, pero en ocasiones será difícil para la administración tomar una decisión por la falta de elementos de juicio y la urgencia de la intervención. Muchas de las conductas de los padres o familiares del menor que motivan la situación de desamparo son conductas que sancionables desde el punto de vista penal. El problema, obviamente, es que en el ámbito penal habrá que destruir la presunción de inocencia de la persona que supuestamente haya cometido abusos sexuales (delito tipificado en los arts. 181 a 183 del Código Penal de 1995), utilizado a un menor para la

mendicidad (art. 232 del código penal), o lo haya maltratado (art. 153 CP), mientras que la decisión respecto de la oportunidad o no de declarar a un menor en situación de desamparo cuando se recibe una denuncia por alguna de estas circunstancias deberá tomarse con carácter de urgencia. Sería absolutamente contraproducente que admitiésemos la prejudicialidad penal en este ámbito, como declara en su FD 3º el Auto de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos de 1 de octubre de 2002²⁹⁴.

Tendremos que exigir que se siga el procedimiento y las comprobaciones legales mínimas que este conlleva, llegando al menos a tener una apariencia de certeza la existencia de la situación o conducta causante del desamparo. La Sentencia de la Sección 1º de la Audiencia Provincial de Almería, de 13 de febrero de 2005, además de referirse a la necesaria ponderación de intereses en juego, estima necesario para la declaración de desamparo por la administración o su ratificación por el órgano jurisdiccional que los motivos alegados constituyan al menos una «base razonable» para declarar el desamparo. Así, afirma en su

²⁹⁴ Expone el mencionado Auto que «En el caso de cuestiones referentes a situaciones de violencia doméstica o de abandono de menores, dichas cuestiones no aparecen reservadas exclusivamente a la jurisdicción penal, la que, por tanto, no es la única llamada a pronunciarse sobre las mismas, pues pueden ser objeto de debate y de resolución en cualquiera de los juicios de familia o de menores atribuidos a la jurisdicción civil. Pretender que antes de que la jurisdicción civil pueda pronunciarse sobre esta clase de situaciones exista un pronunciamiento firme de la justicia penal equivaldría, no solo a suplantar la primera por la segunda, sino a poder dilatar cualquier decisión que los tribunales civiles puedan adoptar en esta clase de procedimientos, que exigen por su propia índole respuestas prontas y eficaces a las situaciones que en ellos se plantean».

FD 1º que «*debe centrarse el objeto del presente procedimiento en un doble sentido, ciñéndolo por una parte a la valoración en torno a si se dan o no las circunstancias que respaldan la declaración administrativa de desamparo de la menor conforme al art. 172.1 párrafo segundo del Código Civil y, por otra parte, buscando siempre el favorecimiento y la protección del interés de la misma como absolutamente preponderante (...) En este sentido, la existencia de circunstancias que hacen obligada la decisión en estudio, debe ser constatada y sopesada por el órgano judicial sin que basten meras sospechas o conjeturas sin más base, pero sin que sea tampoco exigible un agotamiento en la actividad probatoria similar al que requeriría una sentencia definitiva en torno a medidas paternofiliales en un proceso contencioso, es decir, lo que resulta necesario es que se aprecie **base razonable** para entender existente un incumplimiento de los deberes de asistencia y protección por parte de los progenitores, con el consiguiente perjuicio para el bienestar de la niña*». Esta «base razonable» la podemos identificar con la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, y supone un juicio de probabilidades y verosimilitud de encontrarnos ante una situación constitutiva de desamparo.

Normalmente no va a existir, cuando se da una situación de desamparo, un indicio aislado del mismo, sino que suelen darse varias circunstancias diversas que tienen en común el ser causantes en conjunto de un daño o peligro físico o psíquico al

menor²⁹⁵. Incluso se da el caso de que la concurrencia de factores que constituyen un riesgo para el menor pero no motivo de desamparo, terminan provocando dicho desamparo por los efectos que causan al menor en su conjunto, o por perdurar en el tiempo las circunstancias de riesgo sin que la intervención de los Servicios Sociales pueda hacerlas desaparecer²⁹⁶.

Especial dificultad en la ponderación entre la urgencia de la medida protectora y la comprobación de las circunstancias se produce en los casos en los que existe un presunto maltrato o abuso sexual. Una mera denuncia sin fundamento, o la simple alusión en un parte médico (que constituye un deber legal, por otra parte), a la posibilidad de un maltrato o abuso sexual ha sido motivo en más de una ocasión de una apresurada actuación de la

²⁹⁵ A modo de ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 3ª), de 17 de mayo de 2002, menciona entre las causas del desamparo de los menores: desatención a nivel educativo y asistencial, desorganización económica, pésimas condiciones higiénicas, ausencia de apoyo familiar y problemas de salud mental de los progenitores.

²⁹⁶ En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª), de 23 de junio de 2004, declara un desamparo procedente, manifestando que *«deberá resaltarse que los reiterados y completos informes que obran en autos (...) en general ponen de manifiesto una situación objetiva que comporta una desatención de necesidades básicas del menor y una incapacidad de la apelante para prestársela que entendemos justifica plenamente la propuesta de desamparo y la posterior declaración de dicha situación legal que ahora se impugna. Estos informes tienen como antecedentes un conjunto de intervenciones y continuo seguimiento desde hace años, con incumplimientos reiterados de objetivos y ausencia de una efectiva voluntad de superación que ha puesto de manifiesto desde entonces una compleja problemática que se manifiesta ausencia de control sanitario mínimo del menor, entorno familiar en contacto con la droga, no actividad económica o de trabajo normalizada, todo ello en un ambiente marginal en el que entendemos que sin duda, en su conjunto, desborda la posibilidad de que la madre pudiera hacer en esta situación (...)*».

administración declarando el desamparo y apartando a los menores del núcleo familiar, lo que nos hace ver la trascendencia y preponderancia del «supremo interés del menor», al que alude el art. 11.2 letra a de la L.O. 1/1996 y el art. 3.1 de la Ley andaluza «primará el interés superior del menor frente a cualquier otro interés legítimo».

La actuación preventiva de la administración declarando el desamparo se vería legitimada por este superior interés del menor en estos casos, incluso antes de seguirse el preceptivo procedimiento. Lógicamente, este «celo» protector puede causar perjuicios a los padres que se ven privados del menor, e incluso al propio menor, de los que podría derivarse una responsabilidad de la administración. Sin embargo, si ha existido esa base razonable, no existirá, como tendremos ocasión de analizar más adelante, una responsabilidad patrimonial de la administración por este motivo, salvo que su actuación haya sido antijurídica.

Pensando quizás, en resolver los problemas en estos casos, el Decreto 42/2002, de 12 de febrero²⁹⁷, de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía que regula el régimen del desamparo, la tutela y la guarda en desarrollo de la Ley 1/1998 de Derechos y atención al menor, recoge la posibilidad de *declaración provisional de desamparo*, en su art. 32. Dispone dicho artículo que «Cuando existan circunstancias que pongan en grave riesgo la integridad física o psíquica de los menores, se

²⁹⁷ BO. Junta de Andalucía de 16 febrero 2002, núm. 20.

podrá declarar como medida cautelar, la situación de desamparo provisional por el titular de la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de protección de menores».

No sólo podrá declararse provisionalmente el desamparo inicialmente, sino en cualquier momento de desarrollo del procedimiento de desamparo antes de su finalización (art. 33.1 del Decreto 42/2002). Si se acuerda la declaración de desamparo provisional, ésta se ejecutará de forma inmediata, aunque en cualquier caso se debe respetar la obligación de notificación a los padres, tutores, guardadores o acogedores del menor.

La declaración provisional de desamparo, por tanto, se sitúa dentro de las medidas provisionales, a las que hace referencia el artículo 72 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, pudiendo adoptarse, bien una vez iniciado el procedimiento administrativo, o incluso antes de su iniciación del procedimiento²⁹⁸. Lo relevante de esta medida es que otorga tal

²⁹⁸ El Artículo 72 LRJAP, «Medidas provisionales», dispone: «1. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello.

2. Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes en los supuestos previstos expresamente por una norma de rango de Ley. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda. En todo caso, dichas

preeminencia al interés del menor, que hace posible la declaración de desamparo y por tanto la asunción de su tutela por parte de la administración desde el momento inicial, incluso antes de que los padres puedan haber hecho las pertinentes alegaciones ante la comunicación de la iniciación del expediente administrativo de declaración de desamparo.

Una vez asumida la tutela, en este caso por la Junta de Andalucía, prosigue la instrucción del procedimiento hasta llegar a la resolución definitiva, que podrá, respecto de la medida de declaración provisional de desamparo, ratificarla, modificarla o revocarla (art. 33.3 del Decreto 42/2002). Esto es importante, puesto que la necesidad de actuación inmediata no exime de la necesaria comprobación de la existencia y de la gravedad de las circunstancias alegadas en un principio.

En cuanto a la función de esta medida, podemos decir, *mutatis mutandis*, lo que afirmaba CALAMANDREI²⁹⁹ respecto de las providencias cautelares adoptadas por los órganos jurisdiccionales, que nace de la «relación que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia (en este caso la resolución administrativa), para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario (el expediente administrativo) para crear sin retardo una providencia

medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas».

²⁹⁹ CALAMANDREI, P. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (trad.: SENTIS MELENDO), Editorial bibliográfica argentina, Buenos Aires, 1945, p. 43.

definitiva». Resulta claro que la urgencia ante una situación de grave riesgo para la integridad física o psíquica de un menor es tal, que no puede esperar a que se siga todo el expediente administrativo conducente a la declaración del desamparo. Nos encontraremos pues, ante el clásico dilema, puesto que la necesidad de hacer las cosas pronto choca normalmente con la necesidad de hacerlas bien, y para que la resolución final nazca con la máxima garantía de justicia es necesaria el desarrollo de toda una serie de actividades para el cumplimiento de las cuales se requiere un período, frecuentemente no breve, de espera.

Esta posibilidad de acordar provisionalmente el desamparo debemos juzgarla positivamente, en cuanto trata de evitar la causación de un mayor daño a los menores, situándose así en el ámbito de las medidas provisionales y respondiendo al fundamento tradicional de este tipo de medidas, el *periculum in mora*³⁰⁰. En palabras de CARRERAS LLANSANA³⁰¹, las medidas cautelares «tienden a evitar un peligro», y éste «proviene de la existencia del proceso mismo: se trata de un *periculum in mora* a causa de las dilaciones necesarias que se experimentarán antes

³⁰⁰ Vid. en este sentido SERRA DOMÍNGUEZ, M. «Teoría general de las medidas cautelares», en *Las medidas cautelares en el proceso*, SERRANO DOMÍNGUEZ, M., y RAMOS MÉNDEZ, F., Barcelona, 1974, p. 40.

³⁰¹ CARRERAS LLANSANA, J., «Las medidas cautelares del art. 1428 de la LEC», en *Estudios de Derecho Procesal*, CARRERAS LLANSANA, J., FENECH NAVARRO, M., Bosch, Barcelona, 1991, p. 571.

de que se dicte la declaración jurisdiccional (o en nuestro caso administrativa)».

Sin embargo, provoca, una vez más, cierta incertidumbre o indeterminación, puesto que se refiere a circunstancias que pongan «en grave riesgo la integridad física o psíquica de los menores», introduciendo un grado superior, un nivel más en la actuación administrativa, que va adquiriendo mayor intensidad y urgencia a medida que el peligro para el menor es más acusado e inminente, desde la prevención del riesgo en el seno de la familia, la declaración de la situación de riesgo para el menor, la declaración de desamparo, y finalmente el desamparo provisional.

Queda a la discrecionalidad de la administración el situar en esta escala de gravedad la situación en que se encuentra el menor, el peligro o daño que puede sufrir o efectivamente está sufriendo, y determinar en cada caso la medida más adecuada, en primer lugar y fundamentalmente, para el interés del menor, pero sin dejar de lado la consideración al interés de los padres, tutores, guardadores o acogedores.

Dada la posibilidad de que la declaración provisional de desamparo resulte finalmente infundada y cause por tanto un perjuicio al menor y a la familia, debería darse un carácter preferente y urgente a la tramitación del expediente conducente a ratificar o no el desamparo acordado provisionalmente. No se hace referencia en la ley autonómica ni en la estatal en este sentido, y resulta también preocupante que no se haya establecido un plazo

máximo en el que la administración deba resolver a cerca del desamparo del menor una vez iniciado el expediente.

La Ley 12/2001, de 2 de julio, de protección de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Aragón, se refiere a la situación de desamparo en su art. 59. En su párrafo 1º, reproduce literalmente la definición de desamparo del art. 172.1 párrafo 2 del CC, para añadir, en su párrafo 2º, que, «en particular, se entiende que existe situación de desamparo cuando se da alguna de las siguientes circunstancias:

a) Riesgo para la vida o integridad física o psíquica del menor. Cuando, debido al incumplimiento de los deberes de protección o por negligencia en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, de salud o educativas por parte de los padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, se atenta contra la vida o la integridad física o psíquica del menor.

b) Abandono del menor. Cuando faltan las personas a las que por Ley corresponde el ejercicio de la guarda y la autoridad familiar o cuando no pueden o no quieren ejercerlas.

c) Malos tratos. Cuando el menor es objeto de malos tratos físicos, psíquicos o de abusos sexuales, por parte de familiares o terceros, producidos en el ambiente familiar del menor.

d) Explotación de menor. Cuando sea inducido a ejercer mendicidad, delincuencia, prostitución, drogadicción, trabajo infantil o cualquier otra forma de explotación.

e) Falta de atención adecuada. Cuando la drogadicción habitual o cualquier otro problema físico, psíquico o social de los responsables de los menores impida la adecuada atención de los mismos.

f) Cuando, desaparecidas las causas que dieron lugar al ejercicio de la guarda por la entidad competente en materia de protección de menores, los responsables legales del menor no quisieran hacerse cargo del mismo».

Respecto de la lista de circunstancias en las que debemos considerar que existe desamparo, podemos destacar la ausencia de las que se refieren al daño que pueda causarse el propio menor, por causa de la drogadicción o alcoholismo habitual, consentido por los encargados de su guarda.

Recoge entre las circunstancias que conllevan la situación de desamparo, la posibilidad de que, tras haber asumido la administración la guarda de un menor, a solicitud de los responsables del mismo, por concurrir circunstancias graves que impidieran ejercerla a aquéllos temporalmente (conforme al art. 172.2 CC), los responsables legales del menor no quisieran hacerse cargo del mismo una vez que hubiesen desaparecido las circunstancias aludidas.

Esta causa de desamparo podríamos subsumirla sin mayores complicaciones en la referida al abandono del menor, pues este se produce cuando los responsables legales del ejercicio de la guarda no pueden o, como sucede en este caso, no quieren ejercerla.

La guarda administrativa se desarrolla en estos casos de un modo atípico. La guarda es un mecanismo de protección de menores, de carácter funcional, que se activa cuando se prevé la falta de eficacia real provisional del mecanismo institucional de protección bajo el que se encuentra el menor –la patria potestad o la tutela–, desplazando a estas mientras perdura la circunstancia que originó la situación, y volviéndoles a dejar paso cuando desaparezcan las circunstancias, momento en que finaliza su misión. De esta manera, dice MAYOR DEL HOYO³⁰² que «el destino natural de la guarda administrativa es cesar cuando desaparezcan las circunstancias que impidieron a la protección institucional –patria potestad y tutela–, desempeñar con eficacia su función, y que, por tanto, el menor vuelva bajo la protección de aquella». En los casos en que este curso normal se ve obstaculizado, como ocurre en el caso de que los padres o tutores se desentienden del menor, evidenciando su intención de no volver a hacerse cargo de él, expone la misma autora que «la guarda administrativa debe tomar otros caminos alternativos en busca de la estabilidad de la que carece por naturaleza».

La dificultad, en el supuesto de que los responsables de la guarda no quieren recuperarla una vez que ha desaparecido la enfermedad o causa grave que imposibilitaba temporalmente su ejercicio, estará en que la administración conozca tal voluntad de

³⁰² MAYOR DEL HOYO, M^a.V., La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores, Cedecs, Barcelona, 2000, p. 157.

no hacerse cargo de los menores, y pueda de este modo decretar el cese de la guarda administrativa y proceder a declarar el desamparo del menor³⁰³. Este cambio encuentra su fundamento en el propio interés del menor, puesto que, dado el carácter temporal de la guarda administrativa, las medidas de protección serán también de carácter provisional (mediante acogimiento simple), mientras que, existiendo la declaración de desamparo tras renunciar a la recuperación de su guarda los padres biológicos, podrán adoptarse medidas más estables y beneficiosas para el menor como el acogimiento preadoptivo o su adopción.

Será necesario pues, el cese de la guarda administrativa antes de poder declarar al menor en desamparo. Si los padres se han desentendido del menor, no podrá producirse la causa normal de cese de la guarda, que es la solicitud de los padres o tutores una vez desaparecida la causa que la motivó. Por lo tanto, bien a instancia del Ministerio Fiscal a quien corresponde la superior vigilancia de las medidas de protección del menor, bien la propia administración, de oficio, deberá emitir la resolución de cese de la guarda administrativa. La guarda del menor volverá a sus padres o tutores, y ante la negativa de estos a asumirla, se procederá a

³⁰³ En el mismo sentido, MAYOR DEL HOYO, *Ibidem.*, estima que, cuando los padres o tutores se desentienden del menor que se encuentra en situación de guarda administrativa «no se procede a la declaración de desamparo y a la consiguiente asunción de la tutela automática, produciéndose el cese de la guarda administrativa con tal asunción; sino que primero procede la cesación de la guarda administrativa, en cuanto que desaparece la legitimación que la ley otorga a la administración para poseerla, al desaparecer las circunstancias que justificaron su asunción, y luego, dada la situación de desprotección en la que el menor se encuentra ante tal cese, la administración asume la tutela al apreciar la situación de desamparo».

declarar la situación de desamparo del menor por la administración³⁰⁴.

Puesto que resultaría demasiado reiterativo referirse a las circunstancias específicas de desamparo recogidas en cada una de las leyes autonómicas de protección de menores, podemos sintetizar aquellas cuya inclusión resulta generalizada en la mayoría de las mismas, y justificada por la gravedad de las conductas a que se refieren:

Abandono voluntario del menor³⁰⁵ por parte de las personas a quienes corresponde por ley ejercer las funciones de guarda (entendiendo aquí comprendido el supuesto en que tras constituirse una guarda administrativa, los padres se desentienden del menor).

La existencia de malos tratos físicos y psíquicos.

³⁰⁴ Esta previsión de cese de oficio de la guarda administrativa no la prevé el Código Civil, pero si hacen referencia a ella la Ley valenciana 7/1994, de 5 de diciembre, en su art. 22.1 «cesará de oficio o a instancia de parte por finalización de la causa que la motivó», o la Ley asturiana 1/1995, de 27 de enero, en su art. 41.5.

³⁰⁵ La Ley 14/2002, de 25 de julio de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, art. 56.b), establece una causa de desamparo que podemos incluir en este abandono del menor, cual es «La ausencia de reconocimiento de la filiación materna y paterna del menor, así como la renuncia de ambos progenitores a mantener cualquier derecho sobre él». La filiación materna resulta claramente determinable en el momento del nacimiento, y como la paterna, de conocerse, no es renunciable, una vez determinada. No se entiende muy bien esta causa, pues aún impugnándose la filiación por el supuesto padre, conforme a los arts. 136 y 137 del CC, si queda determinada no se puede renunciar a ella, pues entraría en contradicción con la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos menores de edad habidos dentro y fuera del matrimonio establecida en el art. 39.3 CE.

Los abusos sexuales por parte de miembros de la unidad familiar o de terceros con el consentimiento de éstos.

El trastorno mental grave de los padres o guardadores de hecho que impida el adecuado ejercicio de la patria potestad o del derecho de guarda y educación.

La drogadicción o alcoholismo habitual de las personas que forma parte de la unidad familiar, en especial, de los padres o guardadores de hecho, o de los menores con el consentimiento de éstos.

La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución.

Podemos destacar asimismo, otras circunstancias que, si bien no son comunes a todas las leyes autonómicas, se recogen en una o varias de ellas y que se consideran también situaciones de desamparo:

Así, la Ley 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia de Cantabria, se refiere en su art. 29.2, letra b) como causa de una posible declaración de desamparo a la negligencia en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, higiénicas, de salud o educativas, que incluíamos dentro de las necesidades de asistencia material del menor. En la letra g) del mismo artículo, se refiere al «incumplimiento de los deberes de protección o carencia de vínculos afectivos por parte de los padres, tutores o guardadores». Tal carencia de vínculos afectivos resulta de muy difícil prueba, si queremos diferenciarla del maltrato de carácter psicológico y normalmente se traducirá en negligencias por parte de los padres en los cuidados debidos al

menor. Finalmente, la letra i) del artículo de la ley cántabra, incluye la «desatención o imprudencia», como causa de la situación de desamparo³⁰⁶.

El artículo al que nos venimos refiriendo, letra j), recoge una causa de posible declaración de desamparo, la falta de escolarización del menor, siempre que dicha ausencia de escolarización sea reiterada o continuada. La Ley Foral 15/2005, de 5 diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, en su art. 50.h), incluye esta misma causa, cuando la falta de escolarización sea «habitual», y la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores, de la Comunidad canaria, estima situación de desamparo «cuando no asista de forma reiterada y sin justificación al centro escolar donde se halla matriculado, debido a la conducta negligente de los padres, tutores o guardadores, o se aprecie la ausencia de escolarización del menor, estando en edad para ello» (art. 46.2, letra b).

Esta última formulación resulta la más adecuada, en cuanto la falta de asistencia se debe a la negligencia de los padres, sea a la hora de matricular al menor en el centro correspondiente, sea a

³⁰⁶ En junio de 2005 todos los medios de comunicación se hicieron eco de la muerte de una menor de escasos meses de edad que murió al dejarla su padre, por negligencia, en su coche, aparcado en la calle durante varias horas en el mes de junio. Se planteó entonces la polémica de si procedía la declaración de desamparo en casos en que se detectan negligencias de este tipo por parte de los padres. Esta ley parece decantarse por la declaración de desamparo, pero sin duda resulta necesario atender a las circunstancias de cada caso concreto.

la hora de acompañarlo al centro o controlar su asistencia o atender a las ausencias del mismo que le sean comunicadas y de las que no tuviera conocimiento previamente. No obstante, entendemos que el concepto de «habitualidad» o «reiteración» en la falta de asistencia en estos casos resulta de difícil valoración, y que en cualquier caso, cuando se detecte, no sería proporcionado declarar el desamparo sin advertir a los padres del menor de las consecuencias que puede tener la falta de escolarización e incluso ofrecerles soluciones cuando por motivos laborales, económicos, de distancia del centro docente, etc., no pueden controlar la efectiva escolarización del menor.

El art. 56 de la Ley 14/2002, de 25 de julio de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, recoge una causa de desamparo que, pese a su obviedad, ha sido olvidada en el resto de leyes autonómicas. Así, se refiere, en la letra i) de dicho artículo, a «la obstaculización por los responsables del menor de las actuaciones acordadas para la averiguación o comprobación de las situaciones de desprotección, cuando se ponga en riesgo la seguridad de éste, o la falta de colaboración en la ejecución de las medidas acordadas en situaciones de riesgo que propicie su persistencia, cronificación o agravamiento», y en su letra n) a «las situaciones de riesgo que, al persistir o agravarse, determinan la privación del menor de la necesaria asistencia moral o material».

Se distinguen en este caso varias circunstancias que pueden llevar a la declaración de desamparo. En primer lugar, si

los padres no colaboran en las investigaciones dirigidas a determinar la efectiva desprotección del menor, lo que significa que existe un procedimiento abierto por parte de los Servicios de Protección del Menor que se está tramitando en orden a decidir si procede la declaración de desamparo. En el segundo caso, nos encontramos en el supuesto de que se ha declarado al menor en situación de riesgo, decretando una serie de medidas necesarias para que cese tal situación, y, o bien las medidas no surten efecto, o los padres no colaboran a su ejecución, por lo que, la Administración protectora será la responsable de determinar el plazo previsible en que debe superarse la situación de riesgo y si procede la declaración de desamparo³⁰⁷.

La falta de colaboración de los padres en la labor asistencial de los poderes públicos puede ser causa de la declaración de desamparo, si su actitud impide que se tomen medidas de apoyo a la familia, o si tales medidas requieren una actitud o conductas por su parte –desintoxicación, terapia familiar, etc.– que no llevan a cabo (art. 24.4 de la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la infancia de la Comunidad valenciana³⁰⁸).

³⁰⁷ La Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja de 11 de octubre de 2004, se refiere a un supuesto de declaración de riesgo, en la que, ante la persistencia de las circunstancias y la falta de prueba en contrario de los padres del menor, se declara el desamparo.

³⁰⁸ Art. 24.4. «Son situaciones de desamparo las siguientes: 4. Aquellas de precariedad, dificultad de afrontamiento de la realidad social, dificultades parentales y relacionales u otras potencialmente perjudiciales para el menor, en las que no se cuenta con el consentimiento y colaboración de los padres, tutores o guardadores para su

III. 6 La situación de «abbandono» y la protección del menor en el ordenamiento italiano

III.6.1 El derecho del menor a una familia como fundamento de la normativa protectora

En el ordenamiento italiano, no encontramos una norma que recoja con tanta claridad los derechos reconocidos a los menores y los principios por los que deberán guiarse las Administraciones Públicas al actuar para proteger estos derechos y evitarles situaciones de desprotección, aunque sí se recogen, como vamos a ver, aspectos relativos a la actuación de prevención y de asistencia en situaciones de necesidad de la familia por parte de las Administraciones Públicas, y aspectos fundamentales relativos a la protección del menor. Así, la l. 4 mayo de 1983, n. 1984, lleva por título, tras su modificación por la ley de 28 de marzo de 2001, n. 149, «Diritto del minore ad una famiglia». Esta ley, orientada a regular el régimen de la adopción y del acogimiento, no incluye, al menos de forma explícita, los principios del Derecho de protección de menores a que hemos hecho referencia anteriormente, pero sí enuncia en su art. 1, el principio de integración y reintegración familiar, en forma de derecho «el

superación, no pudiéndose abordar las mismas desde los recursos generales o especializados disponibles en la comunidad con el menor integrado en la familia».

menor tiene derecho a crecer y ser educado en el ámbito de la propia familia»³⁰⁹, que además destaca por ser la primera vez que en un texto legislativo italiano se refiere expresamente a un «derecho» del menor.

Lógicamente, no quiere decir esto que deba interpretarse tal principio como un concepto absoluto, en el sentido de que el menor deba ser educado siempre y en todo caso en la familia de origen. Esto entraría en contradicción con el propio contenido de la ley y con los principios constitucionales, puesto que, como se ha visto, el art. 30.2 de la Constitución Italiana aclara que, en el caso de incapacidad de los padres, deben llevarse a cabo las tareas de educación, mantenimiento e instrucción de los hijos). Pero tampoco es aceptable una interpretación demasiado reductiva: el menor tiene derecho a ser educado en el ámbito de su propia familia, sea esta la de origen o la adoptiva³¹⁰.

El significado, realmente, es que el menor tiene derecho a ser educado en la propia familia (la de origen) mientras que sea posible, siendo necesario actuar todos los instrumentos de ayuda y apoyo, para que la familia de origen pueda asumir sus tareas educativas, y sólo cuando dichas medidas no obtengan el efecto

³⁰⁹ La modificación de 2001 ha incluido la referencia a «crecer», al derecho a ser educado en la propia familia que ya se contenía en el texto de la legge 184/83.

³¹⁰ En este sentido, Vid. MANERA, G., «L'affidamento familiare», *Giustizia Civile*, 1987, p. 298; FINOCCHIARO, A. e M., *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, Milano, 1983, p. 12.

esperado, habrá lugar para la adopción, rompiendo todos los lazos con la familia de origen³¹¹.

La declaración de «adoptabilidad», prevista en el ordenamiento italiano cuando el menor se encuentra en situación de abandono, y la consiguiente adopción del menor, en su caso, aparecen como última alternativa, como *extrema ratio*.

Después de unos años de consenso general y entusiasmo por la adopción, que se pensaba que había eliminado la institucionalización y resuelto todos los problemas del menor, se fue desarrollando una cierta posición de cautela, cuando no una auténtica desconfianza respecto de ella, viéndose incluso la adopción como un instrumento clasista que arrebató a los hijos de las familias con menos recursos (las cuales teóricamente con la política programada de servicios sociales tendrían que haber superado sus dificultades) para dárselos a las familias mejor situadas, dispuestas a acogerlos con los brazos abiertos³¹². Tales afirmaciones, un tanto exageradas y emitidas buscando polémica, encontraban motivo en algunas adopciones dispuestas, quizás con demasiada facilidad, por los Tribunales de menores. De ahí la afirmación del derecho del menor a ser educado en la propia familia, como encargo a la Administración para disponer todos los

³¹¹ FINOCCHIARO, A. e M., op. cit., p. 13 ss; BOCACCIO, E., «L'interesse del minore. L'affidamento familiare», Nuova giurisprudenza civile commentata, 1988, t. II, p. 162; CAVALLO, R., «Il rispetto dell'identità del minore nella famiglia adottiva e affidataria», *Minori Giustizia*, n. 4, 1996, p. 35.

³¹² GIORGIANNI, L., L'adozione dei minori, in *Giurisprudenza di Merito*, 1993, IV, p. 238; COSTANZA, M., «Adottare è un diritto di tutti?», en *Diritto della famiglia e delle persone*, 1994, p. 419.

instrumentos necesarios para que tal derecho pueda ejercitarse en el caso concreto, y también como encomienda a los tribunales para interpretar la ley 184/83, y cualquier normativa referente al menor en el sentido de favorecer la permanencia del menor en su familia.

III.6.2 La asistencia social a la familia y su función preventiva de las situaciones de privación de asistencia del menor

En las leyes especiales es donde se manifiesta de forma más concreta este derecho, y nos referimos, en concreto, a la normativa asistencial, que tiene como misión establecer toda una serie de medidas para apoyar a las familias en situación de dificultad. En su origen debemos recordar el d.p.r de 24 julio de 1977, n. 616, que transfirió gran parte de las funciones asistenciales (entre las que se encuentran las actuaciones a favor de los menores en el ámbito de las competencias civiles y administrativas) del Estado a los entes locales: otorgó a las regiones las competencias de dirección, programación y coordinación, y a los ayuntamientos las competencias para la prestación de los servicios, aunque manteniendo a la provincia las funciones que ya ejercitaban en la materia.

La transferencia de funciones a los entes locales la ha completado el d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, también en materia asistencial³¹³, y debemos señalar de nuevo la ley de 28 agosto de 1997, n. 285, que representa un instrumento significativo de las políticas sociales, al instituir un fondo nacional para la infancia y la adolescencia para favorecer la promoción de los derechos, la calidad de vida, el desarrollo, la realización personal y la socialización de los niños y los adolescentes. A los recursos de este fondo pueden acceder, cuando establezcan un programa de actuación (como puede ser la concreción de medidas alternativas a la institucionalización del menor), los entes locales, junto con otras instituciones, y las organizaciones sin ánimo de lucro de utilidad social³¹⁴.

Posteriormente, la ley de 8 de noviembre 2000, n. 328³¹⁵, parece orientada a garantizar la igualdad de oportunidades y la no discriminación, reduciendo las condiciones de discapacidad, necesidad, carencias individuales y familiares, y asegurando, en

³¹³ En este Decreto legislativo, que desarrolla la legge 15 marzo 1997, n. 59, relativa a la delegación al Gobierno para la transferencia de funciones y competencias a las regiones y entes locales, para la reforma de la Administración pública y la simplificación administrativa, se refiere a los «servicios sociale» como todas las actividades relativas a la prestación de servicios, gratuitos o de pago, o de prestaciones económicas dirigidas a eliminar o superar las situaciones de necesidad que la persona humana encuentra en su vida.

³¹⁴ Sobre los requisitos para acceder al fondo nacional, respecto a la problemática del acogimiento familiar, vid. CASCIANO, G.F., «Diritto alla propria famiglia e affidamento familiare», en *Minori Giustizia*, 1999, I, p. 64; MANERA, G., «L’Affidamento familiare: disciplina attuale e prospettive di riforma», en *Diritto della famiglia e delle persone*, 1996, p. 235.

³¹⁵ Ley marco para la realización del sistema integrado de actuaciones y servicios sociales (G.U. n. 265 del 13 de noviembre 2000).

particular, un adecuado apoyo a los acogedores de menores, incluso con beneficios económicos y mediante el desarrollo de una red integrada de servicios. Todos estos objetivos se pueden compartir fácilmente, pero la ley los prevé con los límites y posibilidades presupuestarias de los entes locales, que por lo tanto no tienen una obligación precisa, y pueden efectuar su elección con la más amplia discrecionalidad, por lo que no podremos hablar de derechos exigibles por los usuarios, sino de concesiones gratuitas de dichos entes locales en su labor asistencial³¹⁶.

La asistencia social juega un papel fundamental para evitar las situaciones de abandono del menor y permitir la permanencia del menor en su familia de origen. La ley 149/2001, ha introducido un segundo apartado al art. 1 de la ley 184/83, que precisa que las condiciones de indigencia de los padres «no pueden ser obstáculo», al ejercicio del derecho del menor a permanecer en su familia. No obstante, no se puede establecer una relación directa entre indigencia y abandono del menor, puesto que, también quienes no cuentan con medios para mantener al menor, puede tener buena relación con él y llevar a cabo de forma adecuada la actividad educativa, solicitando la intervención de los servicios sociales, administrando adecuadamente el subsidio que le concedan, y mostrando en general cierta capacidad

³¹⁶ BREDA, M.G., MICUCCI, D., SANTANERA, F., La riforma dell'assistenza e dei servizi sociali : analisi della Legge 328/2000 e proposte attuative, UTET, Torino, 2001, p. 14.

organizativa³¹⁷. No obstante, podemos reconocer que pobreza, ignorancia e incapacidad se encuentran estrechamente ligadas y señalan una condición de marginación de la familia difícil de superar, mientras que, al contrario, formas de abandono «moral» en el ámbito de familias «pudientes» che dejan a los menores en prestigiosos colegios, sin preocuparse más por los propios menores en el sentido afectivo, no llegan jamás al conocimiento de los servicios sociales y del juez. Tenemos que hacer referencia, en este sentido, a la jurisprudencia, ampliamente consolidada, que sostiene que la indigencia constituye causa de fuerza mayor que excluye el abandono³¹⁸.

Para permitir superar las condiciones de necesidad de las familias, «se disponen», según el art. 1.2 de la ley 184/83, actuaciones de ayuda y apoyo a la familia por parte de las Administraciones Públicas (a las que obliga, por otra parte, el art. 31 de la Constitución Italiana). El apartado 3 del artículo 1 de la ley se refiere con bastante amplitud una serie de actuaciones, que obviamente no son taxativas, y que comprenden tanto la actuación que podemos denominar preventiva, para evitar o corregir situaciones de necesidad en el seno de la familia, como medidas de apoyo dentro del sistema establecido cuando la familia no puede cumplir con sus tareas.

³¹⁷ A este respecto, entre otros, FINOCCHIARO, A. e M. *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento...*, cit., pp. 137 y ss.

³¹⁸ Cass. 9 de abril de 1988, n. 2811., o Cass. 26 de julio de 1993, n. 8360.

En el ámbito de las respectivas competencias del Estado, las Regiones y los Entes Locales, todos ellos deberán desarrollar «actuaciones idóneas» para ayudar a las familias en riesgo, para prevenir el abandono y permitir la realización del principio-derecho del menor a ser educado en el ámbito de su propia familia. También se establece la obligación de promover iniciativas de fomento de una opinión pública favorable al acogimiento y a la adopción, y de apoyo a la actividad de las comunidades de tipo familiar; de organizar cursos de preparación y actualización profesional de los operadores sociales, así como encuentros de formación y preparación para las familias y personas que pretenden acoger o adoptar menores, pudiendo, las Administraciones Públicas respectivas, estipular convenios con entidades o asociaciones sin ánimo de lucro que operan en el ámbito de la protección de menores y de las familias para la realización de las actividades mencionadas³¹⁹.

Este apartado no puede entenderse si no se relaciona estrechamente con las previsiones de la ley marco sobre la asistencia social (ley de 8 de noviembre de 2000, n. 328). Las regiones, ejercitan las funciones de programación, coordinación y dirección de la asistencia social, así como la verificación de la efectiva realización en su territorio, y disciplinan las propias

³¹⁹ La l. 8 de noviembre de 2000, n. 328, prevé que se puedan participar en la gestión y la oferta de servicios sociales, al lado de los sujetos públicos, organizaciones sin ánimo de lucro y de utilidad social: cooperativas, organizaciones de voluntariado, asociaciones y entes de promoción social.

actuaciones. Los ayuntamientos llevan a cabo el sistema integrado de actuaciones y servicios, y proporcionan las prestaciones específicas en el ámbito del sistema integrado de asistencia social, concretándose medidas específicas para los menores en situación de necesidad sea en las familias de origen como en las de acogida. Sin embargo, todo se deja, como se ha afirmado ya, a la discrecionalidad de las respectivas Administraciones, puesto que las familias en situación de riesgo no cuentan con ninguna forma de exigir la prestación de asistencia, por lo que, para DOGLIOTTI, afirmaciones tan comprometidas, que finalmente podrían convertirse en letra muerta, parecen mistificaciones o, en el mejor de los casos, enunciados vacíos³²⁰.

III.6.3 La situación de abbandono: concepto, causas y excepciones

El principio de subsidiariedad de la actuación pública respecto de la familia ante las situaciones de necesidad del menor aparece en el art. 1.4 de la ley 184/83. Las instituciones previstas en dicha ley: el acogimiento, la adopción y la adopción en circunstancias excepcionales, se aplicarán, únicamente, «cuando la familia no esté en condiciones de proveer al crecimiento y la educación del menor». En estas situaciones, el derecho del menor

³²⁰ DOGLIOTTI, M., «La riforma dell'adozione», en *Famiglia e diritto*, n. 3, 2001, p. 248.

a crecer y ser educado en su propia familia (la familia biológica), se transforma en el derecho del menor a vivir, crecer, y ser educado «en una familia», que se reconoce en el apartado 5 del art. 1. Este derecho se asegura a todos los menores con independencia de su sexo, etnia, edad, lengua y religión, respetando su identidad cultural, y respetando los principios fundamentales del ordenamiento.

La expresión «abandono» no aparece por primera vez en el ámbito legislativo italiano con la ley 184/83. Ya en la ley 17 de julio de 1890, n. 6972, sobre las instituciones públicas de asistencia y beneficencia, se hablaba de menores abandonados, y también en otras leyes más dirigidas a la atención a los menores en particular: la ley de 18 de julio de 1904, n. 390, y los artículos 55 y 56 del r.d. de 1 de enero de 1905, n. 12, que distinguen por primera vez entre menores materialmente y moralmente abandonados. La expresión vuelve a mencionarse en la ley de 10 de diciembre de 1925, n. 2277, sobre la protección y asistencia de la maternidad y de la infancia, y también en el texto único en esta materia, el r.d. de 24 de diciembre de 1934, n. 2316, que en bastantes aspectos continúa vigente. Finalmente el r.d.l. de 8 de mayo de 1927, n. 798, que regula las funciones de la provincia en la asistencia a los menores, se refiere a los «hijos ilegítimos abandonados o expuestos al abandono».

La elección del legislador italiano con la ley de 1983 ha sido no definir de forma precisa cual sea la condición del menor que se

encuentra en situación de abandono. Ha preferido adoptar una cláusula general que deje al juez y al intérprete una valoración que pueda adaptarse a las diversas realidades y condiciones personales, sociales y ambientales de caso concreto que se les presenta. Tampoco posteriormente, la ley de 28 de marzo de 2001, n. 149, ha concretado la definición de abandono en hipótesis específicas, aunque desde muchos sectores se invocase dicha introducción.

El artículo 8 de la ley n. 184/1983, tras su modificación por la ley n. 149/2001, en el apartado 1, establece que «son declarados en estado de adoptabilidad por el tribunal de menores del distrito en el que se encuentran, los menores de los cuales se constate la situación de abandono porque se encuentran privados de asistencia moral y material por parte de los padres y de los parientes obligados a prestársela, siempre que la falta de asistencia no se deba a causa de fuerza mayor de carácter transitorio»³²¹.

Esta definición, al igual que la recogida en la legislación española, es una noción objetiva³²², pero con la diferencia de que,

³²¹ Art. 8.1 «Sono dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni del distretto nel quale si trovano, i minori di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio».

³²² En el referido sentido de no tener en cuenta la culpabilidad que pueda existir en el comportamiento de los padres. A diferencia del art. 330 del Codice Civile, que priva de la patria potestad sobre los hijos a los padres como sanción ante una violación de los deberes establecidos para su guarda (art. 147 Codice Civile), o abusa de la patria-

además, delimita el ámbito subjetivo. El abandono, delimita el ámbito subjetivo pues consiste, en una privación de asistencia moral y material «por parte de los padres y parientes obligados a prestársela...».

El art. 8, apartado 2, reviste también importancia, en él se contempla el ámbito subjetivo del concepto de abandono, puesto que, según este precepto, la situación de abandono subsiste aunque el menor sea adecuadamente asistido por otras personas, es decir, cuando se encuentre en situación de acogimiento familiar o institucional, si las personas que lo asisten no son sus padres o los parientes obligados a ello, como veremos más adelante.

Por lo tanto, la subsistencia de la situación de abandono resulta imprescindible, de otro modo procedería la reintegración del menor en su familia, ya que los menores en situación de abandono «son declarados en estado de adoptabilidad» por el Tribunal de menores, motivo por el cual DOGLIOTTI³²³ manifiesta que la «noción de abandono constituye el aspecto más relevante y quizás también el más discutido de toda la problemática adoptacional». Esta constituye una diferencia fundamental con el sistema español, la situación de abandono no se declara en las circunstancias en que existe una privación para el menor de carácter temporal, en los que procederá la constitución del

potestad con grave perjuicio para el hijo. En estos casos, cuando existan motivos graves, el juez puede ordenar el alejamiento del hijo de la residencia familiar.

³²³ DOGLIOTTI, M., Adozione di maggiorenni e minori (artt. 291-314). L. 4 maggio 1983, n. 184, Diritto del minore a una famiglia, Giuffrè, Milano, 2002, p. 428.

acogimiento, sino que resulta necesaria para que el menor pueda ser adoptado.

En el texto de 1983, la formulación del art. 8 se refería, de modo genérico, al «menor en estado de abandono», mientras que con la última reforma se ha querido precisar que la situación de abandono debe ser «constatada», mención que le otorga también el carácter de «situación de hecho», de carácter objetivo³²⁴, al igual que ocurría con el desamparo.

Es necesario recordar aquí, que el juez, en el desarrollo de su actividad, debe tener siempre presente los principios fundamentales de la disciplina: la proporcionalidad y graduación de los instrumentos de actuación y la residualidad del recurso a la adopción, puesto que la adopción es un instituto con el que se debe tender a dar una familia al menor que está privado de ella, y no a insertarlo en una familia considerada «mejor», según parámetros que aunque estén difundidos en determinados contextos sociales, pueden ser considerados opinables y arbitrarios.

En una sentencia de la Tribunal Supremo de Casación³²⁵, haciendo referencia expresa a los principios constitucionales (art. 30.1 de la Constitución Italiana), y las normas de derecho civil que establecen los criterios de delimitación de los derechos y deberes de los padres, así como a las garantías fundamentales

³²⁴ Respecto al carácter objetivo del abandono, ha sido repetidamente subrayado por la jurisprudencia. Cfr. Cass. de 4 mayo de 2000, n. 5580; Cass. de 2 abril de 1998, núm. 4363; Cass. de 4 de noviembre de 1996, núm. 9576.

³²⁵ Cass., 23 de abril de 1990, n. 3369.

aseguradas a los menores, establece que «una semplice educazione non ottimale dei figli, come, più in generale, un'impostazione sotto qualche aspetto criticabile del rapporto genitoriale per carenza culturale o caratteriali o intellettive dei genitori, come pure un semplice tenore povero di vita dovuto ad insufficienza di mezzi economici e, meno che mai, il confronto con le condizioni di vita migliori che i minori potrebbero trovare in eventuali famiglie adottive, non possono essere sufficienti, in linea di principio, a sradicarli dalla famiglia e a farli dichiarare in stato di adottabilità».

En cuanto a la privación de asistencia moral y material, dado el carácter abierto de la definición del abandono establecida en el art. 8 de la ley 184/1983, ha quedado a la labor de la jurisprudencia delimitar sus límites en relación a las realidades sociales, familiares y psicológicas sobre las que la norma viene a incidir. Evidentemente, las situaciones en que va a producirse el abandono, van a ser muy similares a aquellas en las que se producía el desamparo, exceptuando, en el caso italiano, aquellas en que el carácter temporal de la situación lo excluya.

La doctrina es unánime en considerar que puede existir situación de abandono tanto cuando el menor no tenga una familia, como cuando exista la familia³²⁶. En el primer caso se

³²⁶ Al respecto, MANERA, G., «Sulla sussistenza dell'abbandono anche quando il minore viva in casa dei genitori», Nuovo Diritto, 1988, p. 306.

trataría del hijo de padres desconocidos³²⁷, o huérfano de ambos padres y sin otros parientes. En dichos casos la situación de abandono es obvia y no requiere ninguna constatación posterior. Más problemático es definir el abandono cuando haya una familia, aunque, como hemos visto respecto del desamparo, existen múltiples situaciones en las que puede existir una privación de la asistencia moral y/o material que el menor necesita para su crecimiento en el seno de la familia, obligada a prestar dicha asistencia. No se puede afirmar, como se hizo durante los primeros años de aplicación de la ley, que el abandono podría subsistir sólo en caso de consentimiento a la adopción por parte de los padres biológicos o de ausencia de oposición a la declaración de adoptabilidad (impugnación, tras la reforma del 2001), como si la oposición fuese expresión de la reconstitución de una relación con el menor³²⁸.

La privación de asistencia material y moral no puede entenderse en términos absolutos, como carencia total de los cuidados que necesita el menor por parte de sus padres, como tiempo atrás manifestaba una parte minoritaria de la

³²⁷ En el ordenamiento italiano, según el art. 30 del d.p.r. de 3 de noviembre de 2000, n. 396, que regula el estado civil, la madre puede

³²⁸ A la oposición (impugnación), no puede dársele un valor distinto al que tiene: ser un instrumento procesal que se ofrece a los padres para una revisión de la decisión del Tribunal, pero sin relevancia alguna de cara a la valoración del abandono. Si tuviese una importancia decisiva, no tendría ningún significado el juicio de constatación, bastaría que los padres manifestasen su oposición para paralizar el curso del procedimiento (Cfr. BESSONE, M., DOGLIOTTI, M., FERRANDO, G., *Giurisprudenza del diritto di famiglia*, III, Giuffrè, Milano, 2000, p. 693)

jurisprudencia³²⁹. Esta hipótesis, a parte de que en la realidad sólo se comprueba en casos excepcionalísimos, conlleva el riesgo, contrario a la ratio de la ley, de reducir drásticamente el número de casos en los cuales se puede considerar que existe situación de abandono y de desconocer su existencia en situaciones altamente perjudiciales para el menor³³⁰. La privación de asistencia no tiene un sentido exclusivamente negativo, también un contenido positivo que se determina en relación con las necesidades del menor.

Pierde así relevancia, o asume un significado puramente teórico, la distinción, que parece sugerir la letra de la ley, entre asistencia moral y material. El artículo 8 de la ley 184/1983 las menciona conjuntamente, refiriéndose a la privación de asistencia «moral y material», a diferencia de la ley española, que utiliza la conjunción «o». Esto ha llevado a algunos a dar importancia a dicha distinción y a concluir, en consecuencia, de que no existe abandono cuando el menor sea privado solamente de la un tipo de asistencia y no del otro.

Para salvar esta exigencia, que no estimamos acertada conforme al principio del superior interés del menor, gran parte de la doctrina italiana considera que no existe una línea de división

³²⁹ Trib. min. de Venezia, 5 de julio de 1971; Cass., 8 de febrero de 1989, n. 793; Cass., de 23 de abril 1990, n. 3369.

³³⁰ SALITO, G., «Della dichiarazione di adottabilità», en AUTORINO, G., STANZIONE, P., (a cura di), *Le adozioni nella nuova disciplina* (legge 28 marzo 2001, n. 149), Giuffrè, Milano, 2001, p. 154.

clara entre ambos conceptos³³¹, e incluso ha definido la expresión «asistencia material y moral» como una hendíadis: así, la asistencia moral, refiriéndose a la relación afectiva, es también una búsqueda de los recursos para mantener al menor, y la material, la cobertura de necesidades del menor, con la implicación económica que conlleva, debe acompañarse necesariamente de la construcción de una relación afectiva y educativa.

Es difícil ciertamente separar ambas netamente, y, aún siendo posible, considero que no tiene sentido, y que debe interpretarse que es suficiente que exista privación de una clase solamente para declarar la situación de abandono, en el mismo sentido de la ley española, cuando se produce un perjuicio claro para el menor. En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal de Casación italiano, aceptando separadamente la falta de asistencia material³³², como la moral³³³, y MORO estima que el texto de la ley no puede entenderse como la absoluta necesidad de que existan contemporáneamente una falta de cuidados materiales y morales³³⁴.

³³¹ Cfr. DE LUCA, M.L., «Lo stato di abbandono», en *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 3, 1989, pp. 238-239.

³³² El Tribunal ha considerado que la sola falta de asistencia material puede constituir estado de abandono cuando sea de una entidad tal que de por sí conlleve una situación de perjuicio para el menor, a pesar de la exigencia primaria de que éste crezca en el ámbito de la propia familia (Cass. de 7 de junio de 1989, n. 2763).

³³³ Cass., de 21 de junio de 1988, n. 4220.

³³⁴ MORO, A. C., *Manuale di diritto minorile, II edizione*, Zanichelli, Bologna, 2000, pp. 273-274.

No cualquier falta de asistencia, irregularidad o retraso en el cumplimiento de los deberes de los padres asume relevancia a los fines del abandono, solo aquellos comportamientos de los padres que se traducen en una significativa reducción de los cuidados debidos a los hijos, de tal magnitud que no consientan, al menos en un nivel de suficiencia, la realización del derecho fundamental del menor al mantenimiento, a la instrucción, y a la educación. No obstante, el énfasis en el ordenamiento italiano se pone también en el principio del superior interés del menor, y en su situación de desprotección, y no sobre el comportamiento más o menos doloso o negligente de los padres. La declaración de abandono no constituye una medida sancionadora, sino que debe orientarse exclusivamente a eliminar las consecuencias negativas que en el desarrollo del menor produce o puede producir el comportamiento de sus padres³³⁵.

La constatación de la situación de abandono viene realizada mediante una valoración casuística, dirigida a comprobar las consecuencias de los comportamientos de los padres sobre la personalidad de los hijos, sin hacer referencia a una figura del menor en abstracto, ni a todos los menores de la misma edad o

³³⁵ Este carácter no sancionador de la declaración de adoptabilidad ha sido puesto de relieve frecuentemente por la jurisprudencia italiana: Cass. de 23 de diciembre 1982, n. 7112; Cass. de 13 de enero 1988, n. 180; Cass. de 5 de agosto 199, n. 9273; Tribunale per i minorenni de Roma de 27 de enero de 1987. También por la doctrina, BUCCIANTE, A., «La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione», en *Trattato di diritto privato*, IV, 3, RESCIGNO (dir.), UTET, Torino, 1997, p. 660 ss.

del mismo ambiente social, sino prestando atención sólo al menor en particular, con su historia, sus características físicas, psicológicas, su edad y su grado de desarrollo³³⁶. Una idéntica falta de asistencia por parte de los padres puede llevar a consecuencias diversas en dos menores distintos, por ejemplo, un menor de edad más avanzada, puede frecuentar regularmente el instituto y estar escolarizado pese al total desinterés de sus padres, mientras que en uno de poca edad, tal situación podría determinar la declaración de abandono del mismo.

El Tribunal Supremo de Casación ha afirmado, en este sentido que, «lo stato di abbandono è una reale e non presuntiva situazione concreta da accertare»³³⁷ y que cuando se encuentre frente a una falta de idoneidad intelectual, cultural, afectiva o material, de los padres, es necesario concretar si ésta ha determinado un concreto estado de abandono, en el sentido de que implica comprometer de forma irreparable el crecimiento del menor³³⁸.

³³⁶ DOGLIOTTI, M., *op. cit.*, p. 438.

³³⁷ Cass., 5 de mayo de 1989, n. 2101.

³³⁸ Cass. de 5 de agosto de 1996, n. 7139. Esta última Sentencia parte de una controversia a raíz a una situación de repetidos episodios conflictivos de los padres a causa de su separación. El padre (la figura menos negativa de los progenitores, según el Tribunal de Apelación), había denunciado la precaria condición del menor, que se encontraba con los abuelos maternos, y quería tener al menor consigo. El Tribunal de Apelación, sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, en lugar de comprobar la situación del menor, la supuso, declarando la situación de abandono bajo una genérica formulación sobre la inidoneidad afectiva e intelectual del padre, sin investigar adecuadamente si ésta era de tal magnitud que comprometiese de forma irreparable el crecimiento del menor, por lo que fue anulada por el Tribunal de Casación.

El modelo de atención de los padres hacia los hijos, puede ser diverso según la cultura del núcleo familiar en concreto, o del grupo al que pertenece dicha familia, y el juez debe tener en cuenta los diversos modelos y no puede imponer uno, aunque sea el más generalizado, que es específico de clases sociales más favorecidas, aunque siempre dentro del límite del correcto desarrollo del menor.

La valoración que debe hacer el juez de la situación del menor debe ser comprensiva y debe ser efectuada del modo más objetivo posible, atribuyendo una decisiva relevancia al conjunto de elementos concretos que caracteriza la conducta de los padres del menor, sin otorgar relevancia alguna a su «culpa».

El comportamiento de los padres, considerado como índice para determinar el estado de abandono, puede ser comisivo u omisivo³³⁹. En cuanto al primero, incluye cualquier forma de violencia sobre los menores, tanto física (lesiones graves, golpes continuados...), como sexual (incesto, constricción o instigación a la práctica sexual con un progenitor), moral (prohibiciones, amenazas o castigos de tal intensidad que puedan inspirar miedo, aturdimiento o angustia en el menor). Otros supuestos serían la explotación laboral del menor, o la violencia de uno de los progenitores con el otro o de ambos entre sí, situaciones de grave

³³⁹ Se ha superado ampliamente la opinión, que se manifestó sobre todo en los primeros años de vigencia de la ley 184/1983, de que al objeto de la declaración de adoptabilidad pudiese considerarse únicamente el contenido omisivo (FINOCCHIARO, A. e M., cit, p. 105).

conflicto familiar que pueden provocar daños notables de carácter psicológico al menor.

También se pueden incluir en los comportamientos comisivos casos que no son de violencia, sino de transmisión, con el propio ejemplo, con la incitación, la exhortación e incluso la constricción, de valores del todo inaceptables al menor: incitación al robo, a la mendicidad, o a la prostitución³⁴⁰.

Más frecuentes son los comportamientos omisivos: negligencia, malnutrición, descuido de la higiene personal y ambiental, desinterés o incapacidad de detectar estados de enfermedad, de seguir prescripciones médicas, o en controlar su escolarización, ausencias frecuentes del progenitor del hogar familiar, dejando al menor sólo, encerrado en casa o permaneciendo en la calle, etc.

Además de estos comportamientos, que hemos expuesto a título ejemplificativo, cabe preguntarse si la situación ambiental, independientemente de los comportamientos mencionados, puede aportar indicadores que revelen el abandono. Podemos pensar en viviendas peligrosas, insalubres, ruinosas o en condiciones económicas más que modestas, al límite o por debajo del límite de la supervivencia. Aún en estas circunstancias, el comportamiento

³⁴⁰ En estos casos la valoración del juez de las concretas circunstancias socio-familiares del menor resulta aún más decisiva, por cuanto en algunos colectivos, como los nómadas, la mendicidad no se considera reprobable, sino un recurso vital (así, en la jurisprudencia el Tribunal de Apelación de Turín, de 14 de diciembre de 1993; Tribunal de Menores de Venecia de 1 de octubre de 1993; Tribunal de menores de Nápoles, de 17 de diciembre de 1996).

de los padres resulta fundamental, puesto que la vivienda, aún insalubre y ruinoso, puede tenerse, en la medida de lo posible, limpia, y los padres pueden buscar ayudas para la consecución de una vivienda, y, aún no teniendo ingresos, esforzarse en la búsqueda de un trabajo y utilizar los eventuales subsidios asistenciales para satisfacer en primer lugar las necesidades del menor, o, por el contrario, despreocuparse por la higiene y la limpieza de la casa y gastar todo el subsidio para sí mismos, sin satisfacer las necesidades del hijo. Debe existir una capacidad, al menos mínima, de organización, de programación de la vida para sí y para el menor, y en este sentido el apoyo de los servicios sociales (con subsidios, ayuda a domicilio), y sanitarios (visitas a domicilio, programas terapéuticos, etc.), pueden cobrar una importancia decisiva para evitar la situación de abandono.

El elemento psicológico adquiere por lo tanto una importancia decisiva y clarificadora, cuando se trata de decidir si la privación de asistencia material del menor están ligadas a la situación de necesidad de la familia, o a la voluntad de los padres de no proporcionar al menor los medios necesarios para su mantenimiento. Ya hemos hecho referencia a que, tras la modificación operada por la ley 149/2001, las condiciones de pobreza de los padres no pueden justificar por sí mismas, la declaración de adoptabilidad del menor, sino que procede la actuación de los servicios sociales en estas situaciones, con las

medidas a que se refería el art. 1 de la ley 184/1983 para ayudar a las familias en situación de riesgo.

También patologías adquiridas o congénitas: drogodependencia, alcoholismo, enfermedades mentales, enfermedades físicas (ceguera, sordomudismo, etc.), pueden llevar a la declaración de abandono, aunque no por sí solas, habrá que estar al comportamiento de los padres³⁴¹.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, y la actividad que deben desarrollar las Administraciones públicas de apoyo a la familia, considera SALITO, que el abandono termina siendo, sobre todo, de carácter moral, puesto que existiendo un vínculo afectivo satisfactorio, que se traduzca en una relación educativa válida, según las circunstancias del caso concreto, debe excluirse el estado de abandono aunque la familia de origen no esté en condiciones de asegurar todas las necesidades materiales del menor o de darle suficientes oportunidades de realizarse en el plano personal o social³⁴².

³⁴¹ En caso de enfermedad mental se ha reconocido el estado de abandono por el Tribunal de menores de Roma, en Sentencia de 12 abril de 1984. Sin embargo, para el Tribunal Supremo, no son suficientes las patologías o enfermedades mentales de los padres, siendo necesario determinar si, a causa de ellas, no conservan la responsabilidad sobre sus deberes y responsabilidades (Cass. de 5 de noviembre de 1998, n. 11112). Lo mismo ocurre en cuanto a al drogodependencia, donde se considera que debe tenerse en cuenta, más que el pasado, el futuro, y que puede justificarse la declaración de adoptabilidad, cuando el estado sea tal que prive a los padres de la actitud para desempeñar su propio papel (SS. del Trib. de menores de Roma, de 27 de enero de 1987, o 6 de febrero de 1984).

³⁴² SALITO, G., «Della dichiarazione di adottabilità», en AUTORINO, G., STANZIONE, P., (a cura di), *Le adozioni nella nuova disciplina*, cit., p. 157.

Así, en el caso de las familias en situación de riesgo, la previsión relativa a la asistencia moral se define como línea de cierre de la noción de abandono, excluyéndola cuando, aún existiendo una situación de inadecuación material de la familia que aconsejaría separar al menor de la misma para poder prestarle una asistencia adecuada, persista entre el menor y la familia una fuerte y activa cohesión moral.

En el ordenamiento italiano, los parientes del menor susceptible de ser declarado abandonado tienen un papel relevante, puesto que la situación de abandono no subsiste en los casos en los que el menor reciba asistencia material y moral de los parientes «obligados a prestársela», según el art. 8 de la ley 184/1983.

Con esta fórmula indeterminada, la norma ha suscitado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia no pocas preguntas a propósito de la concreción de los sujetos a los que ha querido referirse el legislador, dada la generalidad y la carencia de significado de la expresión «obligados a prestársela», puesto que los únicos sujetos obligados a la asistencia moral y material del menor son los padres.

Ni siquiera recae esta obligación sobre aquellos que, según el art. 433 del Codice Civile, están obligados a prestar alimentos. La prestación de alimentos tiene un contenido mucho más reducido, pues se limita a la obligación de proporcionar medios económicos, sin implicar obligaciones personales de cuidado y

asistencia, por lo que no pueden identificarse los obligados a prestar alimentos con aquellos a los que se refiere el art. 8.1³⁴³.

La postura doctrinal que ha prevalecido, identifica los parientes obligados a prestar asistencia material y moral al menor con los parientes hasta el cuarto grado³⁴⁴, mediante una interpretación sistemática de la ley 184/1983, que se refiere de manera repetida a esta categoría de sujetos³⁴⁵.

La normativa sobre la adopción, por tanto, al contemplar a aquellos parientes hasta el cuarto grado que mantengan una relación significativa con el menor, les otorga una posición jurídica autónoma en la relación parental. De este modo, entran en la «familia», abuelos, hermanos, tíos y sobrinos, a los que la ley atribuye una relevancia autónoma y de carácter sustancial, no meramente procesal.

Será el juez el encargado de verificar, cuando exista dicha relación significativa entre el menor y los parientes hasta el cuarto

³⁴³ Esta tesis, defendida entre otros, en su momento por BAVIERA, I, «I parenti dei minori in stato di abbandono», Dir. Fam. Per., 1983, pp. 241-242, ha sido ya superada por la doctrina.

³⁴⁴ En este sentido MANERA, G., «L'affidamento familiare», cit., p. 60; FINOCCHIARO, A. e M., *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento...*, cit., p. 120; CENCI, A. «Minori, parenti ed adozione legittimante», Dir. Fam. Per., n. 4, 1990, p. 1356, DOGLIOTTI, M., *Adozione di maggiorenni e minori...*, cit., p. 462.

³⁴⁵ Así, el art. 9.4 de la ley, obliga a poner en conocimiento del juez tutelar las situaciones en que personas que no tienen este grado de parentesco acogen a un menor por un período superior a seis meses; el art. 11.1 atribuye al tribunal de menores la posibilidad, en el caso de que ambos progenitores hayan muerto y no existan parientes hasta el cuarto grado, de declarar de forma inmediata el estado de adoptabilidad del menor; también se prevé, en el art. 12 la audiencia de los parientes hasta el cuarto grado que tuviesen una relación significativa con el menor, en el procedimiento de declaración de adoptabilidad.

grado, la idoneidad asistencial de estos parientes, mediante una valoración que no puede limitarse a constatar el ofrecimiento de su disponibilidad, o el hecho de que hayan denunciado la situación de abandono, sino que debe comprobar las concretas manifestaciones de atención que han prodigado al menor, aunque provengan de parientes que en el pasado no hayan tenido relaciones materiales y afectivas de carácter significativo con el menor³⁴⁶. El juez no declarará la adoptabilidad del menor, sólo en el caso en que los parientes hasta el cuarto grado presten asistencia activamente y de forma concreta al menor. En el resto de los casos, el juez sólo deberá darle audiencia a los parientes (tomarlos en consideración) en el procedimiento de declaración de adoptabilidad cuando tengan una relación significativa con el menor.

La posición de los abuelos suele ser examinada por el juez con gran atención. Toda la jurisprudencia ha mostrado una creciente propensión a tener en cuenta su disponibilidad a hacerse cargo de los menores. Pese a que pueden darse, a veces, ciertas dificultades debidas a la edad avanzada y al estado de salud de los abuelos, el vínculo afectivo con los nietos, desatendidos por los padres, se considera muy relevante. El Tribunal Supremo de Casación, en su Sentencia de 9 de febrero de 1990, n. 1903, considera que la solicitud de acogimiento por parte de los abuelos,

³⁴⁶ Vid. Cass. 29 de noviembre de 1996, n. 10656, o Tribunal de Apelación de Milán, S. 9 de octubre de 1998.

constituye un índice válido para valorar la idoneidad de los parientes dentro del cuarto grado para cuidar al menor.

El legislador intenta de este modo dejar a la familia la posibilidad de auto-organizarse, de resolver internamente el problema del cuidado y la educación del menor para tutelar su derecho a crecer en la familia de origen³⁴⁷, entendiendo ésta en un sentido amplio, e impidiendo que la declaración de adoptabilidad interrumpa los vínculos afectivos establecidos por el menor con los mencionados parientes.

No resulta posible que los padres dejen al menor a cargo de terceras personas de forma definitiva, en primer lugar, porque aunque eventualmente un tercero pueda cuidar adecuadamente al menor, los padres que lo han abandonado no son los más indicados para elegir una nueva familia para él. Tal competencia, sin excepciones, corresponde a los tribunales de menores, y no es una cuestión que pueda dejarse a la autonomía entre particulares. Por otra parte, esta actuación podría enmascarar, una forma tráfico de menores, reprobable no sólo moralmente, en cuanto trata al menor como un objeto o propiedad de los padres, sino también desde el punto de vista penal.

Cabe la posibilidad de que los padres confíen al menor a terceros de forma temporal, aún con cierto carácter de estabilidad, si lo hacen por un tiempo inferior a seis meses. En tal caso ni siquiera es necesario ponerlo en conocimiento del tribunal de

³⁴⁷ SACCHETTI, L., *Adozione e affidamento dei minori*, Maggioli, Rimini, 1983, p. 113.

menores. En el supuesto de que una persona que no sea pariente hasta el cuarto grado acoja a un menor durante más de seis meses (la situación sea de guarda de hecho), debe ponerlo en conocimiento del fiscal de menores, obligación que también tienen los padres del menor. En el caso de que no se ponga en conocimiento, ello conllevará para el guardador de hecho la inidoneidad para realizar acogimientos o adopciones así como la incapacidad para ejercer como tutor. Para los padres, se produciría la eventual privación de la patria potestad y la apertura del procedimiento de adoptabilidad (art. 9.4 de la ley 184/1983)³⁴⁸.

Otra de las diferencias, aunque no tan destacada como pueda parecer en principio, entre la noción de abandono del ordenamiento italiano y la española de desamparo la constituye la previsión respecto de la fuerza mayor. El estado de abandono no subsiste cuando la falta de asistencia moral y material se deba a «fuerza mayor de carácter transitorio».

La fuerza mayor, tradicionalmente, es un concepto de carácter penalístico, considerado como una fuerza irresistible, un evento derivado de la naturaleza o de un hecho humano que no

³⁴⁸ Esto no se producirá en todos los casos, sino que corresponderá valorarlo al Tribunal de menores, que podrá disponer la modalidad de acogimiento del menor, y sólo procederá la privación de la potestad y la apertura del procedimiento de adoptabilidad cuando concurren los presupuestos para considerar la situación como de abandono. Pueden darse situaciones en las que habiendo confiado el menor a terceros, exista una relación satisfactoria del menor con los padres, que se interesan por él, por su educación, mantenimiento, instrucción, etc., no procediendo en tal caso la declaración de adoptabilidad.

puede ser previsto o que, pudiendo ser previsto, no puede ser evitado³⁴⁹. También aparece en el Derecho administrativo como causa de exención de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, o en Derecho civil cuando en materia de obligaciones, el incumplimiento no es imputable al deudor por falta de culpa.

La fuerza mayor se configura, en diversos sectores del Derecho como un evento que interrumpe el nexo causal entre la conducta y el evento, con la consecuencia de la exención de responsabilidad del sujeto agente.

Esto no puede trasladarse directamente al ámbito del abandono, puesto que se podría concluir, erróneamente, que la fuerza mayor que impide la declaración de adoptabilidad, se produce sólo en presencia de comportamientos involuntarios de los padres, por lo que, *sensu contrario*, sólo comportamientos voluntarios darían lugar al abandono, y ya hemos visto que no ocurre así. Lo contrario supondría dejar a los padres la decisión de abandonar o no al hijo, sacrificando el interés primario del menor a crecer en una nueva familia cuando su familia de origen no está en condiciones de proporcionarle la asistencia necesaria, y fomentando situaciones de profunda injusticia entre casos de abandono voluntario e involuntario.

³⁴⁹ Vid. entre otros, FIGONE, A., «Stato di abbandono e forza maggiore», en *Famiglia e diritto*, 1995, p. 443; DOGLIOTTI, M., «La problematica della forza maggiore nell'adozione di minori», *Dir. Fam.*, 1992, p. 1207.

Por lo tanto la fuerza mayor debe identificarse con todas aquellas circunstancias ajenas a la voluntad de los padres, de carácter temporal e inevitable, que les impidan prestar la asistencia material y moral que el menor necesita³⁵⁰. Un caso típico sería una enfermedad de carácter temporal que impide a los padres cuidar al menor.

Para poder evitar la declaración de adoptabilidad, la fuerza mayor debe tener una duración limitada en el tiempo y «estar destinada a cesar en un plazo de tiempo razonablemente breve (Cass., 16 de septiembre de 1986, n. 5619). A este respecto resulta difícil encontrar referentes y más aún límites temporales exactos, pero la jurisprudencia parece coincidir en que una situación de desprotección que se prolonga durante más de seis meses o un año puede ser extremadamente nociva para el menor³⁵¹.

No quiere decirse con esto que la privación de asistencia debida a fuerza mayor, de carácter transitorio, no tenga ninguna consecuencia, pero no debe dar lugar a la adopción. El juez, cuando considere que existe una situación grave, pero momentánea de privación de asistencia, abierta a la probabilidad de cambios positivos, no declarará al menor adoptable. En

³⁵⁰ MORO, A.C., *Manuale di diritto minorile II edizione*, Zanichelli, Bologna, 2000, p. 177.

³⁵¹ Cass., 6 de diciembre de 1991, n. 13133 y Cass., 27 de mayo de 1995 n. 5911.

cualquier caso, deben existir elementos que hagan razonable prever el fin de la situación de desasistencia del menor.

Se prevé una «excepción a la excepción» de la situación de fuerza mayor, en el art. 8.3 de la ley 184/1983, en el caso de que se ofrezca ayuda por parte de la Administración a la familia, y esta la rechace. No subsiste la causa de fuerza mayor cuando los padres rechazan las medidas de apoyo que les brindan los servicios locales, y tal rechazo se considera injustificado por parte del juez.

Resulta difícil pensar que una familia necesitada rechace un subsidio asistencial, en todo caso sería una hipótesis más plausible que se rechace la ayuda a domicilio, la guardería para el menor, o actuaciones que implican una intromisión de la Administración en la intimidad familiar³⁵². Más frecuente será el caso en que el enfermo mental, el drogodependiente, o el alcohólico rechacen la terapia ofrecida por los servicios locales. Si el sujeto quiere permanecer en dicha situación, o más bien no tiene la fuerza o la firmeza necesarias para salir de ella (estaríamos ante fuerza mayor), lo cual le impide atender convenientemente al menor, el juez tendrá que considerar la situación de abandono, porque, aún considerando que exista fuerza mayor, ésta deja de ser temporal, para convertirse en permanente, no evitando por tanto la situación de desamparo.

³⁵² SACHETTI, op. cit., p. 122, considera que el rechazo de las medidas de asistencia puede considerarse injustificado sólo cuando es un acto voluntario de rechazo, comportando un grave perjuicio para el menor, que constituya por sí mismo una grave situación de abandono.

Puede ocurrir, por otra parte, que el juez estime justificada la oposición de los padres, aunque es una posibilidad bastante extraña. Debería tratarse de una medida de asistencia inidónea para eliminar la causa de la desatención del menor o nociva para él.

En los casos en que el juez considere que existe una causa de fuerza mayor de carácter temporal que excluye el abandono o un rechazo justificado de las medidas ofrecidas por los servicios locales, ¿cuál deberá ser su actuación? No podrá declarar la adoptabilidad del menor y deberá recurrir a otras soluciones. Puede invitar a los servicios locales a disponer el acogimiento familiar del menor (aunque es difícil que los servicios locales lo tengan en cuenta cuando éstos han sido los que han manifestado al juez la existencia de una situación que estiman constitutiva de abandono del menor). El juez no tendría otra opción que recurrir a los artículos 330 y 333 del Código Civile³⁵³, disponiendo una limitación de la patria potestad de los padres (o su privación, en los casos más graves), adoptando la resolución más conveniente: alejamiento del menor de la residencia familiar y quizás

³⁵³ El art. 330 permite al juez privar de la patria potestad al progenitor cuando viola o incumple los deberes de guarda inherentes a la patria potestad establecidos en el art. 147 CC y 570 del Codice Penale. En estos casos, y por motivos graves, el juez puede ordenar el alejamiento de la residencia familiar. El artículo 333, en los casos en que la conducta de uno o ambos padres no sea tal que deba dar lugar a la privación de la patria potestad pero existe de todos modos un perjuicio para el menor, el juez puede adoptar las medidas convenientes y puede también disponer el alejamiento del menor de la residencia familiar, pudiendo revocar dichas medidas en cualquier momento.

acogimiento de un tercero (pero a iniciativa del juez y no de los servicios locales, aunque la persona concreta podría ser facilitada por los propios servicios locales). En cualquier caso se debería tratar de evitar el acogimiento institucional del menor³⁵⁴.

El acogimiento del menor, sea institucional, en familia o en una comunidad de tipo familiar, no significa por sí mismo situación de abandono, a diferencia del ordenamiento español, en que el acogimiento se configura como un modo de ejercicio de la guarda sobre el menor una vez que la Administración adquiere su tutela tras la declaración de desamparo. Pero tampoco es cierto lo contrario, cuando existe una situación de abandono del menor, según el art. 8.2 de la ley 184/1983, esta puede subsistir incluso cuando el menor se encuentre en situación de acogimiento familiar o institucional.

Esto puede parecer extraño, pero tiene sentido en cuanto la constitución de un acogimiento del tipo que sea sobre el menor, en el ordenamiento italiano, no se produce a raíz de la declaración de abandono, puede ser dispuesto por los servicios locales cuando el menor se encuentra temporalmente privado de un ambiente familiar idóneo, y no tiene por qué conllevar por tanto la suspensión de la patria potestad ni la asunción de la tutela del menor por parte de la Administración. Los padres continúan

³⁵⁴ Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo de Casación no consiente la declaración de adoptabilidad cuando sea posible evitar la situación de abandono con medidas de asistencia ofrecidas por los servicios locales, siempre que tales medidas no se prolonguen tanto que constituyan una completa sustitución de los padres (Cass. de 29 de noviembre de 1988, n. 6452, y Cass. 14 de julio de 1992, n. 8556).

teniendo la tutela del menor, pese a que temporalmente, por las circunstancias personales o familiares, no es conveniente que los tengan consigo. Si las causas que han dado lugar al acogimiento no cesan, la situación de abandono persiste, y puede declararse la adoptabilidad del menor. No olvidemos que la situación de abandono se produce por una falta de asistencia moral y material al menor por parte de los padres y las personas obligadas a prestársela, por lo que la existencia de un acogimiento no exime a los padres de prestar dicha asistencia.

Podemos concretar mejor esto haciendo referencia a las distintas modalidades de acogimiento. Así, en el caso del acogimiento residencial –denominado «ricovero in istituto», entendido como internamiento en una institución pública residencial³⁵⁵–, o del acogimiento en una comunidad de tipo familiar, ¿de qué modo deberían prestar asistencia al menor acogido? La actuación de los padres en este caso deberá dirigirse a procurar el retorno del menor a la familia, de modo que la permanencia en la institución en la comunidad de tipo familiar sea

³⁵⁵ Recordemos que el art. 2.4 de la ley 184/1983 prevé que el «ricovero in istituto» debe ser superado antes del 31 de diciembre de 2006, y sustituido por un acogimiento familiar o mediante la inserción del menor en una comunidad de tipo familiar, que define el propio artículo como una comunidad caracterizada por una organización y relaciones interpersonales análogos a los de una familia. Este tipo de acogimiento en el ordenamiento español no aparece expresamente, pero se entendería incluido dentro del acogimiento familiar (podemos poner como ejemplo de este acogimiento en comunidad de tipo familiar en los menores acogidos a través de organizaciones como Aldeas Infantiles SOS, en que una o varias personas realizan una función profesionalizada de acogimiento con varios menores, conviviendo con ellos de forma similar a una familia).

lo más breve posible. En el caso de que la situación de dificultad que haya provocado el acogimiento no haya desaparecido, los padres deberían preocuparse del pago de los gastos, en los casos en los que se requiera, efectuar visitas frecuentes y prolongadas, incluso, si es conveniente, con la reentrada del menor en la familia por algunos períodos (fines de semana, días festivos, vacaciones de verano, etc.), y en definitiva cumplir las obligaciones legales de mantenimiento, educación e instrucción, siempre con los límites permitidos de las estructuras y de la regulación de las instituciones.

Cuando se prolonga más de seis meses, el acogimiento residencial es un síntoma plausible del estado de abandono. Así, las instituciones de asistencia a los menores donde estos se encuentren acogidos deben enviar al fiscal de menores, cada seis meses, el elenco de menores acogidos con indicación de la relación con su familia de origen y de las condiciones psico-físicas del menor. El fiscal deberá poner en conocimiento del tribunal de menores aquellos casos en que el menor resulte en situación de abandono.

En el caso de los menores que se encuentran en acogimiento familiar, dispuesto en caso de «privación temporal de un ambiente familiar idóneo», o lo que es lo mismo, «de dificultad temporal de la familia de origen», si dicha dificultad o privación se convierte en definitiva y por tanto irreversible, caben dos posibilidades: o bien tal dificultad definitiva constituye una situación de abandono, o los padres continúan prestando una

asistencia que no es adecuada, por lo que el juez podrá tomar las medidas que estime convenientes conforme a los arts. 330 y 333 del Código civil italiano.

En este último caso, los acogedores también deben colaborar para preparar la reintegración del menor a su familia de origen, colaborando activamente con los padres. Si los padres no se preocupan de los menores, de su relación con los acogedores, sus estudios, su salud, de sus progresos, etc., y no los visitan o lo hacen muy rara vez o con demasiada brevedad, el acogimiento habrá fallado en su objetivo. En tal supuesto, el servicio local deberá tomar medidas para la cesación del acogimiento, y poner el caso en conocimiento del tribunal de menores, y en caso de que no lo hiciese, también podrá venir la puesta en conocimiento por parte del juez tutelar, ya que éste dispone tanto el acogimiento como su eventual renovación o cese, mediante auto, y controla la subsistencia de los presupuestos para el mismo.

Una vez que el tribunal de menores, siguiendo el oportuno procedimiento, constate la situación de abandono, declara mediante sentencia la adoptabilidad del menor. La situación de abandono debe estar referida al momento del pronunciamiento, no a una situación anterior.

III. 7 Otras situaciones de desprotección de los menores y la actuación de las Administraciones Públicas

III.7.1 La situación de riesgo

El derecho de los menores en situación de riesgo, desamparo o conflicto social a recibir asistencia y protección de las administraciones publicas tiene como finalidad última garantizarles en todo momento el disfrute del conjunto de derechos que nuestro ordenamiento reconoce y, en definitiva, el pleno desarrollo de su personalidad³⁵⁶.

Las administraciones públicas competentes deberán intervenir con el fin de detectar, prevenir, valorar y neutralizar las referidas situaciones de especial vulnerabilidad. El alcance e intensidad de la intervención administrativa vendrá condicionado por el grado de desprotección o exclusión social que padezca el menor.

Ahora bien, lo cierto es que no todos los ordenamientos autonómicos han previsto y regulado con la misma claridad los distintos ámbitos de intervención administrativa: riesgo, desamparo y conflicto social. Aunque la protección de los menores desamparados y la consiguiente tutela de la Administración tiene alcance general, no sucede igual con los otros ámbitos de

³⁵⁶ Arts. 10.1 CE, y 2, 12 y 17 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor

actuación –los menores en situación de riesgo y los menores en conflicto social–.

La razón de esta desigual regulación de los diversos grados de vulnerabilidad de los menores y la correlativa actuación pública tendría su origen en el distinto título competencial que pone en marcha la regulación de unas y otras situaciones de desprotección. La consecuencia que de ello pueden derivar es un cierto abuso de la técnica de la tutela administrativa –al reconducirse la mayor parte de las situaciones de desprotección al desamparo– y el consiguiente menoscabo del principio de subsidiariedad progresiva de la actuación de las administraciones públicas en relación con las obligaciones legales de padres y tutores³⁵⁷.

³⁵⁷ El Auto de la Audiencia Provincial de Burgos (sección 3ª), de 22 julio, estima el recurso de la madre de un niño autista que había sido declarado en desamparo, estimando que lo procedente en este caso era únicamente la declaración de riesgo. Manifiesta en su FD 3º, que *«En los casos en que el menor no cuente con la debida asistencia, pero no pueda imputarse falta o negligencia grave en el ejercicio de los deberes de guarda, o imposibilidad de realizarla, la situación no deberá calificarse como de desamparo, sino como de riesgo, en cuyo caso la actuación de los poderes públicos se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra el menor y a promover los factores de protección del menor y de su familia, conforme establece el artículo 17 de la LO 1/1996»*. Esta distinción entre desamparo y simple riesgo fue introducida por la Ley 1/96, ya que no aparecía en la anterior reforma llevada a cabo por la LO 6/1987, y se enmarca, tanto dentro de la propia actuación de los poderes públicos en beneficio del menor, como en el ámbito de sus facultades para velar por la protección de su familia de origen, duplicidad de actuaciones a las que se refiere el artículo 12 de la Ley, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 39 de la Constitución». En sentido parecido las Sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, de 10 de enero de 2002, y de la Audiencia Provincial de Asturias, de 26 de septiembre de 2002.

Las figuras de la tutela administrativa y la guarda administrativa constituyen los instrumentos legales a través de los cuales las administraciones públicas devienen responsables de los deberes de guarda que, en primer término, corresponden a los padres o tutores. El legislador estatal ha incorporado estas figuras a nuestro ordenamiento al amparo del título competencial «legislación civil» (artículo 172 del Código civil), para darle homogeneidad.

En cambio, las vías legales a través de las cuales las administraciones públicas deben colaborar con la familia y velar por el debido cumplimiento de sus deberes legales de protección de los menores –y, en particular, la protección pública de los menores en situación de riesgo y conflicto social– han sido reguladas por los diferentes legisladores autonómicos al amparo del título competencial «asistencia social», «servicios sociales» o «protección y tutela de menores». Competencias que, según vimos, han asumido las diferentes comunidades autónomas en sus respectivos Estatutos de Autonomía. De forma que la regulación de estas materias, aunque es similar, no es idéntica en cada una de las comunidades autónomas. Además, debe advertirse que no toda la legislación autonómica dictada en materia de infancia y protección de menores contempla la intervención administrativa ante situaciones de riesgo o conflicto social de los menores.

En cualquier caso, este ámbito protector quedaría igualmente cubierto a través de la legislación de servicios sociales,

que obliga a las administraciones a intervenir para brindar asistencia a todas las personas en situación de marginación, riesgo o inadaptación y, por tanto, también cuando se trata de menores; máxime teniendo en cuenta que las normas que configuran el estatuto jurídico indisponible de los menores – normas de orden publico de inexcusable cumplimiento por los poderes públicos, según la STC 141/2000 de 29 de mayo– les reconocen el derecho a la asistencia y protección de las Administraciones Públicas.

El menor padece una situación de riesgo cuando, como consecuencia de determinadas circunstancias personales, familiares o sociales, su desarrollo personal o social se ve perjudicado. Ahora bien, el estado de vulnerabilidad que caracteriza la situación de riesgo no tiene la gravedad, intensidad o persistencia propias del desamparo, para justificar su separación del núcleo familiar³⁵⁸. La actuación de las administraciones ante situaciones de riesgo se dirige precisamente a prevenir un posible desamparo mediante apoyo técnico o económico y así hacer innecesaria la adopción de medidas de protección que impliquen la separación del menor de su entorno familiar.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª), de 15 de julio de 2004, resulta un buen ejemplo de

³⁵⁸ BENITO ALONSO, F., «Actuaciones de riesgo y desamparo de menores. Tutela por ministerio de la ley y guarda». Cuadernos de Derecho judicial, núm. 16, 1996, p. 191 y ss.

cuál debe ser la actuación de la Administración ante una situación de riesgo. El Tribunal, en el Fundamento de Derecho 5º, considera respecto a la situación familiar de una madre cuyos tres hijos habían sido declarados en desamparo que *«la situación más reciente mantiene -como regla general- las mismas coordenadas hasta ahora descritas. Un deseo común de convivencia, pero unas circunstancias personales, económicas y laborales con deficiencias y limitaciones (...) Considera este Tribunal que la situación descrita refleja una realidad de «riesgo», más no exactamente de «desamparo». Existe un notorio deseo de la madre de convivir con sus hijos, pero también un acentuado desconocimiento sobre el comportamiento adecuado a seguir. La falta de madurez de la Sra. Almudena para determinadas relaciones interpersonales no puede abocar al alejamiento de sus hijos, sino al empleo de los medios pertinentes para señalarle las pautas concretas que ha de seguir en esas relaciones»*. Por estos motivos la Audiencia deja sin efecto la resolución declarando el desamparo, y ordena en el fallo de la Sentencia a los Servicios Sociales de la provincia que elaboren un plan detallado de actuación en el tiempo, con el fin de lograr la plena convivencia de la madre con sus hijos, y disponiendo los apoyos imprescindibles a dicho plan y los controles periódicos pertinentes, tanto por parte de los Servicios Sociales como por el Juzgado y el Ministerio Fiscal, para que posteriormente la Administración vuelva a evaluar la situación.

La actuación administrativa protectora en situaciones de riesgo se desarrolla en el propio entorno del menor³⁵⁹. En cambio, frente a los menores desamparados la Administración debe asumir su tutela y las medidas de protección implican la separación del menor de su familia. Una vez incorporada a nuestro ordenamiento la figura de la tutela administrativa, la doctrina y los tribunales comenzaron a poner de relieve la necesidad de actuar en una fase previa con la finalidad de evitar precisamente tan traumática situación para el menor³⁶⁰. Por otra parte, los tribunales proclamaron la interpretación restrictiva del concepto de desamparo y establecieron su distinción con las situaciones de riesgo³⁶¹. De nuevo debe subrayarse que esta materia rige el

³⁵⁹ Apreciada la situación de riesgo, se trabaja generalmente a través de trabajadores sociales, psicólogos, y educadores familiares, quienes dentro de la propia familia actúan con los propios padres y menores, para lo cual se establece un programa de intervención (RUIZ ORMEÑO, J.M., «La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (complementada con la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha», en *La protección de los menores. Derechos y recursos para su atención*, MARTÍN LÓPEZ, M^a.T. (coord.), Civitas, 2001, p. 70.

³⁶⁰ Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «La desprotección social del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores», en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley orgánica de protección del menor. Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Universidad de la Coruña, 1999, p. 35.

³⁶¹ Vid. el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos (sección 3^a), de 22 julio, citado *supra*, que añade a lo ya expuesto que «esta distinción entre desamparo y simple riesgo fue introducida por la Ley 1/1996, ya que no aparecía en la anterior reforma llevada a cabo por la LO 6/1987, y se enmarca, tanto dentro de la propia actuación de los poderes públicos en beneficio del menor, como en el ámbito de sus facultades para velar por la protección de su familia de origen». A la vista de los hechos, la Audiencia declara en el Auto que «algunas de las circunstancias que llevan a los Servicios Sociales de la Junta sumir la tutela automática del menor no son constitutivas de una situación de desamparo, sino de riesgo, en las que la actuación de las entidades públicas debe ir

principio de subsidiariedad progresiva, y que no debe utilizarse el desamparo sino como último recurso³⁶²

Por estos motivos, cuando el legislador estatal dicta la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, regula este ámbito protector. Ahora bien, como se ha dicho, esta regulación tiene carácter supletorio de los que dicten las comunidades autónomas competencia en materia de asistencia social, tal como se dispone en la disposición final 21ª de la propia ley. El legislador estatal por esta vía pretendía garantizar un mismo nivel de protección a todos los menores. Así, el artículo 12 de la ley regula «la prevención y reparación de situaciones de riesgo», y por su parte, el artículo 17 dispone que «en situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo

dirigida a proporcionar al menor y a su familia el necesario apoyo moral y asistencial, dentro de la necesaria protección a la familia y a la infancia, que establece el art. 39 de la Constitución; el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 28 de mayo de 2003; Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002; y Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 5 de diciembre de 2002.

³⁶² En este sentido, dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (secc. 18ª), de 19 de noviembre de 2003, estima el recurso de una madre cuyo hijo fue declarado en desamparo sin existir motivo para ello y sufriendo las consecuencias el propio menor de las desavenencias de la madre con la Administración, cuestión totalmente ajena al hecho de que el menor deseaba estar con su madre, y el afecto de esta quedó demostrado. Con buen criterio, recuerda la Audiencia que *«si la Administración considera preciso realizar un estudio pormenorizado acerca de la situación de un menor y de su familia nuclear y extensa, a fin de determinar que es lo más conveniente para el primero, no es imprescindible acordar su desamparo, si en realidad aún se desconoce cuál es el medio y ambiente más adecuado para el mismo, pues tal declaración de desamparo con una finalidad “instructora” excede de su función estrictamente protectora, pues para ello bastaría con solicitar medidas cautelares al órgano jurisdiccional, que, obviamente, éste debe acordar en interés del menor, y, de otra, que una vez realizado el estudio del niño/a y de su entorno familiar –el cual deberá llevarse a cabo en el tiempo más corto posible– y detectado que aquél/la se encuentra bien y tiene un adecuado desarrollo tanto en el aspecto físico como psicológico, debe ser devuelto/a a su progenitor»*.

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 orientaran a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia. Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizara el seguimiento de la evolución del menor en la familia».

No obstante, antes de dictarse la referida ley estatal, algunos legisladores autonómicos ya habían contemplado este ámbito de protección pública. Así, la Ley de la Comunidad de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia, prevé en su artículo 50 la protección social de los menores en situaciones de riesgo a través del Sistema Público de Servicios Sociales, mediante las actividades de prevención, atención y reinserción correspondientes³⁶³. También la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores, en su artículo 15, bajo el título

³⁶³ Esto en consonancia con la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de servicios sociales de la Comunidad de Madrid, que contempla la atención a los menores como uno de los sectores de actuación. Entre las líneas de actuación de los servicios sociales en ese ámbito se prevé (art. 21), «la prevención de las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen al desarrollo personal o social del menor y la intervención y el seguimiento de estos casos y la protección jurídica y social de los menores en situación de desamparo».

«actuaciones preventivas», otorga carácter prioritario en materia de protección de menores a la prevención de las situaciones de desprotección con el fin de disminuir los factores de riesgo de marginación y evitar así repercusiones en el desarrollo del menor y garantizar los derechos que le asisten. Del mismo modo, la Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia, en sus artículos 18 y 19 prevé el establecimiento de medidas de apoyo a la familia para prevenir que la situación de riesgo de los menores pueda desembocar en una situación de desamparo.

De forma mas precisa, y ya con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, algunos legisladores autonómicos han procedido incluso a definir la situación de riesgo. Según resulta del examen de las normas que caracterizan esta situación, los menores se encuentran en situación de riesgo³⁶⁴:

a) Cuando no reciban una adecuada atención física, psíquica o educativa por parte de las personas responsables de su guarda y se produzca alguna de las siguientes situaciones:

³⁶⁴ Este es el caso de la Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero de atención integral a los menores (art. 41); la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor (art. 22); la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (arts. 27 y 28); la Ley de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia (art. 25); la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (artículo 56); la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia (arts. 47 y 49); el Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo, de medidas de protección jurídica del menor (artículo 16); el Decreto de la Xunta de Galicia 42/2000, de 7 de enero (artículo 27); o la Ley Foral 15/2005, de 5 diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra (art. 34.3); o la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia del País Vasco (art. 51).

Omisiones de carácter leve en el cuidado del menor, con una probabilidad reducida de producirse un episodio severo de forma inmediata, y sin que tales omisiones supongan un grave perjuicio para su salud física o emocional³⁶⁵.

En caso de que el menor este sometido a un patrón o a episodios aislados de descuido de carácter leve que inciden en varias áreas concernientes a sus necesidades principales.

b) Cuando los padres o responsables del menor le impongan castigos físicos o emocionales que, sin constituir un episodio severo o patrón crónico de violencia, perjudiquen su desarrollo.

³⁶⁵ El Defensor del menor de la Comunidad de Madrid, se ha referido a estas situaciones de desatención, denominas también «maltrato pasivo», analizándolas en profundidad. Así, expone que «Sin llegar a producir los adversos efectos de los malos tratos físicos, las desatenciones –en ocasiones denominadas maltrato por omisión– ponen en riesgo el equilibrio y el desarrollo básico del menor en la adquisición de los hábitos, la confianza, los afectos, el desarrollo cognitivo y el mundo de las coherencias y las normas. Existen evidencias científicas que señalan que los niños que han sufrido un nivel grave de negligencias familiares manifiestan más problemas conductuales y sociales que los niños que no han sufrido tales negligencias (...) La negligencia familiar está asociada al fenómeno invisible, silencioso, insidioso provocado por una indiferencia generalizada familiar hacia uno o todos los hijos. Sería la expresión de una abdicación de la tarea de educar, cuidar y proteger a los hijos, de satisfacer las necesidades básicas, como son el cuidado de la salud física y psíquica, las funciones de supervisión, la higiene personal, la custodia, la alimentación, la higiene del hogar y el control educativo (...) el abandono psíquico o la negligencia se conocen también como maltrato pasivo. Las causas que lo generan pueden partir de la ignorancia, incultura, de la pobreza, de la incapacidad parental de cuidar y proteger o de la actitud consciente de los padres que no sienten ni manifiestan interés por sus hijos. La negligencia familiar genera consecuencias en su mayoría de mal pronóstico y suelen tener carácter crónico» [Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, *Informe 2003*, edita: Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, Leganés (Madrid), 2004.p. 42].

c) Cuando la situación sea potencialmente perjudicial para el desarrollo físico, psíquico o emocional del menor pero este tenga una relación satisfactoria y adecuada con alguno de los miembros de la familia o una edad y estatus físico, cognitivo, emocional o temperamental que reduce su vulnerabilidad ante aquella situación perjudicial.

Asimismo, el legislador ha considerado como situación de riesgo cualquier otra circunstancia que, de persistir, pudiera conducir al menor a una situación de desamparo. Como vimos, los diversos legisladores autonómicos prevén que la falta de colaboración de la familia en la neutralización de los factores de riesgo conducirá a la declaración de desamparo cuando la situación de vulnerabilidad del menor se agrave.

En definitiva, los factores que permitirán calificar la situación del menor como de riesgo en lugar de desamparo serán: el tipo y características de la desprotección, las características del menor y las características del entorno socio-familiar. En cuanto a las características de la situación de desprotección se trataría de incumplimientos leves o aislados que no producen graves perjuicios al menor, pero que hacen necesaria la intervención administrativa. Por lo que se refiere al menor, deberá examinarse si tiene los recursos suficientes para autodefenderse y buscar ayuda, y para ello deberá considerarse tanto si su desarrollo físico y emocional es normal como si mantiene una relación positiva con algún miembro de la familia. Por otra parte, en lo que respecta a las características del entorno socio-familiar se considerará si la

familia tiene conciencia del problema y si esta motivada y colabora en la eliminación de los factores que llevaron a la situación de riesgo.

III.7.2 La actuación preventiva de la administración y la intervención en situaciones de riesgo

En situaciones de riesgo que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, las administraciones públicas competentes –generalmente, como veremos, las administraciones locales– deberán intervenir al objeto de detectar, valorar y eliminar, neutralizar o disminuir los factores de riesgo que podrían conducir a una situación de desamparo

La detección de las situaciones de riesgo es la acción que pone en marcha la intervención administrativa dirigida a garantizar una adecuada asistencia y protección de los menores. Las acciones de detección no suponen una intervención directa de los profesionales respecto de los menores, sino que se dirigen a conocer las situaciones de riesgo que puedan producirse. Las administraciones competentes pueden llevar a cabo acciones de detección a través de diversos medios: mediante proyectos diseñados con este fin; estableciendo mecanismos de coordinación con otras instituciones o servicios (centros sanitarios, de enseñanza, deportivos, lúdicos u otros con incidencia en el

ámbito de la infancia); o a partir de los datos obtenidos de la intervención en casos individuales o familiares. Por tanto, la situación de riesgo de un menor podrá ser detectada a través de las demandas provenientes del propio entorno del menor o bien, de forma indirecta, cuando la alerta acerca de esta situación proviene de otros servicios, personas o entidades³⁶⁶.

Es importante destacar que todas aquellas personas y, en especial, los profesionales que tengan conocimiento de que un menor padece una situación de riesgo deberán dar cuenta a la Administración, ya sea a través de los servicios sociales o por cualquier otra vía (policía, Ministerio Fiscal, autoridad judicial)³⁶⁷. La Administración deberá garantizar la absoluta reserva de la denuncia o comunicación. Por otra parte, al efecto de que la Administración competente pueda detectar las situaciones de riesgo que pudieran padecer los menores deberán establecerse los necesarios mecanismos de colaboración y coordinación de los servicios sociales con el sistema educativo y sanitario³⁶⁸.

³⁶⁶ GOTZENS BUSQUETS, F., PASTOR AGUILAR, P., «Menores en situación de riesgo: Un método para el diagnóstico y elaboración de propuestas de intervención desde los servicios sociales generales», *Información Psicológica*, núm. 38, 2002, p. 30 ss.

³⁶⁷ Vid. art. 13 de la LO 1/1996.

³⁶⁸ Vid. al respecto Instituto aragonés de Servicios Sociales (I.A.S.S.) y Asociación de Desarrollo Comunitario en Áreas de Aragón (A.D.C.A.R.A.), *Guía para detectar, notificar y derivar situaciones de maltrato infantil en Aragón*, Zaragoza, 2001. Puede consultarse en la web del I.A.S.S.

(<http://portal.aragob.es/iass/Menores/MenoresDeteccionRiesgo.htm>). A modo de ejemplo, el art. 33.2 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección del menor de la Rioja, referido a la actuación de prevención de la situaciones de desprotección del menor, es claro al disponer que «Se promoverá especialmente la coordinación de los

Una vez detectadas posibles situaciones de riesgo, las administraciones competentes deberán adoptar las medidas oportunas para prevenir y eliminar o minimizar los factores que han conducido a aquella situación. Así, es posible distinguir dos niveles de intervención: la prevención y la intervención social.

El primer paso tras detectar posibles situaciones de riesgo es poner en marcha las acciones preventivas que impidan el agravamiento de la situación. Las actuaciones preventivas podrán tener un alcance general o particular. Así, podrán desarrollarse a través de programas de intervención comunitaria o bien mediante un plan diseñado para un caso concreto³⁶⁹; en especial, en este último caso, mediante medidas de colaboración con la familia para facilitar el cumplimiento de sus obligaciones legales. De forma que la acción preventiva podrá incidir tanto sobre los propios menores como sobre su entorno familiar y social.

Ahora bien, la actuación preventiva es distinta a la intervención socio-familiar. Esta última es posterior a la detección de la situación de riesgo y podrá ser o no posterior a la acción de

servicios sociales con el sistema educativo y sanitario en la detección y prevención de factores de riesgo que incidan negativamente en el desarrollo integral del menor».

³⁶⁹ La Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia en el País Vasco, vincula la intervención desde el ámbito comunitario a la elaboración de un plan individualizado por los servicios sociales de base, disponiendo en su art. 53 que «en situaciones de riesgo, los servicios sociales de base deberán proceder a la recepción del caso y a su investigación, valoración y orientación, debiendo, si lo estiman necesario, intervenir desde el ámbito comunitario (...). 2. En los casos en los que los servicios sociales de base estimen necesaria la intervención desde el ámbito comunitario, deberán elaborar un plan individualizado de atención en el que se harán constar las intervenciones diseñadas para responder a las necesidades detectadas».

prevención. La intervención de la Administración se dirige a modificar una situación concreta mediante los servicios y recursos necesarios actuando sobre el propio menor y su entorno. De forma que deberá realizarse un estudio de la situación del menor a fin de elaborar un diagnóstico a partir del cual se elaborará un plan de intervención individualizada en el medio socio-familiar que permita eliminar los factores de riesgo. La intervención administrativa protectora se desarrolla e incide sobre el propio menor y su entorno. Además, la Administración competente deberá realizar un seguimiento de la evolución del menor en su medio familiar.

La colaboración de la familia del menor es un elemento esencial en la neutralización de los factores de riesgo³⁷⁰. Por ello, será fundamental exponer claramente a la familia los objetivos que se persiguen a través de la intervención administrativa y lograr que se comprometa en su consecución. Las normas que regulan este ámbito protector y también los tribunales han establecido que en el supuesto de que los padres o responsables del menor no colaboren con la Administración y la situación del menor se

³⁷⁰ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002 otorga al caso un tratamiento propio de una situación de riesgo, ya que considera que no se está ante una situación de desamparo. La Administración había declarado la situación de desamparo y asumido la tutela. Sin embargo, el Tribunal anula dicha resolución, ya que, entre otras cuestiones, considera la disposición de la familia a colaborar con la Administración y el gran esfuerzo realizado por superar unos hábitos de conducta propios del medio en el que se desenvuelven y que resultaban perjudiciales para la menor. Por otra parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 5 de diciembre de 2002 se declara que no concurre una situación de desamparo sino de riesgo, y se impone a los padres la obligación de aceptar y cumplir el plan de intervención que acuerde la Administración competente con la advertencia de que el incumplimiento de esta obligación por parte de los padres «podrá determinar un cambio de situación».

agravara deberá procederse a declarar la situación de desamparo³⁷¹. Ahora bien, la declaración de desamparo no constituiría un castigo a la familia y, por tanto, la familia no deberá sentirlo como tal; por ello será importante hacerle entender que la nueva fase que se abre se dirige a brindar una mejor asistencia y protección al menor.

Las normas reguladoras de este ámbito protector contemplan un conjunto de medidas administrativas de atención al menor y apoyo a la familia, tanto de carácter técnico como económico, dirigidas a prevenir o eliminar los factores de riesgo³⁷². Estas medidas son expresión del deber que la propia Constitución española impone a los poderes públicos de colaborar con la familia, vigilar el cumplimiento de sus deberes legales y, en su

³⁷¹ Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia (artículo 58); Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (artículo 45.2); Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (artículo 31.2); Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia (artículos 53.2 y 79); Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo, de medidas de protección jurídica del menor (artículo 18.3); Ley de La Rioja 4/1998, de 18 de marzo, del menor (artículo 43.2, ya derogado).

³⁷² *Vid.*, entre otras, Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (artículo 32); Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia (artículos 78 y 52); Ley de Cantabria 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia (artículo 26); Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (artículos 43 y 16.2); Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia (artículo 19); Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo, de medidas de protección jurídica del menor (artículos 20 y 21); o la Ley de La Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección del menor (artículos 42 a 48), en su art. 43.2 que «Son concretas medidas de apoyo a la familia o a las personas bajo cuya guarda se encuentre el menor: a) Las prestaciones económicas o en especie, incluyendo las guarderías infantiles. b) La ayuda a domicilio. c) La intervención técnica».

caso, actuar de forma subsidiaria para garantizar a los menores el disfrute de sus derechos (artículo 39). La actuación administrativa podrá dirigirse a prevenir los factores de riesgo que se hubieran detectado en un caso concreto, estableciendo medidas de apoyo y colaboración con la familia que sólo de forma indirecta inciden en el menor. Asimismo, podrá tener por objeto la intervención individualizada y directa sobre el propio menor y su entorno socio-familiar con el fin de modificar la situación³⁷³.

Así, entre las medidas legalmente previstas deben destacarse:

a) medidas de apoyo a la familia a fin de mejorar el entorno familiar y hacer posible la permanencia del menor en el mismo; estas medidas podrán consistir en prestaciones económicas o en especie en situaciones de insuficiencia de recursos;

b) establecimiento de programas compensadores de carácter socio-educativo;

c) asistencia acompañada del menor a centros de carácter educativo;

d) ayuda a domicilio dirigida a favorecer el cuidado y la atención del menor y a hacer posible su permanencia en la familia;

e) atención en centros de día o en centros de atención a la primera infancia o atención precoz;

f) intervención psicoterapéutica;

³⁷³ La Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia, distingue entre *medidas de protección y actuaciones con efectos protectores* (art. 75 en relación con el artículo 78).

g) programas formativos para adolescentes que han abandonado el sistema escolar y que requieren una formación profesional que facilite su inserción laboral. Asimismo, en algún caso se contempla la guarda administrativa entre las medidas de protección de los menores en situación de riesgo³⁷⁴.

Por otra parte, alguna norma autonómica contempla la intervención de un técnico responsable del caso que realizará un seguimiento del menor y su entorno familiar, incluso como medida preceptiva compatible con la aplicación de otras medidas³⁷⁵. Por otra parte, en este ámbito podría desempeñar un destacado papel la figura de la mediación familiar, al efecto de neutralizar situaciones derivadas de una crisis en las relaciones familiares de los menores³⁷⁶. Además, en ciertos casos se prevé la intervención de voluntarios en tareas de apoyo al menor y a su familia.

Las distintas medidas o recursos de apoyo familiar podrán prestarse de manera simultánea cuando se desee incidir en los

³⁷⁴ Lo prevé así la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia, en su art. 52.2. Mediante la guarda administrativa, la Administración a solicitud de los propios padres o tutores puede asumir temporalmente la guarda del menor, cuando estos se ven imposibilitados para cuidar al menor por circunstancias graves (art. 172.2 CC)

³⁷⁵ Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo (art. 21.2).

³⁷⁶ La Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, establece entre los deberes del mediador familiar el de dar a entender a las partes la necesidad de velar por el interés superior de los hijos menores o discapacitados (art. 19), y en el mismo sentido se pronuncia el art. 8 de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de mediación familiar de Canarias. La Ley valenciana 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, dispone que la mediación familiar tendrá como objeto «facilitar el acuerdo en aquellas situaciones en las que, como consecuencia del ejercicio de la patria potestad, el interés del menor pueda verse menoscabado».

distintos aspectos que han provocado la situación de riesgo. Por tanto, podrán disponerse medidas de apoyo y colaboración con la familia y, de manera simultánea, medidas dirigidas directamente a la atención y protección del menor en situación de riesgo.

En cualquier caso, para que las medidas adoptadas den los frutos deseados, será fundamental que las administraciones competentes cuenten con los medios personales y materiales necesarios. Debe hacerse hincapié en la importancia de la acción administrativa desarrollada en este ámbito protector ya que se dirige a prevenir el desamparo y, por tanto, a hacer innecesaria la traumática separación del menor de su entorno familiar.

La situación de riesgo del menor cesa cuando desaparecen los factores que dieron lugar a su declaración y a la adopción de las consiguientes medidas de protección, o bien cuando dichas circunstancias han quedado debidamente compensadas. Asimismo, cesa la situación de riesgo cuando se ha derivado a una situación de desamparo y la Administración competente ha asumido la tutela del menor³⁷⁷.

No obstante, el fin de la situación de riesgo y, en su caso, de las medidas de protección que se hubieran aplicado, no implica

³⁷⁷ La resolución de cese de la situación de riesgo debe ponerse en conocimiento de las personas a las que se notificó en su día el inicio de la misma, así como del Ministerio Fiscal, como disponen, entre otros, el art. 53 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de protección de la infancia y la adolescencia en Aragón, el art. 54 de la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de atención y protección a la infancia, artículo 33 de la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor, o artículo 48.2 de la Ley Foral 15/2005, de 5 diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia.

que la Administración no deba realizar el seguimiento de la evolución del menor que permanece en el entorno familiar a través de los servicios sociales competentes. La finalidad del seguimiento es velar por la consolidación de la situación a la que se ha llegado mediante la intervención y por la adecuada evolución del menor en su entorno. Por otra parte, en el caso de que la situación del menor hubiera derivado en desamparo, sin perjuicio de las medidas de protección que adopte la Administración que tiene encomendada la tutela, deberán disponer, asimismo, por las administraciones competentes medidas de apoyo a la familia que hagan posible la reintegración familiar del menor.

En cuanto a la Administración competente para intervenir ante las situaciones de riesgo, en buena parte de los casos la legislación autonómica distribuye las competencias entre la Administración autonómica y las entidades locales, puesto que la protección de los menores en situación de riesgo se arbitra a través del sistema público de servicios sociales³⁷⁸.

Aunque la situación no es idéntica en cada una de las comunidades autónomas, de forma general, corresponde a las

³⁷⁸ La Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local, atribuye a los municipios competencia en materia de prestación de servicios sociales [artículo 25.2.k) y artículo 26.1.c)]. Por tanto, los municipios podrán crear servicios y realizar actividades dirigidas a garantizar el apoyo a las familias y la protección de los menores. Se hace eco de los conflictos surgidos en un primer momento entre la Administración autonómica y la Administración local en materia de protección de menores, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «La desprotección social del menor: Una visión general en materia de instituciones de protección de menores», *op. cit.*, pág. 33.

administraciones autonómicas la promoción, planificación, programación, supervisión y coordinación de las actuaciones en el ámbito de los menores en situación de riesgo. Por su parte, corresponde a las administraciones locales la información, detección, valoración, prevención, intervención y seguimiento de las medidas de protección y apoyo concretas en el entorno socio-familiar³⁷⁹. Las medidas de protección y apoyo previstas en este ámbito se han encauzado en gran medida a través de los servicios sociales básicos, comunitarios o de primer nivel, ya que son los más próximos a las familias y, por ello, la puerta de acceso al sistema.

III.7.3 Menores en situación de conflicto social y actuación administrativa protectora-reformadora

En los últimos años es frecuente escuchar opiniones a favor del endurecimiento de la responsabilidad penal exigible a los

³⁷⁹ Ley del Principado de Asturias 1/1995, de protección de menores (artículos 16 y 28); Ley de la Comunidad Andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor (artículo 18); Ley de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores (artículos 11, 12, 15 y 45.3); Ley de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (artículo 50) en relación con la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de servicios sociales; Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (artículos 76 y 77); Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (artículos 50 y 126); Ley de la Región de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia (artículos 11 y 45); Ley de Galicia 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia (artículo 5); Ley Foral 15/2005, de 5 diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (arts. 7 y 8).

menores, así como de la rebaja de la edad en que puede exigirse a los menores responsabilidad penal. Sin embargo, se olvida la responsabilidad de las administraciones públicas en la prevención y el tratamiento de la marginación y la exclusión social que, en general, es el caldo de cultivo de la delincuencia infantil y juvenil. Actuación pública que también es expresión del derecho reconocido a los menores a ser protegidos por las administraciones públicas cuando padezca una situación de riesgo o dificultad social que perjudique su desarrollo personal o social.

Por este motivo, diversos legisladores autonómicos han previsto expresamente en las respectivas leyes sobre protección de menores un específico ámbito de actuación: los menores en conflicto social. Este es el caso de la Ley 6/1995 en la Comunidad de Madrid (arts. 67 a 69 y 75), la Ley 3/1997 en Galicia (arts. 37 y 38), la Ley 1/1998 en Andalucía (art. 40), la Ley 3/1999 en Castilla La-Mancha (arts. 62 y 63), la Ley 12/2001, en Aragón (arts. 78 y 79), la Ley 37/1991 de Cataluña (arts. 43 a 45) y la Ley Foral Navarra 15/2005 (arts. 83 y 84).

En algunos casos el legislador autonómico ha incorporado en el ámbito de intervención frente a los menores en conflicto social la ejecución por la Administración de las medidas acordadas por los jueces en el ámbito de la responsabilidad penal; entrelazando peligrosamente la acción protectora y la

tradicionalmente denominada reformadora³⁸⁰. En otros casos, de forma más acertada, se han separado el ámbito de los menores en conflicto social (en el que la acción administrativa tiene carácter protector y educativo-preventivo) de los menores a los que el juez ha condenado por la realización de una conducta tipificada como delito o falta³⁸¹. No obstante, en cualquier caso en este ámbito existe un cierto peligro de confusión entre la infancia peligrosa y la infancia en peligro, la acción reformadora y la protectora.

Por otra parte, por lo que se refiere al ámbito subjetivo de actuación –los menores que podrían encontrarse en situación de conflicto social– tampoco tiene el mismo alcance en todos los casos. A este respecto, la ley de la Comunidad de Madrid y la de Cataluña se refieren a los «adolescentes», aquellos menores que hubieran cumplido los doce años. En cambio, de forma más amplia, la legislación de Andalucía, Castilla-La Mancha, Galicia, Aragón o Navarra incluye en este ámbito a todos los menores, tanto los niños como los adolescentes, por tanto, también los menores de doce años.

En cuanto a la caracterización legal de los menores o adolescentes, aunque en líneas generales es bastante similar, lo

³⁸⁰ Así sucede por ejemplo en la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Infancia de la Comunidad valenciana, art. 29.

³⁸¹ En Cataluña, por ejemplo, la aplicación por la Administración de las medidas adoptadas por los jueces y tribunales en el marco de la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, han sido reguladas por la Ley catalana 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil. La Ley Foral navarra 15/2005, distingue claramente ambas situaciones, refiriéndose en un caso a los menores en situación de «conflicto social», y posteriormente a los «menores sujetos al sistema de reforma» (artículos 86 y ss).

cierto es que existen algunas diferencias. Así, la legislación de Madrid, y siguiendo sus pasos Cataluña, pone el acento en la conducta del menor y su resultado: adolescentes «cuya conducta altera de manera grave las pautas de convivencia y comportamiento social generalmente aceptadas»; el resultado de esta conducta es la creación de un riesgo de causar perjuicios a terceras personas o causarse daños ellos mismos.

Sin embargo, en Galicia, Andalucía, Castilla-La Mancha o Navarra, se caracteriza a estos menores partiendo de la situación que sufren y las consecuencias que ello comporta: los menores que por padecer una situación de grave inadaptación pudiesen encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismos o a terceros. Por otra parte, la legislación de Galicia y Castilla-La Mancha también contempla expresamente entre los menores en conflicto social aquellos menores que no habiendo alcanzado todavía la edad para exigirles responsabilidad penal (menores de catorce años) han realizado alguna conducta tipificada como delito o falta.

En todos los casos, como vemos, estaríamos ante menores no adaptados socialmente o con comportamientos o conductas antisociales capaces de generar un riesgo para sí mismos o para terceros. Las administraciones deberán desarrollar una actividad protectora a través de medidas asistenciales y educativas dirigidas a prevenir la marginación y garantizar la plena integración social del menor. La finalidad última será evitar la exclusión social y, en

última instancia, la delincuencia juvenil³⁸², puesto que, por mucha relación que pueda existir entre inadaptación juvenil y delincuencia juvenil, son conceptos diferentes³⁸³. Para ello deberán diseñarse programas y aplicarse medidas concretas que permitan neutralizar o minimizar los factores que han conducido a aquella situación de conflicto social.

La acción administrativa preventiva y de integración social se desarrollará preferentemente en el entorno sociofamiliar del menor. Las administraciones deberán desarrollar programas de prevención y detección de la marginación y exclusión o inadaptación social. Una vez detectadas situaciones concretas, deberá pasarse a la intervención sociofamiliar a través de un tratamiento individualizado de carácter fundamentalmente educativo, dirigido a eliminar los factores que han determinado la situación de grave inadaptación o conflicto social³⁸⁴.

Entre las medidas de protección y apoyo destacan: la atención especializada socioeducativa o psicoterapéutica; el asesoramiento educativo; la formación ocupacional de carácter

³⁸² En aquellos casos en los que el legislador también contempla en este campo la ejecución por la Administración de las medidas judiciales impuestas a los menores en el ámbito de la responsabilidad penal, la acción administrativa se dirigirá, asimismo, a la reinserción social de estos menores.

³⁸³ RECIO ADRADOS, J.L., «Causas y comportamientos sociales en la inadaptación y la delincuencia juvenil». Revista Documentación Social, núm. 33-34, 1979, p. 57. Esta distinción, entre delincuencia e inadaptación juvenil, es anterior a las leyes de protección de menores.

³⁸⁴ Así se afirma, por ejemplo, en el artículo 37.2 de la Ley gallega 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia; el artículo 62 de la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor, y el artículo 40.2 de la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor.

prelaboral o ayuda profesional dirigida a facilitar al menor los medios que permitan su inserción en el mundo laboral; la atención en centros abiertos, talleres u otros servicios; la atención en el propio entorno sociofamiliar del menor; y el seguimiento de los menores que salen del internamiento tras cumplir una medida penal. En ciertos casos, se prevé que la atención socioeducativa o terapéutica podría comportar el ingreso del menor en un centro especializado.

Por otra parte, cuando fuera necesario los menores podrán recibir atención y tratamiento desde diferentes programas. En todo caso, las medidas de protección se dirigen a responsabilizar al menor de sus actos³⁸⁵. Para una eficaz aplicación de las mismas será fundamental establecer los necesarios mecanismos de colaboración y coordinación con los diferentes servicios y recursos públicos.

En la legislación de Madrid y Cataluña se establece que la acción preventiva deberá incidir en los factores de riesgo que originen la marginación y la delincuencia y, para ello, se propugna fomentar actividades que favorezcan los procesos de integración

³⁸⁵ En el artículo 64 de la Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor, y el art. 85 de la Ley Foral 15/2005, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra, se ha previsto la aplicación por la Administración autonómica de programas de autonomía personal para los menores de más de dieciséis años. El programa supone realizar el seguimiento de un menor durante un período de tiempo determinado y la aplicación de un programa de formación dirigido a conseguir la progresiva integración social y laboral del menor, su independencia y autonomía.

social del menor³⁸⁶. A tal fin las administraciones deberán favorecer el trabajo de los educadores de calle y los equipos de los servicios sociales de atención a la infancia y la adolescencia. Concretamente, la legislación catalana hace hincapié en el compromiso de establecer los recursos necesarios y la financiación adecuada para llevar a cabo esta tarea.

La mayor parte de las medidas previstas en este ámbito suponen una intervención en el entorno socio-familiar del menor. No se trata tan sólo de medidas de apoyo a la familia que, de forma indirecta, inciden sobre el menor, ni de limitarse a vigilar el debido cumplimiento por parte de los responsables del menor de sus deberes legales de protección. De forma general, las medidas dirigidas a garantizar la integración social del menor afectarán, en mayor o menor medida, al derecho a la vida familiar y, por tanto, al ejercicio de la patria potestad o la tutela civil. Como se ha dicho, incluso podrían comportar el ingreso del menor en un centro para brindarle tratamiento especializado –piénsese en menores drogodependientes o con trastornos graves de la personalidad–.

³⁸⁶ Ahora bien, por lo que se refiere a los programas y medidas concretas de actuación, el legislador catalán establece previsiones diversas de la Ley de la Comunidad de Madrid, ya que en el primer caso no se contempla la ejecución de las medidas penales y, en cambio, en el segundo sí. Así, el legislador catalán habla de «programas de educación y prevención» (artículo 45) y, en cambio, la Ley de Madrid habla de «programas de prevención y reinserción» (artículo 89). De manera que necesariamente difiere el contenido de los programas y las medidas de actuación. Entre los programas de prevención y reinserción previstos en la legislación de Madrid, destacan programas de formación; programas de socialización complementarios a la escuela; la utilización de los recursos de los organismos de promoción ocupacional y de empleo.

Por ello, en caso de falta de consentimiento de los padres, la Administración deberá gozar del privilegio de la denominada autotutela declarativa y ejecutiva que le habilite para la imposición forzosa de las medidas, o bien se requerirá autorización judicial. Ahora bien, la falta de colaboración y consentimiento de los padres para aplicar esta clase de medidas –de carácter protector y educativo y dirigidas a garantizar al menor el pleno desarrollo de su personalidad– pondrán de relieve la falta de asistencia que recibe el menor por parte de los responsables de su crianza y formación, lo que en definitiva podría constituir un supuesto de desamparo que deberá conducir a la tutela de la Administración.

Los legisladores de Cataluña, Castilla-La Mancha y Navarra establecen que en la aplicación de estas medidas debe escucharse al menor y recabar el consentimiento de su familia³⁸⁷. En el caso de que faltara el consentimiento de los representantes legales del menor o se opusieran a la aplicación de la medida, la Administración deberá solicitar autorización judicial, tras escuchar (legislación catalana) o dar conocimiento (legislación de Castilla-

³⁸⁷ El art. 84.2 de la Ley Foral 15/2005, de 5 diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra, establece que para la ejecución de las medidas de apoyo al menor en conflicto social «se deberá contar con el compromiso voluntario de participación tanto del menor, como de su familia». Entre estas medidas, además de la formación ocupacional de carácter prelaboral, establece la posibilidad de atención especializada socioeducativa o terapéutica por parte de profesionales, pudiendo conllevar esta última medida el ingreso del menor en un centro especializado.

La Mancha y Navarra) al Ministerio Fiscal³⁸⁸. Por tanto, en este ámbito, a diferencia de lo que sucede en el marco de la tutela administrativa, en Cataluña, Castilla-La Mancha, y Navarra, el legislador no atribuye a la Administración su tradicional privilegio de autotutela para imponer la aplicación de medidas de asistencia y protección a los menores con conductas de alto riesgo social, ya que en caso de que faltara el consentimiento de los padres o tutores se requeriría autorización judicial para intervenir.

Ahora bien, como se ha dicho, aunque el legislador no lo ha previsto expresamente al regular este ámbito de actuación administrativa, lo cierto es que cuando los servicios sociales – generalmente los de atención primaria– constatan que la situación del menor con una conducta de alto riesgo social es de desamparo, deberán proceder a instar a la Administración autonómica competente la declaración de desamparo para que asuma la tutela (de nuevo debemos insistir en la importancia de la colaboración y coordinación administrativa).

En muchos casos, la falta de colaboración de los padres u otros responsables del menor en situación de conflicto social con los servicios sociales para la aplicación de medidas preventivas y educativas pondrá de relieve la falta o el indebido cumplimiento por parte de aquéllos de los deberes legales de protección y la

³⁸⁸ Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social, según redacción de la Ley 8/2002, de 27 de mayo (artículo 47). Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (artículo 63.2), y Ley Foral Navarra 15/2005, art. 84.3.

consiguiente situación de desamparo del menor³⁸⁹. Así, en el caso de que la Administración autonómica procediera a declarar al menor desamparado y a asumir su tutela, la aplicación de las oportunas medidas de protección ya no requiere del consentimiento de los padres o responsables, pues la propia ley anuda a la tutela de la Administración la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria.

Una vez asumida por la Administración autonómica competente la tutela de un menor desamparado que se encuentra, además, en situación de grave inadaptación o conflicto social, no sólo se adoptarán las medidas de protección propias de la tutela sino también aquellas otras de carácter educativo que fueran necesarias para favorecer la integración social del menor.

Además, en el caso de menores con conductas de alto riesgo social también sería posible que los padres soliciten a la Administración competente la guarda del menor, cuando se vean incapaces de controlar la situación del menor y, en consecuencia, de cumplir debidamente con sus deberes legales de protección. El artículo 172.2 del Código civil establece que «cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor

³⁸⁹ Desde el punto de vista contrario, cuando la conducta de los padres no sea causa de la situación de conflicto social del menor, APARICIO BLANCO, estima que no se puede declarar al menor en situación de desamparo (vid. APARICIO BLANCO, P., «Protección del menor inadaptado y en conflicto social», en Aspectos jurídicos de la protección del menor, SÁEZ HIDALGO, I (coord.), Junta de Castilla y León, 2001, p. 84 y ss).

podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario». Según han afirmado los tribunales, es indiferente que las circunstancias determinantes de la guarda administrativa «provengan de los propios padres o tutores o de los propios menores (pensemos en casos de toxicomanía o conflictividad que sobrepasen las capacidades de atención de la familia) o de circunstancias ajenas al ámbito familiar»³⁹⁰.

Se producen situaciones, en cuanto a los menores en situación de conflicto social, de pugna entre Juzgado, Fiscalía, progenitores y servicios de protección en relación a quién debe adoptar las medidas. En este sentido, MORENO-TORRES estima que, «cuando empiezan a cometer pequeños actos delictivos, unidos al absentismo, las drogas, los problemas conductuales y a veces psiquiátricos, son varios los agentes implicados: la Fiscalía puede sugerir a la Administración que ingrese al menor en un

³⁹⁰ En este sentido se manifiesta el Auto de la Audiencia Provincial de Soria de 7 de octubre de 1998. En el caso del que conoce el Tribunal, la madre había solicitado la intervención de los servicios sociales «debido a los graves problemas de conducta de su hijo que superaba su capacidad de respuesta para controlar la situación sin poder cumplir adecuadamente en esos momentos sus deberes asistenciales hacia el menor». La Administración procedió a declarar al menor en situación de desamparo y a asumir la tutela. Esta situación fue aprovechada por el padre -separado de la madre y quien no tenía atribuida la guarda y custodia del hijo- para enfrentar al menor con la madre. El padre se opone a la resolución de desamparo y el Tribunal concluye que «no es acertada la calificación de dicha situación como desamparo del menor (...) sino más bien estamos ante el supuesto de la guarda asistencial encomendada transitoriamente a la Administración cuando los que ostentan la patria potestad, por circunstancias graves, no puedan prestarle la debida asistencia material o moral». Así, a través de este instrumento legal, la Administración podrá adoptar las medidas que permitan «ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, buscando su formación integral en los diversos aspectos individual, familiar y social».

centro a través del desamparo. En caso de que no se decrete el mismo, el fiscal puede acudir al juez a solicitar la aplicación del art. 158.4 del Código civil para el ingreso en el centro del menor. Igualmente los padres, ante la desesperación de cómo atender a unos hijos adolescentes en auténtico conflicto, pueden solicitar la guarda a la Entidad pública, e incluso declarar que los abandonan»³⁹¹.

³⁹¹ MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., *El desamparo de menores*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 44.

CAPÍTULO IV

PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y CONTROL DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA PROTECTORA.....318

IV.1	EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DECLARACIÓN DE DESAMPARO DEL MENOR	318
	IV.1.1 <i>Iniciación del procedimiento</i>	318
	IV.1.2 <i>Instrucción</i>	324
	IV.1.3 <i>Resolución y ejecución</i>	328
IV.2	EL CONTROL DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES.....	335
	IV.2.1 <i>La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso y fuera del mismo</i>	337
	IV.2.1.1 La función del Fiscal de control y vigilancia de la actuación administrativa protectora	340
	A) El control de las decisiones administrativas de protección de menores.....	341
	B) El control de la actividad administrativa protectora y de las funciones de tutela de la Administración.....	346
	IV.2.1.2 Las actuaciones del Fiscal en el proceso. Impugnación de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y actuaciones frente a la inactividad de la Administración.....	350
IV.3	EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTUACIÓN PROTECTORA DE LA ADMINISTRACIÓN.....	355

<i>IV.3.1 La oposición a las medidas de protección y la cuestión de competencia entre el orden jurisdiccional civil y el orden contencioso-administrativo.....</i>	<i>355</i>
<i>IV.3.2 El control de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores por el orden jurisdiccional civil.....</i>	<i>360</i>

IV. PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y CONTROL DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA PROTECTORA

La declaración de desamparo, como venimos afirmando, es una resolución de la Administración que se adopta a raíz de un procedimiento administrativo y que constituye la conclusión final de dicho procedimiento. Las normas autonómicas no regulan este procedimiento de manera pormenorizada, remitiéndose por lo general a sus normas de desarrollo, aunque sí contienen, por lo general, precisiones relativas a las distintas fases que integran el procedimiento dirigido a la declaración de desamparo, que son las mismas que en cualquier procedimiento, esto es, las de iniciación, instrucción, resolución y ejecución.

IV.1 El procedimiento administrativo de declaración de desamparo del menor

IV.1.1 Iniciación del procedimiento

La iniciación del procedimiento conducente a la declaración de desamparo corresponde adoptarla al órgano competente de la Administración autonómica, bien sea de oficio o por denuncia de

otra Administración pública³⁹², de entidades privadas que tuvieran relación con menores³⁹³ o, con carácter general por denuncia de cualquier persona que tenga conocimiento de los hechos³⁹⁴, incluso por parte del propio menor³⁹⁵.

Las Administraciones públicas, en el marco de sus respectivas competencias, deben desarrollar las actuaciones necesarias para la detección de las situaciones tanto de riesgo

³⁹² En alguna ley autonómica (como el art. 37.1 de la Ley de Menores de Castilla-La Mancha de 1999) se prevé la iniciación del procedimiento por el órgano autonómico competente a instancia de los servicios sociales, que previamente habrán procedido a la investigación de la situación concreta recogida en el correspondiente informe.

³⁹³ Artículo 32 de la Ley 1/1995, asturiana de protección de menores.

³⁹⁴ Recordemos la obligación establecida en el art. 13.1 LOPJM, conforme al cual «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», que reiteran, con contenido muy similar, las leyes autonómicas de protección del menor. Así, por ejemplo, el art. 50 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de protección de la infancia y la adolescencia de Aragón; el art. 6 de la ley balear de 1995; el art. 5 de la Ley de Castilla-La Mancha de 1999; el art. 2.3 de la Ley de 1991 en Cataluña; el art. 22 de la Ley gallega de 1997; o el art. 13 de la ley murciana de 1995. Pensemos por ejemplo en los profesores, que se encuentran en contacto diario con los niños, y que son los primeros en percibir los síntomas de un posible desamparo observando el estado físico del menor, su higiene, etc.

³⁹⁵ El art. 10.2 de la L.O. 1/1996, prevé que el menor pueda solicitar la protección y tutela de la entidad competente, dirigirse al Ministerio Fiscal cuando estima que se están vulnerando sus derechos, o plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo estatal, que cuenta con un Adjunto encargado de los asuntos relacionados con los menores. Además, los Defensores del Pueblo de las Comunidades Autónomas se vienen ocupando de los menores. En algunas Comunidades autónomas, como sucede en Andalucía, el Defensor del Pueblo andaluz aglutina también el cargo de Defensor del menor, según establece la Ley 1/1998, de derechos y atención al menor, en su disposición adicional 1ª. Otras, en cambio, han creado una figura separada, como la Comunidad de Madrid, a través de la Ley 5/1996, de 8 de julio, del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, o incluso una Oficina de Defensa de los Derechos del Menor, como sucede en la Comunidad autónoma de las Islas Baleares (Decreto 16/1997, de 30 de enero).

como de desamparo, y establecer los necesarios protocolos de notificación o derivación de las situaciones detectadas³⁹⁶.

Normalmente, las administraciones autonómicas tendrán conocimiento de la posible situación de desamparo a través de los servicios sociales prestados por las administraciones locales. Los servicios sociales básicos o de atención primaria son los más próximos al ciudadano y los que, en general, tienen encomendada la función de detección de las situaciones de riesgo, como hemos analizado anteriormente. En función de la gravedad de la situación, los servicios sociales de base tendrán que derivar el caso a los servicios especializados de la Administración autonómica que corresponda para que procedan, en su caso, a declarar el desamparo³⁹⁷.

La finalidad perseguida por este procedimiento es la verificación de la situación de desamparo del menor para, una vez constatada, declararla y adoptar las medidas de protección correspondientes. Para garantizar la efectividad de dicha declaración pueden adoptarse las medidas provisionales que se

³⁹⁶ El art. 49 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de protección de la infancia y la adolescencia de Aragón, dispone que la Administración autonómica elaborará programas, criterios e instrumentos ágiles de detección y notificación de las situaciones de riesgo y desamparo, coordinará las actuaciones llevadas a cabo por las distintas instituciones en este campo; y recibirá e investigará las denuncias.

³⁹⁷ Los servicios sociales básicos o de atención primaria constituyen la puerta de acceso al sistema, al nivel de atención más próximo al ciudadano, al ámbito socio-familiar. Entre las funciones que, de forma general, tienen atribuidas están: la información, la orientación y el asesoramiento técnico y la detección y prevención de situaciones de riesgo y exclusión social. De este modo, a través de estos servicios se detectarán posibles situaciones de desamparo que se derivarán a los servicios competentes de la Administración autonómica.

consideren oportunas. Así, la legislación autonómica prevé que, en la fase de iniciación del procedimiento, puedan adoptarse las medidas inmediatas que la atención al menor requiera. Incluso alguna ley contempla, como ya apuntamos, la posibilidad de adoptar las llamadas medidas provisionalísimas³⁹⁸, conforme al art. 72.2 LRJAP, declarando al menor en desamparo con anterioridad al comienzo del propio procedimiento, en cuyo caso deberá ratificarse tal medida al dictarse el acto de iniciación del procedimiento, que deberá producirse en cualquier caso dentro de los quince días siguientes a la adopción de la medida.

La iniciación del procedimiento de declaración de desamparo se comunicará en todo caso a los interesados, a los órganos administrativos a instancias de los cuales se haya iniciado el procedimiento, y, en su caso, a los denunciante que lo hubiesen promovido. En esta fase del procedimiento, no resulta aún necesaria la comunicación al Ministerio Fiscal.

³⁹⁸ A esta idea responden los procedimientos de urgencia regulados en el artículo 48.4 de la Ley canaria de Atención Integral a los Menores de 1997; el artículo 37.5 de la Ley de Menores de Castilla-La Mancha de 1999; artículo 53 de la Ley madrileña de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de 1995; artículo 24.2 de la Ley de la Infancia de Murcia de 1995; art. 60.2 de la Ley de Aragón de protección de la infancia y la adolescencia de 2001; o el art. 33 de la Ley asturiana de protección de menores de 1995. Yendo aún más lejos, la Ley del Menor de La Rioja de 1998 (art. 45.1) contempla la asunción de la tutela automática por la entidad pública autonómica no sólo de los menores que de facto se encuentran en una situación de desamparo, sino también, «preventivamente antes de nacer, cuando se prevea claramente la situación de desamparo del concebido». Esta declaración de desamparo es una práctica habitual en el caso de madres toxicómanas; cuando se detecta en el momento del nacimiento del niño droga en la sangre.

Dada la diversidad existente de procedimientos en las distintas Comunidades autónomas, vamos a establecer como referencia más concreta el régimen establecido en Andalucía, por medio del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, que regula el régimen del desamparo, tutela y guarda de menores.

En cuanto a la iniciación del procedimiento, el Decreto 42/2002 establece la posibilidad de que, con anterioridad a la iniciación del procedimiento de desamparo, el órgano competente ordene la práctica de una información previa para determinar la existencia de indicios de desasistencia de los menores que justifiquen la iniciación del procedimiento (art. 21). No olvidemos que se trata de un procedimiento que puede conducir a la salida de los menores de su familia de origen, por lo cual aparece justificada esta información previa sobre todo cuando no haya existido una intervención anterior de los servicios sociales en base a una situación de riesgo, y sobre todo cuando el inicio del procedimiento se haya producido a raíz de una denuncia, que puede deberse en ocasiones a motivos de disputas familiares en lugar de a la preocupación por el interés del menor.

Aunque olvida mencionarlo el Decreto al que nos venimos refiriendo, tras esta fase de información, si no se detectan indicios del desamparo, puede archivarse el procedimiento por resolución

motivada³⁹⁹, o por el contrario, acordar la continuación de las actuaciones.

Además, en estos casos, la gravedad de la conducta no ha sido valorada inicialmente por la Administración y la información previa puede ser útil en el caso de situaciones de desatención del menor que puedan solucionarse con medidas mucho menos invasivas en la vida familiar que la declaración de desamparo. Por ello, el propio art. 21.1 del Decreto 42/2002 dispone que en el caso de detectarse la concurrencia de circunstancias que pudiera motivar otra intervención administrativa, se comunicará a los órganos competentes, normalmente a los servicios sociales básicos, de competencia de las entidades locales.

También debemos destacar que establece ciertos requisitos a la hora de denunciar la posible situación de desamparo de un menor, para evitar conductas malintencionadas dirigidas a la desacreditación de los padres. Así, según el art. 23 del Decreto 42/2002, las denuncias deben expresar la identidad de la persona que las formula, los datos que permitan la identificación y localización de los menores, así como de sus padres, tutores o guardadores, y el relato de los hechos que motivan su presentación. No obstante, aún faltando la identificación de los

³⁹⁹ Sí menciona el archivo o continuación de actuaciones el art. 61 de la Ley 14/2002 de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, que en el caso de resolver el archivo de las actuaciones por resolución motivada, dispone que se comunique la resolución a los interesados, siendo posible la impugnación de dicha resolución sin necesidad de recurrir a la reclamación previa en vía administrativa.

denunciantes, esto no impide la investigación de los hechos denunciados cuando presenten indicios de veracidad. Los datos de identificación de los denunciantes pueden tener carácter reservado, de manera que los interesados en el procedimiento no tengan acceso a ellos, si tal acceso pudiera suponer un riesgo para la seguridad de los denunciantes.

IV.1.2 Instrucción

Las previsiones a este respecto en las leyes autonómicas son escasas, y se limitan normalmente a establecer la previsión, fundamental por otra parte, de la audiencia de los interesados, básicamente los padres, tutores o guardadores o personas que hubieran convivido con el menor y el propio menor, limitándolo, en determinadas leyes autonómicas al menor que hubiese cumplido los doce años de edad o que, de no haberlos cumplido, tuviese juicio suficiente, como vimos en el apartado referido al principio de audiencia del menor.

El Decreto andaluz 42/2002, de 12 de febrero, establece al respecto una fase de alegaciones (art. 24), en la que los padres, tutores o guardadores dispondrán de un plazo de quince días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación de la iniciación del procedimiento, para aportar cuantas alegaciones y documentos estimen convenientes y, en su caso, proponer prueba concretando los medios de que pretendan valerse.

Asimismo, se les informa acerca de la posibilidad de intervenir por medio de representante, y sobre los requisitos y trámites a cumplir para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, a fin de que puedan actuar durante el procedimiento asistidos de letrado en defensa de sus intereses. Si los interesados manifestasen su intención de solicitar la asistencia jurídica gratuita, el plazo de alegaciones se suspende durante diez días hábiles.

El órgano competente para la instrucción del procedimiento⁴⁰⁰, realiza de oficio y a la mayor brevedad posible, las actuaciones precisas dirigidas a elaborar un diagnóstico actualizado sobre el estado real de los menores, que reflejará, como mínimo, su situación sanitaria, psicológica, socio-familiar y legal⁴⁰¹. Para este cometido, puede solicitar la información que

⁴⁰⁰ La Ley 14/2002, de 25 de julio de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, que establece de forma pormenorizada el procedimiento para la declaración de desamparo, aporta en su art. 59, la obligación de que cada caso tenga asignado siempre, y desde el primer momento, un técnico encargado de coordinar la investigación y evaluación, que además elaborará la propuesta del Plan de Caso, es decir, las medidas a adoptar respecto del concreto menor. Sin duda es importante esta figura para centralizar las actuaciones y proporcionar a los familiares del menor una persona concreta de referencia con la que puedan mantener el contacto. Este técnico se ocupa del caso en todas sus fases, pues impulsa la intervención, controla la ejecución de las medidas y actuaciones, su seguimiento y su eventual revisión. A él corresponde emitir los informes procedentes, siempre asistido por los profesionales necesarios.

⁴⁰¹ La Ley madrileña de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de 1995 [art. 52.1.b)], requiere informes técnicos con carácter preceptivo de carácter especializado (sociales, psicopedagógicos, etc.). Y también, la Ley del Menor de La Rioja de 1998 (art. 48), que impone que la fase de instrucción contenga «un estudio pormenorizado de la situación personal y sociofamiliar del menor para

precise a los servicios sanitarios, educativos y sociales de la zona correspondiente, y puede solicitar también la colaboración de los órganos competentes de otras Administraciones Públicas⁴⁰².

Una vez recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo de 15 días hábiles para realizarlas, el órgano instructor puede acordar la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez (art. 25 RD 42/2002)⁴⁰³, siendo admisible cualquier medio de prueba que sirva para acreditar la situación real del menor.

conocer el posible desamparo y las formas más adecuadas de protección». Otras normas autonómicas remiten estas cuestiones a su desarrollo reglamentario.

⁴⁰² Recordemos que, en principio, la Administración competente para adoptar las medidas de protección del menor es aquella en la que el menor se encuentre, por lo que resultará imprescindible la colaboración entre las distintas Administraciones autonómicas cuando se pretendan adoptar medidas respecto de un menor que tiene su residencia habitual en una Comunidad autónoma distinta, o aquellos cuyo grupo familiar sea nómada (feriantes, vendedores ambulantes, etc.). En tales casos, se solicitará la información a la Administración correspondiente acerca de los datos personales y familiares de los menores, a fin de evaluar plenamente su situación, y se comunicarán a la Administración pertinente las circunstancias en que se hallen los menores y de la medida de protección a adoptar, al objeto de que puedan plantear cualquiera otra alternativa. En el caso de traslado de residencia o domicilio a otra Comunidad autónoma de menores cuya situación estuviese siendo evaluada ya de cara a la adopción de una medida de protección en otra Comunidad autónoma, se comunica a ésta para que pueda acordar el seguimiento de las actuaciones que se hayan emprendido.

⁴⁰³ Los plazos en el procedimiento han de ser necesariamente breves. En este sentido, la celeridad que exige la actuación administrativa e interés del menor debe compaginarse con un procedimiento administrativo con todas las garantías. No olvidemos que el confiar las competencias para la declaración de desamparo de los menores mediante la reforma operada por la Ley 21/1987, de modificación del Código civil pretendía otorgar una mayor agilidad a estos procedimientos en beneficio de los menores.

En este sentido, el artículo 51 de la Ley 12/2001 de protección de la infancia y la adolescencia de Aragón, dispone que la Administración autonómica «estará obligada a verificar con la mayor celeridad posible la situación denunciada y a adoptar las medidas necesarias para resolverla en función del resultado de aquella actuación».

Se prevé a continuación, el trámite de audiencia. Así, una vez instruido el procedimiento, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrá el expediente de manifiesto a los padres, tutores o guardadores de los menores, para que en diez días hábiles tengan una nueva oportunidad de presentar las alegaciones y documentos que estimen oportunos. Si los interesados no han podido ser localizados o si, habiendo sido citados, no comparecieron, se entiende cumplido el trámite.

Posteriormente, en el momento anterior a la propuesta de resolución, los menores deben ser oídos, de forma adecuada a su edad y grado de madurez, y con arreglo a los criterios de discreción, intimidad, seguridad y ausencia de presión.

Alguna ley autonómica, establece, en pro de la necesaria celeridad del procedimiento, un plazo máximo, bien para la evaluación de la situación (art. 51.2) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de protección de la infancia y la adolescencia en Aragón. La Ley 14/2002, de 25 de julio de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, remite la fijación de este plazo al posterior desarrollo reglamentario (art. 63.6). El cómputo del plazo debemos situarlo en la resolución de iniciación del procedimiento y finalizará con la propuesta de resolución, que elabora el órgano instructor y se referirá, obviamente, a la procedencia o no de declarar al menor en situación de desamparo, así como, en su caso, sobre la forma en que deberá ejercitarse la guarda una vez que la tutela del menor sea asumida por la Administración.

El RD 42/2002, en su art. 27, dispone un plazo de cinco días hábiles para elevar la propuesta de resolución al órgano competente para dictar la resolución. Estos aspectos netamente procedimentales no se recogen, por lo general, en las leyes autonómicas de protección del menor, lo que puede plantear problemas de seguridad jurídica, indeterminación en los plazos, etc., si, como ocurre frecuentemente, no se dictan los oportunos reglamentos de desarrollo⁴⁰⁴.

IV.1.3 Resolución y ejecución

La resolución que se adopte respecto de la declaración de desamparo deberá estar debidamente motivada, relatando los hechos y los fundamentos de Derecho en los que tenga base. Si tenemos en cuenta todo el procedimiento de investigación de las circunstancias del menor que se sigue, podemos fácilmente concluir que la ausencia de motivación no es un problema a la hora de que estas resoluciones sean recurridas. Si se producen más casos en que se recurre al desamparo con demasiada ligereza, pudiendo adoptarse medidas que no impliquen la separación del menor de su familia; hemos tenido ocasión de comprobar que el elenco de medidas de apoyo a la familia y al

⁴⁰⁴ Desde el punto de vista procedimental, sólo la Ley 4/1998, de 18 de marzo, de la Comunidad Autónoma de La Rioja, del Menor hace referencia específicamente a la propuesta de resolución, el órgano que ha de elevarla y su contenido.

menor por parte de los servicios sociales resulta bastante amplio⁴⁰⁵.

La parte dispositiva de la resolución, debe referirse en primer lugar, a si procede declarar la situación de desamparo del menor, y en tal caso, disponer la asunción de la tutela de los menores por la Administración autonómica correspondiente, y designar las personas, entidades o centros a los que se atribuya el ejercicio de la guarda sobre el menor. Deberá también especificar en que modo se va a producir esa guarda, si mediante acogimiento familiar o residencial, establecer el régimen de relaciones personales de los menores con sus padres, parientes y allegados⁴⁰⁶.

En último lugar, la resolución deberá contener la referencia a los recursos que puedan oponerse contra ella. En aplicación del art. 172.6 CC, en su redacción dada por la DA 5ª de la LOPJM, «las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante

⁴⁰⁵ El art. 28.1 del RD 42/2002 de la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad autónoma andaluza, prevé que pueda servir también de motivación la aceptación de los informes que se hubieran incorporado al procedimiento durante su instrucción y que se refieran a la situación real de los menores.

⁴⁰⁶ Tras su modificación por el artículo primero de 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 (BOE núm. 280, de 22 noviembre de 2003), el art. 160 del Código Civil establece que no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados.

la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa».

El órgano competente para resolver a cerca de la declaración de desamparo suele ser un órgano colegiado, compuesto por profesionales que garanticen su carácter multidisciplinar. Tal carácter resulta totalmente necesario puesto que en el seno del expediente van a encontrarse con informes técnicos de trabajadores sociales, sociólogos, pedagogos, psicólogos, médicos, y otros profesionales cuya valoración resulta determinante para resolver de forma motivada a cerca del desamparo del menor. Este es el caso de las Comisiones Provinciales de Medidas de Protección, que establece como competentes para dicha resolución el art. 53 del RD 42/2002, del régimen del desamparo, la tutela y la guarda en Andalucía⁴⁰⁷.

Varias leyes autonómicas determinan un plazo límite, a partir de la iniciación del procedimiento, en que la Administración

⁴⁰⁷ Según el art. 52 del RD 42/2002, cada Comisión Provincial de Medidas de Protección, estará formada por: a) El/La Delegado/a Provincial, que actuará como Presidente/a. b) El/La Jefe/a del Servicio especializado en protección de menores. c) El/La titular de una Jefatura de Servicio de la Delegación Provincial. d) Dos técnicos/as del Servicio especializado en protección de menores. e) Un/a profesional sanitario/a del Sistema Sanitario Público de Andalucía. f) Un/a profesional de la educación del Sistema Educativo Público de Andalucía. g) Un/a profesional de los Servicios Sociales de la provincia. h) Un/a funcionario/a de la Delegación Provincial, que actuará como secretario, con voz pero sin voto. Además se prevé que cada Comisión, para no descuidar los aspectos jurídicos, esté asistida por un Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

En otros casos, la Comisión de Valoración no es la que resuelve sobre el desamparo, sino que emite un informe vinculante para el órgano que debe resolver, como establece el art. 51.1 de la Ley Foral 15/2005, de 5 diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra.

debe resolver sobre el desamparo, lo que resulta sin duda elogiable para decidir cuanto antes la situación del menor y evitarle daños mayores sacándole del entorno familiar en el que se encuentra desprotegido. Así, la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid, en su art. 52.3, establece un plazo máximo de tres meses, prorrogable por dos meses más en casos excepcionales, el mismo plazo que dispone el art. 58.3 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco (aunque permite en este caso la prórroga del procedimiento durante tres meses en lugar de dos).

Cabe preguntarse si podría exigirse responsabilidad a la Administración en caso de prolongarse dicho plazo, y quiénes estarían legitimados para exigirla, puesto que asumiendo la tutela la Administración tras la declaración de desamparo, no podría exigirse responsabilidad a sí misma, ni los padres del menor podrían hacerlo puesto que su patria-potestad ha quedado suspendida. En cualquier caso, será el Ministerio Fiscal el encargado de controlar que los plazos procedimentales se cumplan por la Administración para que la protección otorgada sea lo más efectiva posible, evitando daños al menor.

En cuanto a su notificación, la resolución deberá notificarse a los interesados en el procedimiento (padres, tutores o

guardadores)⁴⁰⁸, y comunicarse al Ministerio Fiscal⁴⁰⁹, previéndose para ello plazos más breves que los previstos en la LRJAP, en concreto cuarenta y ocho horas⁴¹⁰, dada la inmediatez con que pretende actuarse en este tipo de situaciones. La notificación, en la medida de lo posible, se practicará de forma presencial, indicando de modo claro y comprensible los motivos que han dado lugar a la intervención de la Administración. En los casos en que no se haya podido localizar a los interesados, la comunicación se realizará mediante la inserción de anuncios y su publicación en los boletines oficiales autonómicos⁴¹¹. En este supuesto, el contenido de la resolución, para preservar la intimidad del menor, se limitará a expresar una breve indicación del contenido de la resolución y del lugar en el que los interesados podrán comparecer, en el plazo de diez días hábiles, para conocer el contenido íntegro de la misma.

También puede adoptarse la oportuna reserva en cuanto a la identidad de los acogedores y los datos que puedan permitir identificarlos, cuando se hayan seleccionado personas para ejercer la guarda administrativa mediante el acogimiento familiar, y

⁴⁰⁸ El art. 29 RD 42/2002, establece algunas peculiaridades y precisiones respecto de lo regulado respecto de las notificaciones por el art. 172.1 CC. Así, determina que no sean notificados los padres que se hallen privados de la patria potestad, y que se notifique a los menores según su grado de madurez, y en cualquier caso si hubiesen cumplido los doce años.

⁴⁰⁹ Según lo dispuesto en el art. 18 de la L.O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

⁴¹⁰ Art. 172.1 del Código Civil.

⁴¹¹ Art. 59.5 LRJAP.

se considere contrario para el interés de los menores que sus padres conozcan a los acogedores.

Como cualquier resolución administrativa, la resolución que declara al menor en desamparo será ejecutiva desde la fecha en que se dicte. Por lo tanto, en la práctica de la notificación se requiere a los padres, tutores o guardadores para que pongan a disposición de los órganos competentes a los menores a quienes se haya declarado en situación de desamparo, apercibiéndoles de que si no lo hicieren se procederá a la ejecución forzosa de la resolución adoptada.

Como es lógico, no resulta fácil que los padres colaboren en la entrega a la Administración de los menores, por lo que resulta necesario en numerosas ocasiones que la Administración autonómica acuda a la colaboración de otras instancias, normalmente solicitando a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización para entrar en el domicilio familiar⁴¹² y la colaboración para la ejecución de las medidas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado⁴¹³.

Las resoluciones judiciales, Autos concretamente, en los que se autoriza la entrada a un domicilio para la ejecución de una

⁴¹² En virtud de lo establecido por el art. 8.5 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-administrativa los Juzgados de lo Contencioso conocerán 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.

⁴¹³ Estas actuaciones vienen encomendadas al GRUME, Grupo de Menores del Cuerpo Nacional de Policía.

resolución de desamparo, serán recurrible ante los Tribunales Superiores de Justicia del orden Contencioso-Administrativo, y no se orientan a realizar un control de fondo sobre la validez de la resolución administrativa cuya ejecución requiere la autorización judicial, sino que su control será meramente formal, respecto a la apariencia de legalidad de la misma y la necesidad de entrar en el domicilio para ejecutar la resolución de desamparo⁴¹⁴. No puede confundirse por tanto, la impugnación del Auto que permite la entrada en el domicilio familiar para ejecutar la resolución de desamparo, pasando el menor a encontrarse bajo la guarda de la Administración, con la resolución de desamparo en sí misma y el control de los motivos que han llevado a la Administración a dictarla, que corresponde a la jurisdicción civil⁴¹⁵. La ejecución de

⁴¹⁴ En este sentido, resulta clara la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha núm. 50/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 2 julio, referida a la impugnación de un Auto del Juez de lo Contencioso-administrativo acordando la entrada en un domicilio para ejecutar una declaración de desamparo, que manifiesta en su Fundamento de Derecho 1º que «*El Juez de lo Contencioso-Administrativo actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, lo cual significa que no resulta procedente un enjuiciamiento pleno del acto administrativo que la Administración pretende ejecutar; de lo contrario, se procedería a revisar la legalidad del acto sin someterse a las normas procedimentales establecidas en la Ley 29/1998, de 13 de Julio. Los Juzgados y Tribunales que controlan la legalidad de los actos administrativos y su ejecutividad son los pertenecientes al orden contencioso-administrativo, llevando a cabo su control, conforme a las reglas de competencia y procedimiento establecidas en la L.J.C.A. Por ello, en la autorización solicitada por la Administración el Juez de lo Contencioso-Administrativo debe verificar la apariencia de legalidad de dicho acto con el fin de evitar que se produzcan entradas arbitrarias, asegurarse de que la ejecución de ese acto requiere efectivamente la entrada en el domicilio y, por último, garantizar que la irrupción en estos lugares se produzca sin más limitaciones a los derechos fundamentales que aquellas que sean estrictamente necesarias.*»

⁴¹⁵ En la misma Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha que acabamos de citar, su FD 2º se refiere a este aspecto, exponiendo que «coincide la Sala plenamente

la declaración de desamparo es un título suficiente para justificar la entrada en el domicilio. Por ello, los recursos ante estas resoluciones jurisdiccionales autorizando dicha entrada, que suelen centrarse bien en una pretendida ausencia de notificación de la resolución declarando el desamparo, bien en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, vienen siendo desestimados sistemáticamente por la Jurisprudencia⁴¹⁶.

IV.2. El control de la actuación de la Administración en materia de protección de menores

Como hemos afirmado en varias ocasiones, en nuestro sistema jurídico la responsabilidad de garantizar la asistencia y protección de los menores se atribuye de forma sucesiva a diversas personas y entidades. Así, los padres o tutores son los

con la Administración Autónoma castellano-manchega en que el Letrado de los apelantes confunde los planos posibles de impugnación, ya que lo que aquí puede discutir es la conformidad a Derecho del Auto en que se acordó, exclusivamente, la entrada en un domicilio –en este caso, dos alternativamente– para ejecutar una resolución administrativa que no se ejecutaba voluntariamente por los administrados; todo lo demás –es decir, si procedía la declaración de desamparo y la asunción automática de la tutela por parte de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha– son cuestiones a ventilar junto a la impugnación que se hubiera podido entablar contra dichos pronunciamientos».

⁴¹⁶ Vid. la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada), de 4 diciembre de 2000, referida a un recurso por pretendida ausencia de notificación de la declaración de desamparo a los interesados, y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), de 22 mayo de 2001, en un recurso en que se alegaba la violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

primeros responsables de la crianza y formación de los menores y de garantizarles el disfrute de sus derechos y el pleno desarrollo de su personalidad. Por su parte, las Administraciones públicas deben colaborar y velar porque la familia cumpla debidamente sus deberes legales y, en su caso, actuar de forma subsidiaria para garantizar a los menores la efectiva protección. Por otra parte, corresponde al Ministerio Fiscal salvaguardar los derechos e intereses de los menores y, por ello, se le atribuye la función de vigilar las actuaciones administrativas protectoras. En última instancia corresponderá a la autoridad judicial decidir las medidas de protección más convenientes para el menor.

Ahora bien, para determinar las vías de control judicial y el marco dentro del cual el Ministerio Fiscal deberá realizar su función de vigilancia y control de la actividad administrativa protectora, deberemos tener en cuenta que esta actividad podrá ser de detección, prevención –general o particular– o de intervención. De forma que será necesario distinguir las actuaciones con efecto protector –que se enmarcan fundamentalmente en el ámbito de la colaboración con la familia y en el de la prevención general– y la actividad directamente protectora que supone una intervención individualizada en el entorno socio-familiar de un concreto menor –ya sean dirigidas a prevenir situaciones concretas de desprotección o a eliminar los factores que las han producido mediante medidas de intervención–

IV.2.1 La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso y fuera del mismo

El Ministerio Fiscal tiene encomendada la defensa y tutela de los derechos e intereses de los menores, tanto a través de actuaciones procesales como extraprocesales. El estatuto orgánico del Ministerio Fiscal le atribuye «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»⁴¹⁷.

Las funciones tuitivas y protectoras del Ministerio Fiscal se han ido incrementado a partir de la Constitución. En palabras de VARGAS CABRERA⁴¹⁸, «el Ministerio Fiscal se ha ido configurando en los últimos años como defensor real de los intereses de los menores en funciones que van más allá de su intervención en procesos y que exigen un contacto permanente con las realidades sociales y comprometerse en la búsqueda de soluciones a los problemas que afectan a aquéllos dimanantes con frecuencia de las injusticias del sistema necesitadas de corrección».

⁴¹⁷ Art. 3.7 de la Ley 50/1981, de 13 de enero, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

⁴¹⁸ VARGAS CABRERA, B., «Régimen jurídico de la adopción y funciones del Ministerio Fiscal», en *Protección Jurídica del Menor*, Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, Comares, 1997, p. 97.

Por lo que se refiere al ámbito de los menores, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados preceptos del Código Civil constituye un hito fundamental. Esta ley incorporó al Código civil las figuras de la tutela de la Administración de los menores desamparados y la guarda administrativa (artículo 172), dos instrumentos jurídicos a través de los cuales las Administraciones públicas deberán hacer efectivo el derecho de los menores en situación vulnerable a recibir asistencia y protección de las administraciones. Por su parte, el artículo 174 encomienda al fiscal la superior vigilancia de la tutela y guarda ejercida por las administraciones competentes y la debida aplicación de la medida protectora de acogimiento⁴¹⁹.

El artículo 174 del Código civil dispone lo que sigue:

«1. Incumbe al fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta Sección.

2. A tal fin, la entidad pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las

⁴¹⁹ En el proyecto inicial, se había atribuido a la autoridad judicial la vigilancia de la tutela de las Administraciones públicas. Sin embargo, este criterio fue modificado en el trámite parlamentario para atribuir tal competencia al Ministerio Fiscal. Las razones del cambio fueron expresadas en el Congreso por el diputado del Grupo Socialista Sr. Cuesta Martínez: «Hemos introducido en ponencia una modificación importante y ha sido la intervención del Ministerio Fiscal. Y la hemos introducido porque no queremos saturar la labor, la función y el trabajo de muchos jueces ni una paralización de los juzgados y tribunales españoles». Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «La desprotección social del menor: Una visión general en materia de instituciones de protección de menores», en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley orgánica de protección del menor. Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Universidad de La Coruña, 1999, pp. 27-28

resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor⁴²⁰.

3. La vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la entidad pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe».

Ahora bien, en un primer momento la función de vigilancia y control atribuida al Ministerio Fiscal se circunscribía a la tutela y guarda administrativa y a la medida de acogimiento familiar, ya que éstas eran las únicas vías legales que el legislador estatal había previsto para que las administraciones brindaran protección a los menores en situación de necesidad. Sin embargo, a medida que las leyes han ido ampliando el ámbito protector encomendado a las administraciones públicas –menores en situación de riesgo y conflicto social– se han ido reforzando las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal⁴²¹.

Por otra parte, si en un primer momento sólo se contempló el control judicial de las resoluciones administrativas en materia de

⁴²⁰ Vid. asimismo, el art. 18 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

⁴²¹ Así lo afirma expresamente el propio legislador en la Exposición de motivos de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

tutela o guarda administrativa⁴²² (pues, como se ha dicho, en aquel entonces eran los únicos instrumentos legales para brindar protección pública a los menores), en la actualidad, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, ha previsto un nuevo proceso especial para la oposición frente a todas las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores, en el marco del cual el fiscal podrá ser tanto demandante –cuando es quien ejercita la pretensión de oposición– como parte necesaria (artículo 749). Así, en la medida que el fiscal puede oponerse a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, es evidente que deberá tenerse conocimiento previo de las mismas⁴²³.

IV.2.1.1 La función del Fiscal de control y vigilancia de la actuación administrativa protectora

La función de vigilancia y control de la actuación administrativa protectora que la ley encomienda al Ministerio Fiscal inicialmente alcanzaba, como se ha dicho, a la tutela y guarda

⁴²² La disposición adicional 1ª de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, dispuso la aplicación de las normas de jurisdicción voluntaria contra las resoluciones de desamparo u otras resoluciones dictadas en ejercicio de la tutela o guarda administrativa. De esta manera, el legislador daba respuesta a la controversia planteada en la doctrina sobre cuál debía ser la vía procesal para recurrir este tipo de resoluciones administrativas. Vid. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, Mª., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 145-157.

⁴²³ Ver, asimismo la disposición adicional 3ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

administrativa y la medida de acogimiento y, con posterioridad, se ha extendido a las nuevas técnicas previstas por la ley que supongan una intervención directa e individualizada de las administraciones públicas en el entorno socio-familiar del menor con el fin de garantizar su protección. Así, el Ministerio Fiscal tiene la función de vigilar y supervisar las actuaciones y decisiones adoptadas en este ámbito por las administraciones públicas, con el fin de salvaguardar los derechos de los menores y garantizar que se atiende a su interés superior⁴²⁴.

A) El control de las decisiones administrativas de protección de menores

Las administraciones públicas deberán comunicar o notificar al Ministerio Fiscal todas aquellas resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores. Esto es, todas aquellas decisiones que supongan una intervención directa e individualizada en el entorno socio-familiar del menor, aquéllas adoptadas conforme al principio de subsidiariedad progresiva respecto de las obligaciones legales de padres o tutores.

⁴²⁴ Por ello, el fiscal deberá trabajar codo con codo con las administraciones, controlándolas y, en su caso, colaborando con los servicios de protección de menores, según se afirma en la *Memoria del año 1991 elevada al Gobierno por el Fiscal General del Estado*, Madrid, 1992, p. 498.

El artículo 174.2 del Código civil establece que las administraciones competentes deberán remitir al Ministerio Fiscal copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Asimismo, el propio precepto dispone que las administraciones deberán comunicar al Fiscal cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor⁴²⁵. Ahora bien, en la actualidad, esta obligación, como se ha dicho, debe extenderse a todas las resoluciones administrativas dirigidas directamente a brindar protección a un concreto menor.

También, pese a que no esté previsto legalmente, estimamos que la Administración debería comunicar al Ministerio Fiscal el acuerdo de iniciación del procedimiento administrativo dirigido a verificar una situación de riesgo, desamparo o conflicto social ya detectada y a acordar las oportunas medidas de protección. De forma que el fiscal podrá personarse y ser parte en el procedimiento en el curso del cual se examinarán y valorarán las circunstancias del menor y, en su caso, se declarará la situación de riesgo, desamparo o conflicto social y se adoptarán las necesarias medidas de protección.

La función del fiscal no se debería limitar a un control *ex post*, limitado a la resolución administrativa, sino que deberá tener

⁴²⁵ El art. 63.2 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, de menores, de Castilla La-Mancha, respecto de los menores en conflicto social que no colaboren (ellos o sus familia) voluntariamente a la ejecución de las medidas sociales o terapéuticas impuestas por la Administración y se pida autorización judicial para su ejecución forzosa, deberá también comunicarse al Ministerio Fiscal.

la oportunidad de participar en el procedimiento administrativo. El fiscal tiene la consideración de interesado en estos procedimientos, en la medida que tiene atribuida la función de salvaguardar los derechos e intereses de los menores.

La Carta Europea de los Derechos del Niño dispone en su punto 8.14 que «en la totalidad de procedimientos (también los administrativos) deberá ser parte obligatoriamente el Ministerio Fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguarda de los derechos e intereses del niño».

En cuanto al plazo dentro del cual la Administración deberá notificar al Ministerio Fiscal las referidas resoluciones administrativas, del artículo 172 del Código civil resulta que la resolución de desamparo deberá comunicarse en el plazo de cuarenta y ocho horas. Este plazo podría considerarse extensible a todas las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores⁴²⁶.

Por otra parte, en el momento de notificar al Ministerio Fiscal las resoluciones administrativas, deberá acompañarse el conjunto del expediente administrativo; son especialmente importantes los estudios e informes sobre la situación del menor y su entorno realizados en el curso del procedimiento dirigido a adoptar la decisión que se notifica.

⁴²⁶ El art. 34 de Ley 4/1998, de 18 de marzo, del menor de la Rioja, parece entenderlo así, pues utiliza este mismo plazo a la hora de notificar la resolución por la que la Administración declara a un menor en situación de riesgo.

La función de vigilancia y control atribuida al fiscal tiene un doble alcance. El control se referirá tanto a los aspectos formales de las resoluciones administrativas como a los aspectos materiales⁴²⁷.

Así, por un lado, el fiscal controlará que la Administración ha respetado el procedimiento legalmente establecido. En especial, el trámite de audiencia a todos los interesados y, de forma destacada, al propio menor⁴²⁸.

Por otra parte, el fiscal deberá controlar que la resolución administrativa esté debidamente motivada, expresando los hechos y circunstancias por los cuales aquella decisión es la más conveniente para el interés superior del menor.

Además, el fiscal también deberá controlar que la resolución administrativa haya sido debidamente notificada a los padres u otros responsables del menor y, en su caso, al propio menor; en el supuesto de que la resolución no hubiera sido notificada se deberán comunicar al fiscal las razones que justifican o explican la falta de notificación. En cuanto a los aspectos materiales de las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores, el fiscal deberá controlar que la actuación administrativa

⁴²⁷ Así lo entiende MIRANDA ESTRAMPES, M., «El Ministerio Fiscal: consideraciones en torno al modelo constitucional», Revista del Poder Judicial, núm. 54, 1999, p. 356.

⁴²⁸ El artículo 9.3 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, establece que en aquellos casos en que el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal.

se ajuste a la legalidad y a los principios que rigen la materia, en especial el interés superior del menor.

Por otra parte, el Ministerio Fiscal controlará, en su caso, el régimen de visitas establecido por la Administración entre el menor sometido a tutela y su familia. Debe tenerse en cuenta que la asunción de la tutela por la Administración de un menor en situación de desamparo y la adopción de medidas que impliquen la separación del núcleo familiar no comporta la privación o suspensión del derecho de visitas. Por tanto, la Administración deberá notificar, asimismo, al Ministerio Fiscal el régimen de visitas establecido⁴²⁹.

En el caso de que la Administración hubiera considerado conveniente no establecer un régimen de visitas, en la resolución administrativa en la que acuerda la medida de protección deberá expresar las razones de dicha decisión, teniendo en cuenta el interés del menor. Esta resolución administrativa deberá ser, asimismo, notificada al Ministerio Fiscal, que conocerá y controlará las razones por las que se ha suspendido o suprimido el derecho de visitas entre el menor y su familia.

⁴²⁹ La Administración deberá remitir al Ministerio Fiscal el documento de formalización de la medida de acogimiento (artículo 174 del Código civil) y en este deberá constar «la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido» [artículo 173.2, punto 3º, letra a) del Código civil].

B) El control de la actividad administrativa protectora y de las funciones de tutela de la Administración

Las administraciones deberán notificar al Ministerio Fiscal no sólo las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores sino que, además, deberán comunicarle cualquier novedad en las circunstancias de los menores (artículo 174.2 del Código civil). Debe tenerse en cuenta que la actividad administrativa protectora ha de tener un carácter flexible, esto es, en todo momento deberá adecuarse a las cambiantes circunstancias del menor y de su familia.

La función de control de la actuación administrativa protectora no se limita a cuestiones formales o procedimentales, el control se extiende a la totalidad de actuaciones administrativas. Por ello, el citado artículo 174 del Código civil atribuye, asimismo, al Ministerio Fiscal la tarea de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y, en su caso, promover ante la autoridad judicial las medidas de protección que estime necesarias⁴³⁰.

Por tanto, el Ministerio Fiscal deberá comprobar de forma permanente las circunstancias de aquellos menores que son tutelados o están bajo la guarda de una administración pública.

⁴³⁰ Así, por ejemplo, cuando la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, regula el acogimiento residencial, establece que el director del centro ejercerá la guarda «bajo la vigilancia de la Administración y la superior del Ministerio Fiscal» (artículo 36.3). El mismo precepto establece que los cambios de centro de protección deberán acordarse por resolución motivada que será «comunicada inmediatamente al Ministerio Fiscal».

Por otra parte, el Ministerio Fiscal deberá comprobar que el instrumento de protección es el apropiado. Así, la Administración no podrá constituir una guarda administrativa cuando lo que corresponde es asumir la tutela del menor desamparado. La Administración tampoco podría declarar al menor desamparado y asumir su tutela para aplicar una medida de protección que implique la separación de su familia, cuando se trata de un menor en situación de riesgo al que podrían aplicarse medidas en el propio entorno familiar del menor y viceversa.

En la práctica, las administraciones remiten cada seis meses al Ministerio Fiscal un informe sobre la evolución de la situación personal y socio-familiar de los menores tutelados y las perspectivas de una posible reintegración familiar. Ahora bien, con independencia del control semestral, el Ministerio Fiscal en cualquier momento podrá solicitar la información que estime necesaria a las administraciones competentes.

Además, las funciones de vigilancia y control de la actividad administrativa protectora alcanzan también a los centros que acogen menores, (tal como dispone el artículo 21.4 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor), ya sean centros directamente gestionados por las administraciones públicas o centros privados colaboradores.

En cumplimiento de esta función, el Ministerio Fiscal deberá visitar regularmente los centros de acogida y residenciales con el fin de conocer su organización, funcionamiento y proyecto

educativo⁴³¹. Por otra parte, estas visitas a los centros constituyen un cauce que permitirá, en su caso, que los menores pongan en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que consideren que atentan contra sus derechos a fin de que éste promueva las acciones oportunas.

Con el objeto de desarrollar de forma eficaz las funciones de vigilancia y control de la actuación administrativa protectora, el Ministerio Fiscal deberá llevar un expediente de cada uno de los menores declarados en situación de desprotección, ya sea riesgo, desamparo o conflicto social. Así, el Ministerio Fiscal procederá a la apertura de un expediente siempre que tenga conocimiento, a través de la comunicación de la Administración, de un menor sometido a la tutela o guarda administrativa o al que –por encontrarse en situación de riesgo o conflicto social– se están aplicando medidas que suponen una intervención directa e individualizada en el entorno socio-familiar del menor y en el

⁴³¹ Por lo tanto, el fiscal deberá conocer los reglamentos de régimen interno de los centros, en especial, el régimen disciplinario, con el fin de comprobar que, en todo caso, queden garantizados los derechos de los menores y se respeten los principios que rigen la actuación en materia de menores. Cuando los legisladores autonómicos regulan el estatuto de la población menor acogida en centros de atención a personas menores, prevén normalmente que la imposición de medidas correctoras a los menores residentes deberá comunicarse dentro de las veinticuatro horas desde su adopción al Ministerio Fiscal, según el artículo 52.3 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados modificada por la Ley 8/2002, de 27 de mayo, o con carácter inmediato según disponen el art. 90.3 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de Canarias, o el art. 96.2 de la Ley Foral Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia. Otras, como la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia, en su art. 43.2, establecen la obligación de comunicación al fiscal en estos casos pero no establecen plazo concreto para ello.

ejercicio de los deberes legales de protección atribuidos a padres o tutores.

Asimismo, la fiscalía abrirá un expediente cuando conozca a través de la comunicación de otras autoridades, particulares o del propio menor de una posible situación de desprotección. En el expediente de la fiscalía se harán constar todas las actuaciones e incidencias relativas al menor, las resoluciones y los expedientes que le hubiera trasladado la Administración u otras autoridades, de forma que en el momento en que el Ministerio Fiscal deba realizar alguna actuación relativa a un concreto menor deberá examinar el expediente de la fiscalía para conocer la situación de aquel menor. Por otra parte, según ha establecido el artículo 23 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, para el ejercicio de la función de vigilancia de la tutela administrativa deberá llevarse en cada fiscalía un índice de tutelas de menores.

Por último, el desarrollo eficaz de la tarea de superior vigilancia de la actuación administrativa de protección de menores que la ley atribuye al Ministerio Fiscal hace necesario establecer cauces para la cooperación y coordinación con las administraciones competentes. A tal efecto, será conveniente mantener un diálogo permanente. En esta línea, en una nota de servicio de 26 de febrero de 1988, la Fiscalía General del Estado instaba a las fiscalías a mantener contactos frecuentes con las administraciones públicas que tuvieran encomendada en su

respectivo territorio competencias en materia de protección de menores.

IV.2.1.2 Las actuaciones del Fiscal en el proceso. Impugnación de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y actuaciones frente a la inactividad de la Administración

La ley encomienda al Ministerio Fiscal la tarea de realizar un seguimiento de la actuación administrativa protectora. Por esta razón, como se ha visto, las administraciones deberán dar cuenta al Ministerio Fiscal de las decisiones adoptadas. Por su parte, el Ministerio Fiscal podrá promover ante la autoridad judicial la modificación, la suspensión o el cese de cualquier medida de protección adoptada por la Administración.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, ha regulado un proceso especial para la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (artículo 748.6 LEC). Se trata de un proceso contencioso que se sustancia por los trámites del juicio verbal con las especialidades previstas en la propia ley (artículo 753 en relación con el artículo 780 LEC). En este proceso el Ministerio Fiscal podrá actuar como parte demandante si ejercita la pretensión de oposición y, en caso contrario, como parte demandada necesaria (artículo 749 LEC).

La Administración, como se ha visto, deberá comunicar al Ministerio Fiscal todas las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores⁴³², aquellas que supongan una intervención directa e individualizada sobre el menor y su entorno socio-familiar.

En su función de control de la actuación administrativa protectora, el Ministerio Fiscal, en el caso de que considerara que la Administración no ha adoptado las medidas de asistencia y protección más convenientes, deberá promover ante la autoridad judicial la modificación, la suspensión o el cese de las mismas⁴³³. Por otra parte, la propia ley advierte que la vigilancia del Ministerio Fiscal no exime a la Administración de su responsabilidad con el menor (artículo 174.3).

El Ministerio Fiscal está legitimado para oponerse a las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de

⁴³² Pese a que el artículo 174.2 del Código civil sólo se refiere a las resoluciones administrativas relativas a la constitución, la variación y el cese de las tutelas, guardas y acogimientos, con posterioridad a la incorporación de este precepto al Código civil se ha ido ampliando el ámbito de la acción protectora encomendada a la Administración. Así, en la actualidad, la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero, regula un proceso especial cuyo objeto es la oposición a todo tipo de resolución administrativa dictada en materia de protección de menores (artículo 748.6 LEC).

⁴³³ Ahora bien, en el caso de que el Ministerio Fiscal considerara que la medida de protección acordada por la Administración no es la más conveniente para el interés superior del menor, antes de acudir a la autoridad judicial debería instar a la propia Administración la modificación o cese de la medida. Aunque la norma no lo prevé expresamente, el Ministerio Fiscal debería solicitar en primer termino a la Administración la modificación de aquellas actuaciones que pudieran no resultar adecuadas para el interés superior del menor y sólo cuando tal requerimiento no fuera atendido acudir a la autoridad judicial.

menores y actuar como parte demandante. Además, el Ministerio Fiscal tendrá la condición de parte demandada en todos los procesos que hubieran sido iniciados a instancia de cualquier persona⁴³⁴.

En cuanto a la actuación del Ministerio Fiscal frente a la inactividad de la Administración, como se ha visto, el Ministerio Fiscal, controla y supervisa la actividad de la Administración en materia de protección de menores para, en su caso, promover ante la autoridad judicial la modificación o el cese de las medidas acordadas. Ahora bien, el Ministerio Fiscal también puede promover la actuación de la Administración en esta materia siempre que tenga conocimiento de la existencia de un menor en situación de desprotección. De forma que el Ministerio Fiscal también controlará la inactividad de la Administración que suponga

⁴³⁴ Artículo 749.2 en relación con el artículo 748.6º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil. La disposición adicional 3ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, faculta al Ministerio Fiscal para actuar de oficio en interés del menor, en el marco de los procedimientos de jurisdicción voluntaria de los títulos IX y X del libro I del Código civil, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estime oportunas. Ahora bien, la remisión al procedimiento de jurisdicción voluntaria deberá entenderse actualmente referida al procedimiento que ha establecido la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en su artículo 780, para oponerse a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, ya que este nuevo procedimiento ha venido a sustituir al procedimiento de jurisdicción voluntaria. Por otra parte, la citada disposición adicional 3ª establecía ciertas particularidades referidas al procedimiento de jurisdicción voluntaria que serían aplicables al nuevo procedimiento judicial. Así, por lo que se refiere al papel del Ministerio Fiscal podrá actuar de oficio en interés del menor y, en su caso, suplirá la pasividad de los particulares y les asesorará sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes. De forma que los padres o tutores podrían solicitar al Ministerio Fiscal que planteara la oposición frente a una resolución administrativa en materia de protección de menores.

lesión o menoscabo del derecho de los menores en situación vulnerable a recibir asistencia y protección pública.

El propio menor puede dirigirse al Ministerio Fiscal para poner en su conocimiento las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas⁴³⁵. Además, el Ministerio Fiscal puede tener conocimiento de una situación de desprotección a través de los servicios sanitarios, educativos, sociales, la policía o denuncias de particulares. En estos casos, el Ministerio Fiscal deberá poner los hechos en conocimiento de la Administración competente – acompañando todos los datos que tenga sobre la situación del menor– y la instará a realizar las averiguaciones oportunas y brindar, en su caso, la necesaria protección. Por su parte, la Administración deberá comunicar al Ministerio Fiscal el resultado de sus actuaciones.

En aquellos casos en que la Administración no adoptara las necesarias medidas de protección, el Ministerio Fiscal podría acudir a la autoridad judicial, para solicitar la adopción de las medidas «que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios», al amparo el artículo 158.3 del Código civil. Este precepto establece que «estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un

⁴³⁵ Así lo prevé el artículo 10.2.b) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de febrero, de protección jurídica del menor.

procedimiento de jurisdicción voluntaria». Es más, el propio menor o cualquier pariente podrían instar al juez a dictar estas medidas.

La actual redacción del artículo 158 del Código civil proviene de la disposición final 4ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. En la exposición de motivos de esta ley se declara que «respecto a las medidas que los jueces pueden adoptar para evitar situaciones perjudiciales para los hijos, que contempla actualmente el Código civil en el artículo 158, se amplían a todos los menores, y a situaciones que exceden el ámbito de las relaciones paterno-filiales, haciéndose extensivas a las derivadas de la tutela y de la guarda, y se establece la posibilidad de que el juez las adopte con carácter cautelar al inicio o en el curso de cualquier proceso civil o penal». El propio legislador afirma que «se trata de consagrar un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales que afectan a menores para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de aquéllos». La finalidad es que el menor «no quede indefenso o desprotegido en ningún momento».

Así, al amparo del referido artículo 158 del Código civil, el Ministerio Fiscal podría instar ante la autoridad judicial la adopción de la guarda administrativa. El propio artículo 172.2 *in fine* dispone que «se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el juez en los casos en que legalmente proceda».

IV.3. El control jurisdiccional de la actuación protectora de la Administración

IV.3.1 La oposición a las medidas de protección y la cuestión de competencia entre el orden jurisdiccional civil y el orden contencioso-administrativo

En general, las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores, y en particular aquellas resoluciones a través de las cuales se declara el desamparo y se adoptan determinadas medidas de protección, son actos dictados en virtud de un procedimiento administrativo, con las características propias de los actos de la Administración y sujetos al Derecho administrativo⁴³⁶. Sería razonable pensar, en este sentido, que el control de las mismas debería corresponder a los tribunales del orden contencioso administrativo⁴³⁷.

⁴³⁶ Debemos apuntar, no obstante, que no en todos los casos las normas autonómicas han atribuido a la Administración el privilegio de la autotutela para imponer la aplicación de medidas dirigidas a neutralizar la situación de conflicto social. Así, en los casos de Cataluña, Castilla-La Mancha y Navarra, cuando los responsables del menor no prestan su consentimiento a la aplicación de las medidas, la Administración no puede proceder a su ejecución forzosa y debe solicitar autorización judicial.

⁴³⁷ En efecto, el artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa establece que los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las administraciones públicas sujetas al Derecho administrativo. Ahora bien, la propia ley dispone en su artículo 3.a) que «no corresponden al orden jurisdiccional contencioso administrativo: las cuestiones expresamente atribuidas a los

Sin embargo, el legislador ha residenciado el control de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores en los tribunales del orden jurisdiccional civil. Para encontrar una explicación a esta opción por la jurisdicción civil debemos remontarnos al momento en que el legislador estatal incorpora al Código civil la figura de la tutela *ex lege* de las administraciones públicas (mediante la Ley 21/1987, de 11 de noviembre).

Cuando se creó esta tutela por ministerio de la Ley, el legislador omitió cualquier referencia al régimen de recursos contra las resoluciones de desamparo. Al no regularse la vía a través de la cual impugnar estas resoluciones administrativas, se plantea el problema de determinar el cauce procesal que permitiese canalizar la oposición a la resolución de desamparo y las medidas de protección acordadas por la Administración que tiene encomendada la tutela.

Pues bien, la doctrina civilista, que en su inmensa mayoría califica la tutela administrativa de institución civil por haber sido regulada por el Código civil y, en cierta manera, la asimila a una tutela ordinaria –aunque con ciertas particularidades–, considera que la competencia para conocer los conflictos que puedan plantearse corresponde a los tribunales del orden jurisdiccional civil y propugna la aplicación de la disposición transitoria 10ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que remitía a las normas de jurisdicción voluntaria para la resolución de las controversias surgi-

órdenes jurisdiccionales civil, penal y social aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública».

das en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones entre cónyuges⁴³⁸.

Para la doctrina administrativa prácticamente pasó inadvertido este nuevo ámbito de actuación administrativa, puesto que, por otra parte, no había comenzado a surgir aún la regulación en materia de protección de menores por parte de las Comunidades Autónomas. Así, ante la ausencia de previsión legal el camino seguido en la práctica fue el apuntado por una parte de la doctrina civil.

Debe tenerse en cuenta que de la resolución administrativa de desamparo también derivan, por obra de la ley, ciertos efectos civiles, ya que el legislador anuda a la atribución de la tutela a la Administración el efecto de suspender de forma automática la patria potestad o la tutela ordinaria. Pues bien, del examen de la legislación aplicable en materia de protección de los menores desamparados resulta que el legislador, en el momento de considerar la oposición a las resoluciones administrativas sobre

⁴³⁸ Esta disposición establecía que «mientras no se modifique la Ley de enjuiciamiento civil, se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan (...) para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente». Además, poco después, la Ley 13/1983, de 14 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, estableció en su disposición adicional que los «procedimientos derivados de los títulos IX y X del libro I del Código civil se tramitarán por las disposiciones de la Ley de enjuiciamiento civil sobre jurisdicción voluntaria». Vid. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M^a., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, cit., pp. 145-157; IGLESIAS REDONDO, J.I., *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, cit., pp. 304-315.

desamparo y tutela de la Administración, parece considerar fundamentalmente la oposición de los padres o tutores que, precisamente, discutirían la resolución de desamparo para impedir que se produzca el efecto de quedar suspendida la patria potestad o la tutela. Ésta podría ser asimismo una razón más que explicaría que finalmente se haya optado por atribuir al orden jurisdiccional civil el conocimiento de los recursos contra las resoluciones administrativas dictadas en esta materia.

Así, el artículo 172.6 del Código civil, redactado conforme a la disposición final 5ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, dispuso que «las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa».

Es más, la disposición adicional primera de la citada ley orgánica remitió a las normas de la jurisdicción voluntaria, no sólo para recurrir las resoluciones administrativas de desamparo, sino «para cualesquiera otras reclamaciones frente a resoluciones de las entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o guarda de menores».

Con posterioridad, como veremos, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, ha regulado un proceso especial para oponerse a todas las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (artículo 748.6 en relación con los artículos 779 a 781).

No obstante, los tribunales de lo contencioso-administrativo se han declarado competentes para conocer los vicios formales de las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores. Cuestiones como la competencia de la Administración o del órgano administrativo, la adecuación al procedimiento legalmente previsto, la falta de motivación o la notificación defectuosa podrían ser planteadas ante los tribunales del orden contencioso-administrativo⁴³⁹.

Ahora bien, la fiscalización de estos tribunales deberá limitarse a los aspectos formales. En este caso, en la medida que la resolución administrativa no hubiera agotado la vía administrativa deberá interponerse el correspondiente recurso de alzada ante la propia Administración y, en el supuesto de que la resolución agotara la vía administrativa podría interponerse el recurso administrativo potestativo de reposición.

Sin embargo, también cabría plantear la invalidez de la resolución administrativa por defectos formales en el marco del proceso civil como una cuestión prejudicial. El artículo 10.1 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, establece que «a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente».

⁴³⁹ Vid. entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 30 de junio de 1999, la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 7 de mayo de 2001, y las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de julio de 1996 y de 16 de diciembre de 1996.

Por otra parte, como analizamos en su momento, en aquellos casos que la ejecución forzosa de la resolución administrativa dictada en materia de protección de menores hiciera necesaria la entrada en un domicilio, corresponderá a los juzgados de lo contencioso-administrativo la competencia para autorizar la entrada en el domicilio, según resulta del artículo 8.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

IV.3.2 El control de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores por el orden jurisdiccional civil

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, establece un nuevo cauce procesal para recurrir ante los tribunales civiles las resoluciones dictadas por las administraciones en materia de protección de menores, que viene a sustituir la aplicación que se venía realizando del procedimiento de jurisdicción voluntaria (artículos 779 y 780).

En estos preceptos se regula la competencia para conocer y el procedimiento a seguir para la oposición de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. El artículo 779 dice que «será competente para conocer los procesos a que se refiere este capítulo el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la entidad protectora y, en su defecto, o en los

supuestos de los artículos 179 y 180 del Código civil, la competencia corresponderá al tribunal del domicilio del adoptante».

Por su parte, el artículo 780 establece que: «1. No será necesaria la reclamación previa en vía administrativa para formular la oposición, ante los tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. 2. Quien pretenda oponerse a una resolución administrativa en materia de protección de menores presentará un escrito inicial en el que sucintamente expresará su pretensión y la resolución a la que se opone. 3. El Tribunal reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días. 4. Recibido el testimonio del expediente administrativo, se emplazará al actor por veinte días para que presente la demanda, que se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753».

El referido artículo 753 remite a los trámites del juicio verbal, pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal y a las demás personas que deban ser parte en el procedimiento hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días.

El proceso especial establecido en el artículo 780 constituye el cauce procesal para impugnar todas las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores⁴⁴⁰.

Con anterioridad, la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, parecía contemplar tan sólo las resoluciones relativas a la tutela o la guarda administrativa. Sin embargo, en la actualidad, la citada Ley de enjuiciamiento civil regula el procedimiento especial para oponerse a todas las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores⁴⁴¹.

La jurisdicción civil pasa a ser así la competente para oponerse a todas aquellas actuaciones de la Administración en materia de protección de menores. Por tanto, deberemos entender que no sólo las actuaciones realizadas en el marco de la tutela de

⁴⁴⁰ Ahora bien, como se puesto de relieve, a estos efectos deberemos distinguir las resoluciones que de forma indirecta tienen efectos protectores (en general, las dictadas en el ámbito de la colaboración de la Administración con las familias en el cumplimiento de sus deberes legales para los hijos) y las resoluciones que de forma directa e individualizada se dirigen a brindar protección a un menor (dictadas en ejercicio de la función de vigilancia y control encomendada a las administraciones que las obliga a actuar de forma subsidiaria, de manera progresiva, cuando los responsables del menor no cumplen debidamente sus deberes legales de protección). Pues bien, este proceso especial tiene por objeto la oposición a esta última clase de resoluciones administrativas.

⁴⁴¹ En la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, sobre la «Incidencia de la nueva Ley de enjuiciamiento civil en la intervención del fiscal en los procesos civiles», se afirma que «el proceso especial será el cauce procesal, por tanto, no sólo para la impugnación de las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela ministerio *ope legis* (objeto expresamente reconocido en el artículo 172.6), sino que se extenderá con carácter general a todas “las resoluciones administrativas en materia de protección de menores” (artículo 780.1 de la LEC) [...] resoluciones cuyo contenido puede ser muy variado, dadas las amplias facultades que las autoridades administrativas tienen reconocidas en esta materia».

los menores desamparados, sino también cuando actúa en el ámbito de los menores en situación de riesgo o en conflicto social.

La Ley de enjuiciamiento civil atribuye competencia para conocer las controversias derivadas de las referidas resoluciones administrativas en materia de protección de menores a los juzgados de primera instancia del partido judicial correspondiente. En aquellos casos en que existieran varios juzgados, serán competentes aquellos que, en virtud de la especialización prevista en el artículo 98 de la Ley Orgánica del poder judicial y el artículo 46 de la Ley de enjuiciamiento civil, les haya sido atribuido el conocimiento de estas materias (de forma general, los juzgados de familia).

Por otra parte, la competencia territorial le corresponde al juzgado del domicilio de la entidad protectora (artículo 779 de la LEC). Según dispone la disposición final 22ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, «las entidades públicas protectoras son las designadas por las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con sus respectivas normas de organización». Por tanto, el fuero aplicable es el del domicilio del órgano que, en virtud de las normas autonómicas de atribución de competencias, haya dictado la resolución recurrida. De manera que la entidad pública cuyo domicilio determina la competencia puede ser tanto una consejería de Gobierno como una dirección general o un órgano inferior o un órgano con competencia restringida a un determinado

territorio dentro de la comunidad autónoma, como puede ser el caso de una delegación provincial de la consejería competente⁴⁴².

La Administración competente deberá notificar a los padres, tutores, guardadores u otros interesados la resolución administrativa dictada en materia de protección de menores. En la notificación deberá indicarse el recurso que cabe interponer contra la misma, que es, precisamente, el regulado en el artículo 780 de la LEC. Asimismo, la Administración deberá informar del órgano competente para conocer el recurso y del plazo para interponer el mismo, según establece el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAP).

En la medida que la LEC no establece ningún plazo para la presentación del recurso ante el juez, deberá entenderse que podrá presentarse en cualquier momento. El carácter flexible que, en todo caso, debe tener la actividad administrativa en esta materia explica que no se haya establecido un plazo para recurrir las decisiones administrativas, ya que el momento de la oposición estará condicionado a las cambiantes circunstancias del menor y su entorno socio-familiar, que determinarán en cada momento las medidas de protección más adecuadas.

Pese a lo dicho, hemos de resaltar que interesa a los padres, tutores o guardadores recurrir la resolución administrativa de declaración de desamparo en el plazo más breve posible,

⁴⁴² Así se pronuncia la Circular del Fiscal General del Estado 1/2001, sobre «Incidencia de la nueva Ley de enjuiciamiento civil en la intervención del fiscal en los procesos civiles», apartado VII.5.A.

puesto que, tras acordar la Administración el ejercicio de la guarda del menor a través de un acogimiento familiar, como por lo general sucede, el menor comenzará su integración en la nueva familia y transcurrido un tiempo se produce en muchos casos una desafección con la familia de origen y una consolidación de la situación con la familia acogedora, con la que el menor crea vínculos estrechos y estables. Por este motivo, transcurrido un tiempo prolongado desde el inicio del acogimiento de un menor, pese a que en su momento no fuese procedente la declaración de desamparo o hayan cambiado las circunstancias de la familia de origen del menor, los órganos jurisdiccionales, aplicando el principio del superior interés del menor, han determinado la permanencia del menor con la familia de acogida⁴⁴³.

En cuanto a la legitimación para recurrir ante los tribunales las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, el artículo 780.2 de la LEC comienza diciendo que «quien pretenda oponerse a una resolución administrativa», y a continuación establece el modo de actuar. Por tanto, deberá reconocerse legitimidad a todo aquél que ostente un derecho o interés legítimo, de manera análoga a lo dispuesto en el artículo

⁴⁴³ Vid. 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, núm. 11/2003 (artículo consultable en www.westlaw.es).

19.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa⁴⁴⁴.

La legitimación para recurrir las resoluciones administrativas ante los tribunales es más amplia que en los tradicionales procesos civiles. En efecto, en el proceso civil tradicionalmente la legitimación deriva de la titularidad de un derecho subjetivo. Sin embargo, la legitimación para recurrir las decisiones de la Administración alcanza también a los «intereses legítimos». Por tanto, estará legitimado todo aquel que pueda resultar realmente afectado, de una u otra forma, por la resolución que se adopte en el proceso. La legitimación supone un vínculo o conexión entre la esfera jurídica de la persona y el objeto del proceso. Deberá reconocerse legitimación a todo aquel que hubiera participado en calidad de interesado en el procedimiento administrativo que llevó a la Administración a dictar la resolución que en el proceso se recurre. En el supuesto de que los tribunales no reconocieran legitimación al recurrente, no podrían entrar a decidir sobre la cuestión planteada, ya que la legitimación juega como una condición o presupuesto subjetivo de la admisibilidad del recurso.

Por lo que se refiere al procedimiento a seguir, no es necesaria la reclamación previa en vía administrativa. Sin embargo, en ocasiones podría ser conveniente presentar la referida

⁴⁴⁴ Así lo estima la Circular del Fiscal General del Estado 1/2001, en su apartado VII.5.A.

reclamación con el fin de intentar solventar la controversia en sede administrativa y evitar plantear el posterior conflicto jurisdiccional. El legislador exime del requisito de la reclamación previa con el deseo de agilizar el ejercicio de la acción judicial. No obstante, siempre que el recurrente lo considere oportuno podría presentar la reclamación previa ante la propia Administración autora del acto⁴⁴⁵.

Por otra parte, la analogía de este proceso especial con el proceso contencioso-administrativo no sólo se refiere, como se ha visto, a la legitimación, sino que resulta patente en la primera fase de la tramitación del procedimiento especial.

Así, el procedimiento comienza con la presentación de un escrito en el cual el recurrente se limita a expresar sucintamente su pretensión y la concreta resolución administrativa a la que se opone. Por su parte, el juez deberá reclamar a la Administración el expediente administrativo completo. La Administración deberá aportar el expediente en el plazo de veinte días. Una vez aportado el expediente por la Administración, el juez emplazará al actor para que presente la demanda en el plazo de veinte días. La demanda deberá tramitarse conforme a lo previsto en el artículo 753 de la LEC. Este precepto establece que el proceso se substanciará por los trámites del juicio verbal.

⁴⁴⁵ Los artículos 122 a 124 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAP), establecen el procedimiento a seguir para presentar la reclamación previa a la vía judicial civil.

Así, la LEC remite para la tramitación del procedimiento al juicio verbal (artículo 753), con las especialidades propias de los procesos sobre menores que contemplan los artículos 748 a 755 de la LEC. Entre estas especialidades deben destacarse las siguientes:

1) La intervención del Ministerio Fiscal con carácter preceptivo (artículo 749). En todos los procesos que afecten a menores, el fiscal debe orientar su actuación conforme a los principios recogidos en el artículo 11.2 de la Ley orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, primando siempre el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir y a la luz de los principios de reintegración e integración familiar que rigen la actuación de la Administración en esta materia. De manera particular, el fiscal velará para que se respete el derecho del menor a ser oído en el procedimiento, en los términos del artículo 9 de la referida Ley orgánica 1/1996.

2) En el proceso no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento, ni la transacción. En cuanto al desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal (artículo 751 LEC). Con ello se trata de que tales actos no perjudiquen los derechos e intereses de los menores.

3) En cuanto a la prueba, el proceso se decidirá con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. Por otra parte, además de las pruebas que se practiquen a instancia

del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio aquellas que estime pertinentes (artículo 752).

En este proceso, como vemos, el principio dispositivo sufre minoraciones a favor del principio oficial, en la medida que el juez puede acordar de oficio cuantas pruebas considere necesarias.

4) El tribunal podría decidir que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen (artículo 754).

Por lo que se refiere a la representación y defensa de las partes, el actual artículo 750 de la Ley de enjuiciamiento civil dispone que las partes deberán actuar con asistencia de abogado y representadas por procurador, fuera de los casos en que deban ser defendidas por el Ministerio Fiscal⁴⁴⁶.

Por otra parte, en esta materia y, como consecuencia del carácter cambiante y flexible de las medidas de protección para ajustarse en todo momento a las nuevas circunstancias del menor, las resoluciones judiciales no tendrán el efecto de cosa juzgada. Así, en el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 1 de julio de 1997, se afirma que no existe cosa juzgada cuando existan nuevos factores que puedan valorarse como alteración de las

⁴⁴⁶ En cambio, la disposición adicional 3ª de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, disponía con referencia al procedimiento de jurisdicción voluntaria que no era necesaria la intervención de abogado ni procurador.

circunstancias objetivas delimitadoras del concepto de cosa juzgada⁴⁴⁷.

Por último, debe advertirse que este proceso tiene carácter subjetivo, tiene por objeto las pretensiones de las partes. La autoridad judicial a la vista de las pretensiones de las partes y de los hechos que hubieran resultado probados deberá adoptar la decisión más conveniente para el interés superior del menor.

Por tanto, no se trata de un proceso dirigido a controlar la legalidad objetiva del acto administrativo recurrido y, en su caso, proceder a su anulación. El proceso civil de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores es un proceso que versa sobre la tutela de derechos e intereses y,

⁴⁴⁷ En el supuesto a que se refiere el citado Auto, la madre impugnaba un auto dictado en la pieza de ejecución de una resolución judicial por la que se había declarado que el menor no se encontraba en situación de desamparo. El referido Auto había acordado la suspensión de la ejecución de la resolución judicial. Pues bien, la Audiencia Provincial de Sevilla establece que no cabe la suspensión de la ejecución de la resolución judicial, pues el ordenamiento establece *«luego que sea firme una sentencia se procederá a su ejecución»*, ya que las resoluciones judiciales tienen fuerza ejecutiva. Ahora bien, el Tribunal constata que, en efecto, no es conveniente para el menor regresar con su madre. Por ello, invita al Ministerio Fiscal *«en virtud del principio prioritario del interés del menor, pedir al juez las medidas cautelares que estime procedentes y necesarias [...] dichas medidas cautelares podrían adoptarse en salvaguarda del menor, hasta que en el procedimiento correspondiente y por el organismo competente se determinase el desamparo»*. El Tribunal declara que no existe cosa juzgada ya que *«los hechos valorados en las sentencias que ahora han de ejecutarse, lo fueron en un tiempo determinado y con referencia a unos elementos de conocimiento, que ahora se han alterado sustancialmente, pues con sólo la iniciación de una progresiva reinserción del menor con su familia biológica, ha determinado la situación de grave alteración psíquica en la que se encuentra el menor, como consta en los informes médicos y psicológicos obrantes en las actuaciones, que acreditan como prueba documental la alteración sustancial de las circunstancias entonces tenidas en cuenta»*. Por consiguiente, aunque el Tribunal revoca el Auto impugnado y estima el recurso interpuesto por la madre traza el camino a través del cual el fiscal y la Administración podrán proceder a realizar las actuaciones necesarias en interés del menor.

en especial, la defensa del interés superior del menor frente a la actividad de la Administración⁴⁴⁸.

⁴⁴⁸ Así, por ejemplo, en el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio de 2002 el Tribunal declara que el menor no se encuentra en situación de desamparo sino en situación de riesgo, por lo que se acuerda que los servicios sociales hagan entrega del menor a su familia. Por otra parte, el tribunal impone tanto a la familia como a la Administración competente la adopción de una serie de medidas dirigidas a asegurar la debida protección del menor en su entorno familiar: la madre necesitará autorización del juzgado y de los servicios sociales municipales para abandonar su residencia en la localidad, la madre deberá escolarizar a su hijo en el centro escolar que le indiquen los servicios sociales del ayuntamiento, y corresponde también a estos últimos gestionar la inscripción del niño en algún centro escolar, así como su incorporación a un programa de tratamiento específico de su enfermedad. Asimismo, de la lectura de este auto resulta que ya en la resolución dictada en primera instancia se había declarado procedente el desamparo y, por tanto, correctamente asumida la tutela por la Administración, pero se había establecido que la Administración había de informar al juzgado cada semestre sobre el estado de la situación y la evolución del menor. Por tanto, se establece un control judicial de la actuación administrativa con el fin de realizar un seguimiento de la evolución del menor.

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO V

PROTECCIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO Y ABANDONO EN ESPAÑA Y EN ITALIA.....375

V.1 EL FENÓMENO MIGRATORIO DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO
ACOMPAÑADOS EN LA UNIÓN EUROPEA.....375

V.2 LOS MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN ESPAÑA.....382

V.2.1 Causas, características y motivaciones de los MINA.....382

*V.2.2 Derechos de los menores inmigrantes no acompañados y
normativa de protección aplicable.....391*

*V.2.3 Represión de la inmigración ilegal vs. protección del menor
extranjero.....401*

*V.2.4 La determinación de la minoría de edad del menor extranjero no
acompañado.....406*

*V.2.4.1 Pruebas para la estimación de la edad: problemas técnicos y
jurídicos que presentan.....418*

*V.2.5 La declaración de desamparo del menor extranjero no
acompañado y la adaptación de las medidas protectoras a su
situación.....432*

*V.2.6 La decisión gubernativa sobre la repatriación o permanencia de
los MINA.....447*

*V.2.6.1 Investigación de las circunstancias personales y socio-familiares del
menor como base de la decisión.....450*

*V.2.6.2 Criterios de decisión para determinar el retorno o permanencia del
menor en España.....463*

*V.2.6.3 El derecho del menor a ser oído en el procedimiento en el que se
decidirá su repatriación o permanencia en España.....470*

V.2.6.4 Consecuencias de la decisión de repatriación o permanencia	479
V.2.7 <i>Precedentes y justificación de los Convenios relativos a menores extranjeros no acompañados. Datos cuantitativos de la repatriación de menores.</i>	483
V.2.7.1 Acuerdo hispano marroquí sobre cooperación en el ámbito del «retorno concertado» de menores.	497
V.2.7.2 Acuerdo entre España y Senegal sobre cooperación en el ámbito de los menores inmigrantes no acompañados.	504
V.2.7.3 Acuerdo entre España y Rumanía sobre cooperación en el ámbito de menores inmigrantes no acompañados.	507
V.2.8 <i>Integración de los MINA a través de las medidas de protección</i>	508
V.3 LOS MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN ITALIA.	517
V.3.1 <i>La realidad italiana de los menores inmigrantes y las fuentes legislativas</i>	517
V.3.2 <i>Actuaciones de protección</i>	537
V.3.3 <i>Tutela, actuaciones sobre la patria potestad y acogimiento del menor extranjero no acompañado y en situación de abandono.</i>	544
V.3.4 <i>El menor extranjero no acompañado y la normativa en materia de extranjería.</i>	561
V.3.4.1 El Comité para los menores extranjeros.	562
V.3.4.2 Permanencia en Italia del menor y situación al cumplimiento de la mayor edad.	565
V.3.4.3 Los menores acogidos «de hecho» por parientes dentro del cuarto grado.	577
V.3.4.4 Permanencia o repatriación asistida.	588
CONCLUSIONES.	611
BIBLIOGRAFÍA.	637

V. PROTECCIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO Y ABANDONO EN ESPAÑA Y EN ITALIA

V.1 El fenómeno migratorio de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea

La inmigración, un fenómeno que ha acompañado al ser humano desde sus orígenes y que sólo a partir del siglo XX se viene considerando un “problema” (por parte, fundamentalmente, de los países receptores de inmigrantes⁴⁴⁹), ya no es un proyecto exclusivamente de adultos. Un nuevo fenómeno migratorio se está

⁴⁴⁹ En este trabajo nos referimos a la inmigración como fenómeno social que, como cualquier otro, presenta aspectos positivos y negativos. En España, la errónea cobertura mediática del fenómeno migratorio, así como prejuicios y otros factores, llevan a percepciones equivocadas de la inmigración por parte de los ciudadanos españoles. Así, se realiza un énfasis continuo de la inmigración irregular en “patera”, mientras que la inmensa mayoría de los inmigrantes irregulares existentes en España son antiguos turistas que entraron legalmente cruzando las fronteras en los distintos aeropuertos. Esto provoca situaciones tan curiosas como la reflejada en el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), que en abril de 2006 situaba la inmigración como el segundo mayor problema de España (para un 29,8% de los encuestados, sólo superada por el paro con un 49,7%), mientras que, a nivel personal, sólo afectaba a un 9,7% de la población, ocupando un discreto sexto lugar (*vid.* en www.cis.es).

No cabe duda de que para quién representa realmente un problema y una tragedia la inmigración es para el país de origen, que no es capaz de ofrecer suficientes oportunidades a su población, lo que motiva que muchos de sus ciudadanos y, en la mayoría de ocasiones, los mejor preparados, se vean forzados a emigrar como única opción para tener acceso a una calidad de vida mayor para sí y para su familia, con la pérdida enorme de capital humano que ello supone para los países subdesarrollados o en vías de desarrollo.

produciendo en Europa, el fenómeno de la inmigración irregular de menores de edad –niños y niñas, jóvenes y adolescentes– solos, sin sus familias. Esta situación, existente en toda Europa desde hace años, se ve agudizada en algunos casos por la cercanía entre los países receptores y los países de origen de los menores inmigrantes, es el caso de Italia con los menores albaneses o de España con los marroquíes, donde ha tomado relevancia sobre todo a partir de la segunda mitad de los 90.

El MEINA (menor extranjero inmigrante no acompañado) en el Derecho comunitario se define como «el menor de dieciocho años que llega al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable del mismo, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, y mientras no esté efectivamente bajo el cuidado de tal adulto responsable de él» (Directivas 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003⁴⁵⁰ y la Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de julio de 200⁴⁵¹). En este concepto se incluye también «a los menores que dejan de estar acompañados después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros».

⁴⁵⁰ Diario Oficial L 031 de 06/02/2003, p.18, Directiva por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, art. 2.h)

⁴⁵¹ DO L 212 de 07/08/2001, p. 12, Directiva relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, art. 2.f).

Ambas definiciones tienen su origen en la Resolución del Consejo 97/C 221/03, de 26 de junio 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros⁴⁵², aunque esta no incluía los menores que se quedan solos después de entrar en territorio de la Unión.

A grandes rasgos, son tres las situaciones en que pueden encontrarse estos menores extranjeros inmigrantes no acompañados una vez en territorio de la Unión: en primer lugar están los que son introducidos en territorio comunitario por mafias de tráfico de personas que en muchas ocasiones les conduce a situaciones de cuasi esclavitud, abusos y explotación sexual y de todo tipo⁴⁵³. En situación distinta están los menores que ya vivían en situación de riesgo o desamparo en sus países de origen, sin una familia de referencia, que terminan viviendo en la calle y manteniéndose cometiendo pequeños delitos⁴⁵⁴. El tercer grupo, desgraciadamente el más limitado, sería el formado por los

⁴⁵² Diario Oficial C 221 de 19/07/1997, pp. 23-27.

⁴⁵³ Vid. ROCA AGAPITO, L., «Algunas consideraciones sobre la prostitución y la pornografía», *La Ley*, núm. 3, 2002, pp. 1779-1785; LÓPEZ CERVILLA, J.M^a, «Tráfico ilícito de personas. La reforma del artículo 318 bis del Código Penal», *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, 2004 (1977) pp. 5-38, y «Tráfico ilícito de personas. La reforma del artículo 318 bis del Código Penal (y II)», *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, 2004 (1978), pp. 5-36; OLIVER DE JULIÁN, J.M., «El tráfico de migrantes y la trata de personas. Problemas e intentos de solución», en *Anales de Derecho, Colección Huarte de San Juan*, núm. 3, 2002, pp. 139-156.

⁴⁵⁴ Vid. MARTÍNEZ, D., «Los “niños de la calle” en Ceuta», *Rev. Página Abierta*, núm. 119, 2001, pp. 4-7; JIMÉNEZ ÁLVAREZ, M., «Los niños en la calle en la medina de Tánger y los menores inmigrantes marroquíes indocumentados solos en Andalucía», *Rev. Ofrim*, núm. 3, 1999, pp. 165-181.

menores que consiguen insertarse en la sociedad a través de los sistemas de protección de la infancia y regularizar su situación administrativa⁴⁵⁵.

Los menores no son un grupo homogéneo en cuanto a sus motivaciones y su situación, aunque la mayoría viene a Europa con marcadas expectativas laborales. Este es el origen de su problemática social y jurídica. Mientras que en su país viven, se comportan y son tratados como adultos, se encuentran un sistema que los trata como niños, protegiéndolos desde una óptica que no es la suya, y que de hecho impide la realización de su proyecto migratorio, conducente más a la mejora de su situación económica y la de su familia que a la de mejorar su formación o su salud.

Su situación también es muy compleja desde el punto de vista del derecho, aún dentro del usualmente malparado colectivo de los inmigrantes, puesto que los MINA plantean una particular dialéctica por su doble condición: la de inmigrantes irregulares – con la restricción de derechos que esta situación conlleva–, por un lado, y su condición de menores de edad, que les garantiza una protección que no siempre coincide con la ayuda que ellos desean o necesitan, por otro.

Los menores no acompañados para GARATTO –Presidente de la Coordinadora Europea a favor del Derecho de los

⁴⁵⁵ Vid. BEL ADELL, C. y DÍAZ AGUILERA, J., «La inserción sociolaboral de los menores inmigrantes», *Anales de Historia Contemporánea*, n. 19, 2003, pp. 187-211.

Extranjeros a Vivir en Familia—, son niños y adolescentes (chicos y chicas) que viven dentro del territorio de un país de la Unión Europea, cuyos padres (o tutor legal) viven en un país distinto.

Llegan a los países más desarrollados de la Unión Europea procedentes de Europa Oriental y los Balcanes (Albania, Rumania, Federación Rusa, ex–Yugoslavia), Oriente Medio (Irán, Iraq y Turquía), África (Argelia, Angola, Marruecos, Burundi, Nigeria, República Democrática del Congo, Eritrea, Etiopía, Guinea, Uganda, Sierra Leona, Somalia y Sudán) y Asia (sobre todo Afganistán, China, Sri Lanka y Vietnam).

La gran mayoría de los chicos y chicas huyen de una situación socioeconómica de pobreza y miseria, huyen de situaciones de guerra o de rivalidad política y social, muchos son potenciales solicitantes de asilo. La mayor parte de estos menores entran de manera irregular en algún país de la Unión Europea arriesgando su vida y su integridad física⁴⁵⁶, y su número, lejos de decrecer, va en aumento.

En principio, ante esta situación, las instituciones públicas y privadas intervienen principalmente por dos motivos: porque estos menores pueden ser solicitantes de asilo y potenciales refugiados, y porque son menores de edad. No todos los menores pueden ser solicitantes de asilo político. Esta diferencia es importante porque

⁴⁵⁶ GARATTO, G., *Reflexión sobre aspectos sociopolíticos*. En: Actas del Seminario Europeo sobre Menores Extranjeros No Acompañados, Unión de Asociaciones Familiares. Madrid, 30 de noviembre y 1 de diciembre. 2001. Pág 125-126.

en los países del norte y del centro de Europa (como Alemania, Suecia o Bélgica) es más frecuente que estos menores puedan ser solicitantes de asilo que en los países del sur (como España, Italia o Grecia), donde la regulación jurídica del derecho de asilo es más estricta, y por tanto son menos los que acceden a la condición de asilado o refugiado.

Dentro del proyecto «Niños No Acompañados en Europa»⁴⁵⁷ llevado a cabo por la Alianza *Save the Children*⁴⁵⁸ y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), se realizó en 2004 una Declaración de Buena Práctica. Dicha Declaración pretende recoger las políticas y prácticas para la protección de los derechos de los menores no acompañados en Europa. Se establece en ella una diferencia entre los menores que pueden solicitar asilo a causa de conflictos armados en su país o ante el riesgo de ser víctimas de tráfico sexual, y los menores que escapen de una situación económica grave.

⁴⁵⁷ El Programa de Menores no acompañados en Europa cuenta con socios en los siguientes países europeos: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Suecia y Suiza.

⁴⁵⁸ La Alianza Internacional *Save the Children* vela por el pleno respeto y la aplicación de los derechos de todos los niños. El objetivo del programa consiste en la defensa y en la aplicación de los derechos y del interés superior de menores no acompañados que hayan llegado a Europa o procedentes de Europa, a través de la definición de políticas comunes y del cumplimiento de buenas prácticas a nivel nacional y europeo. Como parte integral de ese proceso, el programa desarrolla mecanismos de cooperación con otras organizaciones que trabajan con menores no acompañados en países europeos y que colaboren, además, con las instituciones europeas. La Declaración de Buenas Prácticas marca los principios y las bases concretas para el desarrollo del programa.

La Declaración de Buena Práctica, define a los menores inmigrantes no acompañados como «niños, menores de 18 años, que se encuentran fuera de su país de origen, separados de su padre y de su madre o de su anterior principal tutor legal/habitual»⁴⁵⁹. Considera también incluidos en la definición a aquellos menores que no se encuentran completamente solos, puesto que en ocasiones pueden estar viviendo con parientes lejanos, pero alejados de sus padres o representantes legales naturales⁴⁶⁰. Todos esos menores tienen consideración de menores no acompañados y gozarán, como tales, de protección internacional al amparo de una serie de acuerdos internacionales y regionales.

El Consejo de Europa, en su Resolución de 26 de junio de 1997 relativa a los Menores no Acompañados Nacionales de Terceros Países (97/C 221/03), los define como: «*Niños y adolescentes menores de dieciocho años, nacionales de terceros países, que se encuentran en el país receptor sin la protección de un familiar o adulto responsable que habitualmente se hace cargo*

⁴⁵⁹ ACNUR y SAVE THE CHILDREN, Programa de menores no acompañados en Europa. Declaración de Buenas Prácticas, 2004, 3ª Ed., p. 2.

⁴⁶⁰ El Programa de Menores no acompañados en Europa en su versión original en inglés prefiere utilizar el término de menores «separated» (separados), en lugar de «unaccompanied» [no acompañados], ya que define mejor el principal problema que están afrontando esos menores, es decir, se encuentran sin los cuidados y la protección de sus padres o de su tutor legal y, como consecuencia, sufren, a nivel social y psicológico, los efectos de esa separación. Aunque algunos menores «separados» parecen llegar «acompañados» a Europa, los adultos que les acompañan no son necesariamente los apropiados o capaces de asumir la responsabilidad de cuidar de ese menor.

de su cuidado, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres».

En todas estas definiciones podemos destacar la generalización de la edad de los dieciocho años como edad límite para la consideración de una persona como menor no acompañado, evitando referirse a la edad que determine la legislación nacional del país de origen del menor a los efectos de considerarlo mayor o menor de edad. Esto no impide que pueda otorgarse una protección más amplia por la legislación del Estado de acogida, mediante la remisión a la legislación nacional del menor para la determinación de su edad, aunque tal medida conlleva grandes dificultades como son la falta de conocimiento por la Administración de la legislación interna de gran número de países, la dificultad para alegar dicha legislación por parte del supuesto menor, los problemas de identificación de la procedencia del menor, etc.

V.2 Los menores inmigrantes no acompañados en España

V.2.1 Causas, características y motivaciones de los MINA

Dentro de este fenómeno global y comunitario nos centramos ahora en España. La presencia de los menores inmigrantes no acompañados no es en absoluto un fenómeno

específicamente español, ni tampoco una realidad sólo presente en algunos estados, sino que estamos ante un hecho europeo, una realidad presente en el conjunto de la Unión Europea, si bien más o menos relevante dependiendo de la situación socioeconómica y geográfica de cada país y con procesos y circunstancias muy diferenciados. Nos encontramos pues ante un nuevo fenómeno migratorio, y un complicado reto para el Derecho.

A partir de los años 1995 y 1996 empieza a darse una presencia de menores marroquíes no acompañados en los sistemas de protección de menores, siendo durante los años 1997, 1998, 1999 y 2000 cuando este fenómeno se generaliza en todo el estado español, llegando a una cifra en torno a los 2.000 menores acogidos. Hemos de tener en cuenta que la magnitud de este colectivo se mide en número de menores acogidos en recursos de protección, y que puede haber, y de hecho hay, menores en la calle que nunca han tenido contacto con las instituciones de protección o que tras un tiempo en una de ellas se han escapado y viven ajenos al amparo proporcionado por las mismas.

Las Comunidades Autónomas donde existe un mayor número de menores marroquíes acogidos son Madrid, Cataluña, Andalucía⁴⁶¹, Islas Canarias y las Ciudades Autónomas de Ceuta

⁴⁶¹ En Andalucía hasta el año 2002 el número de MINA acogidos en Centros de Protección andaluces fue en constante incremento. Tras un leve descenso en los años 2003 y 2004, volvió a crecer de manera muy importante en 2005, alcanzando la cifra de 1837 nuevos ingresos, equiparable al número de menores acogidos en toda España en el año 2000 (Observatorio de la Infancia en Andalucía (OIA), *Estado de la Infancia y la*

y Melilla⁴⁶². Podemos añadir Murcia, Valencia y País Vasco, donde a partir del año 2000 este fenómeno ha empezado a ser significativo.

El colectivo MINA no tiene un perfil homogéneo, siendo la movilidad la característica central. Los menores tienen unas motivaciones y características variadas, aunque podemos apuntar que la mayoría tiene claras expectativas laborales. La especificidad de este colectivo provoca un choque jurídico por su doble condición de inmigrantes y de menores de edad. Por una parte son sujetos de derechos y merecedores de las medidas de protección dirigidas a la infancia en desamparo establecidas por la legislación de cada país, por otra parte son inmigrantes que han entrado de forma irregular y la legislación es restrictiva en cuanto a sus derechos fundamentales. Dos lógicas que sin duda se oponen y que en muchas ocasiones son irreconciliables.

Adolescencia en Andalucía. Resumen del cuaderno "inmigración", 2006, p. 3, consultable también en la web del OIA: www.juntadeandalucia.es/observatoriodelainfancia/OIA/esp/index.aspx.

⁴⁶² Estas dos ciudades autónomas, por su situación geográfica en el continente africano y por el hecho de ser ciudades pequeñas (Ceuta tiene en torno a los 75.000 habitantes y Melilla 68.000) son las que mayores problemas tienen a la hora de dar respuesta al fenómeno de los menores inmigrantes no acompañados. El gasto que supone la acogida de menores se viene incrementando constantemente hasta el punto de que el 6 de mayo de 2002, el ejecutivo de Melilla comunicó a la Administración central su decisión de negar el derecho de desamparo y acogimiento a estos menores y su intención de negociar su renuncia a la competencia que le corresponde sobre estos niños. Ceuta se unió a esta iniciativa que finalmente se retiró a cambio de mayor dotación económica. Según datos de la Consejería de Bienestar Social de Melilla, el gasto real en esta materia fue cuatro veces mayor que la dotación presupuestaria (de 1,5 millones de euros) pactada con el gobierno central cuando se transfirieron las competencias sobre menores (Vid. BERMÚDEZ GONZÁLEZ, M^a.M., *Los MINA: niños de la calle en la España del siglo XXI*, Ediciones Témpera, Madrid, 2004, pp. 46, 47.

Los menores emigran sin familia, de manera irregular y se encuentran en el territorio europeo sin representación legal y en situación de desamparo. No ofrece dudas el hecho de que las medidas de protección existentes en nuestro ordenamiento jurídico son también extensibles a estos menores, aunque veremos que no siempre ocurre de esta manera.

Vamos a analizar la situación jurídica de los menores inmigrantes que entran ilegalmente en nuestro país, sin compañía de su familia, que no tienen residencia fija y vagan por las calles de las grandes ciudades, sin escolarización, sin pertenecer ni querer residir en muchos casos en un centro de acogida de menores, de forma que su desprotección es absoluta, encontrándose en disposición de caer con facilidad en manos de redes mafiosas o encontrando como única salida para su subsistencia diaria la delincuencia a pequeña escala.

Marruecos es el principal país de procedencia de los jóvenes y adolescentes que llegan a España, y su proximidad provoca que el flujo de menores inmigrantes sea mayor en España que en otros países de la Unión Europea, debido a la facilidad de paso (pese a los férreos controles) que tienen los menores marroquíes a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

Esto no es de extrañar para MURILLAS ESCUDERO⁴⁶³, si consideramos, entre otros factores, la juventud de la población

⁴⁶³ MURILLAS ESCUDERO, J.M., «Aspectos jurídicos de protección al menor inmigrante», Revista Jurídica Española La Ley, 7, 2002, p. 1814.

marroquí –dos tercios son menores de 20 años-, la alta natalidad – de 3 a 4 hijos por mujer-, el alto índice de paro juvenil –superior al 25%–, el índice de analfabetismo –que alcanza al 65% de la población–, y añadimos a esto que un tercio de la población vive por debajo del umbral de la pobreza y que existe un reparto profundamente desigual de la riqueza⁴⁶⁴.

Si además tenemos en cuenta que el 40% de los menores de 5 a 15 años están sin escolarizar, tenemos un cóctel de circunstancias que abocan a que los menores, cada vez a edades más tempranas, se vean empujados a la inmigración; esta situación estructural de pobreza y miseria en su país provoca que cada vez sea mayor el número de menores que pasan a España en condiciones de miseria y desamparo total. Por idénticos motivos, también es cada vez más común la presencia de menores subsaharianos en los conocidos “cayucos” (anteriormente pateras), que llegan a las costas de la península y especialmente a las de las islas Canarias.

Dentro del colectivo de menores inmigrantes podemos diferenciar un grupo de menores entre 14 y 18 años que tienen un programa migratorio claramente predeterminado. Su objetivo es trabajar, vienen a España para insertarse en el mercado laboral y

⁴⁶⁴ Existe una fuerte diferencia entre Marruecos y España en cuanto al bienestar de la infancia. Así, el informe sobre el «Estado mundial de la Infancia 2002» del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), refleja una mortalidad entre los niños de menos de 5 años de 43 por cada mil en Marruecos, mientras que en España es de 6 por cada mil niños (pág. 109 del informe). La diferencia del Ingreso Nacional Bruto *per capita* también es muy acusada: 1190 dólares en Marruecos y 14.430 de España (vid. pp. 111 y 112 del informe).

de este modo ayudar a su familia de origen, ganar dinero y enviarlo a su país. Se concentran generalmente en las grandes ciudades y encuentran serias dificultades para poder trabajar; por eso, cuando son atendidos por las instituciones de atención y protección de menores surgen problemas, ya que estos menores ven esta situación como una reclusión forzosa que frustra sus planes de trabajo en España.

No podemos olvidar que dichos menores en su sociedad son tratados como adultos, y no entienden ni quieren en muchos casos el sistema proteccionista que se les ofrece. Su familia en un gran número de casos se preocupa por ellos, es consciente y ha consentido e incluso auspiciado la aventura migratoria, por lo que no los reclama. Se agrava por tanto la situación de estos menores inmigrantes, que ante la imposibilidad de acceder al mercado de trabajo, dada su situación de indocumentación, irregularidad administrativa y/o minoridad (cuando no han cumplido aún la edad mínima exigida en España de 16 años para poder desempeñar una actividad laboral), se ven conducidos de manera inexorable a trabajar en la economía sumergida en situaciones de total explotación.

Un segundo grupo de menores inmigrantes que se puede identificar son aquellos denominados «de la calle». No provienen de un núcleo familiar más o menos estable, sino que están acostumbrados a vivir en la calle porque ya lo hacían en su país

de origen, y tienen una edad entre los 9 y 17 años⁴⁶⁵. En su país vivían de la mendicidad, la picaresca o pequeños delitos, y al llegar a España su situación se presta a que continúen con este tipo de actividades, con el agravante de verse envueltos con facilidad en redes mafiosas que los utilizan en diversos sentidos, teniendo en cuenta su alto grado de impunidad cuando cometen algún tipo de delito. Estos menores se acostumbran a comportamientos violentos y suelen tener problemas de conducta, por lo que resulta imprescindible ayudarlos a salir de esa situación que supone eliminar de raíz cualquier posibilidad de futuro para ellos, antes de que se puedan ver envueltos en delitos graves, fomentando en la sociedad un comportamiento de racismo y xenofobia hacia los inmigrantes en general.

El tratamiento de este colectivo de menores por parte de las instituciones resulta especialmente complicado; se encuentran en situación clara de riesgo o desamparo, sin ningún nexo familiar ni en nuestro país ni en muchos casos en el suyo propio, con

⁴⁶⁵ HUESO MAROTO, sitúa el origen del fenómeno de los «niños de la calle» en Marruecos desde 1980, motivado por el éxodo hacia las ciudades industrializadas del norte. Muchas familias, huyendo de la pobreza extrema de la vida en el campo, se trasladan a la ciudad que ven como el símbolo del progreso y del desarrollo económico más inmediato. Sin embargo, la vida en la ciudad no resuelve la precaria economía familiar. Se instalan en la periferia en miserables construcciones de chapa de una sola habitación, en la que suelen convivir cinco o más miembros de la misma familia. La fragilidad de la economía familiar junto con el reducido espacio de la vivienda, empuja al niño a partir de los 10 años a abandonar el colegio y buscar cualquier empleo (HUESO MAROTO, A., «ATIME y su experiencia en el campo de la intervención social con menores extranjeros no acompañados», en *Menores extranjeros no acompañados*. Ponencias del Seminario Europeo desarrollado por UNAF –Unión de Asociaciones Familiares–, en Madrid, los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2001, UNAF, Madrid, 2001, pp. 85-86)

desconocimiento del idioma, de las costumbres y acostumbrados a vivir como adultos en su sociedad de origen. Incluso en aquellos casos en que tienen en su país una unidad familiar estructurada, lo ocultan de forma deliberada, al igual que ocultan o cambian su identidad y su lugar de estancia frecuentemente para conseguir permanecer en España.

Se trata en general de menores desarraigados y con dificultades de integración ya en su sociedad de origen, y consecuentemente mucho más en el nuestro. Su común denominador es la falta de escolarización allí y aquí, lo que dificulta enormemente el aplicarles cualquier régimen de protección, puesto que no solicitan asilo ni quieren en modo alguno regresar a su país, siendo su única aspiración permanecer en la calle. Las dificultades mencionadas respecto a otros colectivos de menores inmigrantes no acompañados aquí se incrementan, porque existe un desconocimiento sobre ellos incluso en su país de origen, sus circunstancias familiares y del entorno del que proceden, y estos hechos impiden su repatriación, pues ante todo debe primar el interés del menor y en estos casos devolverlos con las necesarias garantías a su país es una tarea casi imposible, y los problemas que plantea su permanencia en España no son menores.

Otra distinción que se establece entre los menores extranjeros no acompañados atiende a su situación legal.

RODRÍGUEZ HOYOS⁴⁶⁶ distingue entre los menores que solicitan asilo, que persiguen igualmente conseguir documentación y trabajo, iniciándose el expediente con los datos que ellos mismos dan, pero cuyos expedientes no se suelen impulsar debidamente, por lo que su tramitación se eterniza y falta un seguimiento de los mismos. El otro grupo al que se refiere este autor serían los menores que no solicitan asilo y que bajo ningún concepto quieren regresar a su país, cambiando continuamente en la edad y nombre que facilitan a las autoridades para evitar ser identificados y que rechazan cualquier forma de protección como la que se presta por las distintas Comunidades Autónomas.

Igualmente, un porcentaje importante de los MINA se caracteriza por sus constantes entradas y salidas de los centros de protección. Son frecuentes las huidas de tales centros, y estos menores se mueven a menudo por las distintas Comunidades Autónomas, pasan por diversas instituciones, e incluso en ocasiones salen y entran más de una vez en el país, aunque parezca imposible por las condiciones en las que lo hacen. Se convierten en grandes conocedores del sistema, usándolo según les interesa.

⁴⁶⁶ RODRÍGUEZ HOYOS, P., «Menores extranjeros no acompañados», en *Aspectos jurídicos de la protección del menor*, SÁEZ HIDALGO, I. (coord.), Junta de Castilla y León, León, 2001, pp. 282-283.

V.2.2 *Derechos de los menores inmigrantes no acompañados y normativa de protección aplicable*

Los menores inmigrantes tienen derecho a la protección pública en igualdad con los menores españoles. Su protección deriva, en primer lugar, de la propia Constitución española de 1978, cuyo artículo 39, apartado 4, dispone: «*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*». Esta referencia a los menores, en la que nuestra Constitución se encuentra entre las pioneras⁴⁶⁷, marca una nueva tendencia en los textos constitucionales más recientes, como la Constitución federal de la Confederación suiza, en vigor desde el 1 de enero de 2000, que considera a los menores como un sector de la ciudadanía especialmente vulnerable y necesitado de una especial atención⁴⁶⁸.

Respecto del alcance de este precepto de nuestra Constitución, que juega como cláusula de integración o aceptación del Derecho internacional referido a los menores en el derecho

⁴⁶⁷ El hecho de que se cite y proteja expresamente a los menores en nuestra Constitución constituye una auténtica novedad que sólo se encuentra en constituciones elaboradas en las últimas décadas, como son la portuguesa de 1976 o la polaca (STERN, K. «La influencia de la Ley Fundamental de Bonn sobre las constituciones extranjeras», Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, núm. 25, Valencia, 1998, pp. 5-29.

⁴⁶⁸ SÁNCHEZ FERRIZ y GARCÍA SORIANO destacan el hincapié que realiza la Constitución suiza en la formación de los niños y jóvenes como personas socialmente responsables, adoptando de este modo un nuevo y necesario enfoque en que los menores, además de ser sujetos de derechos, también lo son de deberes (SÁNCHEZ FERRER, R., y GARCÍA SORIANO, M.V., *Suiza, sistema político y constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002, p. 36.

interno, se plantea la disyuntiva por la doctrina de si debe entenderse su enunciado como referido únicamente a los tratados internacionales ratificados por España o si puede admitirse una interpretación más amplia, referida a todos aquellos tratados internacionales que versen sobre protección de menores en mayor o menor medida. En principio la conclusión correcta sería el primer planteamiento, si interpretamos conjuntamente el art. 39.4 y el art. 96.1 CE⁴⁶⁹.

En opinión de algunos autores, como ÁLVAREZ VÉLEZ⁴⁷⁰, el apartado 4 del artículo 39 CE resulta superfluo en cuanto ya el art. 96.1 establece que todos los tratados internacionales celebrados válidamente son aplicables en el ordenamiento interno español una vez publicados en el Boletín Oficial del Estado. Sin embargo, en nuestra opinión, la especial protección constitucional de los niños que supone el art. 39.4 CE y la llamada de atención que realiza al fundamental papel que deben desarrollar los acuerdos internacionales justifica sobradamente su inclusión.

En materia de protección a la infancia se intensifica la protección de los derechos, y la Constitución no diferencia entre menores españoles y extranjeros, puesto que los textos

⁴⁶⁹ El Art. 96.1 CE dispone: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional».

⁴⁷⁰ ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1995, p. 155.

internacionales relativos a los derechos de los menores expresamente impiden la posibilidad de que se produzca ningún tipo de discriminación. Tampoco permiten estos textos las producidas en razón de la nacionalidad⁴⁷¹, que es la circunstancia introducida como elemento diferenciador o discriminador en la legislación de extranjería⁴⁷².

La remisión de la CE a los tratados internacionales en lo relativo a la protección de la infancia, supone que a raíz de la ratificación por España de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN) por instrumento de 30 de noviembre de 1990⁴⁷³, que la Convención se convierta obligatoriamente en un texto normativo necesariamente válido como referencia en el campo de los derechos fundamentales de los niños. No obstante, hemos de puntualizar que las peculiares características de nuestra Constitución, marcadamente progresista y muy pródiga en derechos sociales, hacen que ésta ya recogiese

⁴⁷¹ Así, el art. 2 de la CDN establece que los Derechos del niño se aplicarán a todos los niños sin discriminación alguna, mencionando entre los motivos de discriminación la nacionalidad.

⁴⁷² La Constitución española, en su artículo 14, proclama la igualdad ante la Ley únicamente de «*los españoles*». Respecto de los extranjeros, el art. 3 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (reformada por las Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003 y 14/2003), se limita a decir que «*Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles*», permitiendo un trato diferenciado a los extranjeros respecto de los españoles, siempre que no nos encontremos ante derechos fundamentales que pertenecen a toda persona por su condición de tal.

⁴⁷³ BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990.

en su articulado, si bien de forma genérica, muchos de los derechos enunciados en la CDN.

Este texto jurídico destaca por su brevedad y simplicidad. Consta de diez principios, siete de ellos podríamos considerarlos derechos fundamentales del menor⁴⁷⁴ y los tres restantes responderían a medidas de protección a la infancia, que en realidad son previsiones de reacción frente a posibles vulneraciones de los derechos antes reconocidos. Así, destaca la primacía del niño a la hora de recibir protección o socorro, la protección del niño frente a la explotación, el abandono o el trato cruel⁴⁷⁵, y la protección frente a la discriminación racial, religiosa o de otra índole.

En lo relativo a la inmigración el art. 8 de la CDN prevé el derecho de todo niño a preservar su identidad, esto es, no sólo a

⁴⁷⁴ Los derechos recogidos en la CDN, los resumimos del siguiente modo: 1. «El niño disfrutará de todos los derechos reconocidos en la Declaración». Es evidente que al niño se le asigna una posición jurídica muy relevante, al ser sujeto de derechos, y por ello determinante de su propio destino.- 2. Se establece el derecho de obtener «oportunidades y servicios» en orden a su desarrollo físico, mental, moral e intelectual, reconociendo el principio que han de asumir las legislaciones de proteger el «interés superior del menor».- 3. Derecho a un nombre y a una nacionalidad.- 4. Derecho a la Seguridad Social, y a crecer y desarrollarse con buena salud.- 5. Derecho del niño física o mentalmente impedido a obtener servicios y prestaciones, entre ellos tratamiento médico, educación y cuidados especiales.- 6. Derecho a unas relaciones familiares y a crecer y desarrollarse en un ambiente de afecto. Se establece expresamente el principio de primar la convivencia del niño con su madre, tolerándose su separación sólo en supuestos excepcionales.- 7. Derecho a la educación, juego y recreo.

⁴⁷⁵ Se alude expresamente a una edad mínima por debajo de la cual no sería tolerable que el niño trabajase. También en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales fundamentales de los trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, se establece que la edad mínima para trabajar no debe ser inferior a la edad en que cese el período de escolaridad obligatoria, y en ningún caso inferior a los 15 años, además la duración del trabajo de los menores de 18 años deberá ser limitada y el trabajo nocturno prohibido, salvo aquellos empleos determinados por las legislaciones o reglamentaciones nacionales.

tener un nombre, una nacionalidad y a conocer su procedencia, sino que obliga a las autoridades de los Estados que la suscribieron a utilizar todos los medios que estén a su alcance para que el niño no pierda dicha identidad. En el caso de menores extranjeros dicho derecho se concreta en la obligación que tienen las autoridades españolas de reconocer al menor extranjero a través de su propio nombre, edad, nacionalidad, procedencia, origen, cultura, así como otros rasgos conformadores de su personalidad.

El reconocimiento de este derecho es especialmente significativo cuando se trata de menores extranjeros que llegan solos al territorio nacional, sin ninguna documentación, a través de la cual pueda conocerse tales rasgos individualizadores de su personalidad. Tal identificación no significa sólo documentar al menor, esto es, otorgarle los «papeles» necesarios para estar identificado y regularizar su presencia en territorio español, sino a utilizar todos los medios necesarios para conocer su procedencia. Este derecho obliga a documentar al menor en cualquier caso.

Por otro lado, tal como se deduce de los artículos 9 y 20 de la CDN, todo niño tiene derecho a ser atendido y cuidado, con independencia de que no sean protegidos en sus países de procedencia. Por tanto, las autoridades españolas tienen la obligación negativa de no adoptar ninguna medida que pueda poner en peligro su integridad física o moral y la obligación positiva

de adoptar las medidas necesarias para su adecuada protección y promoción de sus derechos.

Por último, conforme a la CDN, al niño también le corresponden determinados derechos de prestación social, que si bien pueden tener algunas restricciones en referencia a los extranjeros adultos, no las tienen cuando se trata de su disfrute por los menores de edad. Por tanto, el derecho a la asistencia sanitaria y a la educación corresponde en todo caso a los menores extranjeros en condiciones de igualdad con los nacionales, con independencia de su situación regular o no en España. Así lo disponen los artículos 9.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero de 2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España (LOEXIS)⁴⁷⁶, respecto del derecho a la educación⁴⁷⁷, y el art. 12.3, en cuanto a la asistencia sanitaria⁴⁷⁸. Esta asistencia

⁴⁷⁶ Publicada en el BOE de 12 enero de 2000 (corrección de errores BOE de 24 enero), y modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 diciembre, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 307 de 23 diciembre de 2000), por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE núm. 234, de 30 de septiembre), y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (BOE núm. 279, de 21 de noviembre).

⁴⁷⁷ El artículo 9 de la LOEXIS 1 dispone que: «Todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas. 2. En el caso de la educación infantil, que tiene carácter voluntario, las Administraciones públicas garantizarán la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite».

⁴⁷⁸ Art. 12. Asistencia Sanitaria. «3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles».

sanitaria se aplica también al nasciturus, pues el apartado 4 del art. 12 LOEXIS otorga a las extranjeras embarazadas que se encuentren en España el derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto, independientemente de su situación administrativa.

En el ámbito comunitario ya hemos hecho referencia a la Resolución del Consejo de la Unión de 26 de junio de 1997 sobre menores no acompañados procedentes de terceros países, que se refiere a los nacionales de terceros Estados de menos de dieciocho años de edad que entren en el territorio de los Estados miembros sin ir acompañados por un adulto responsable de ellos⁴⁷⁹.

Contempla dicha Resolución la posibilidad de negar en la frontera el acceso a su territorio a menores no acompañados cuando éstos no estén en posesión de los documentos y autorizaciones exigidas⁴⁸⁰. No obstante, en el caso de menores no acompañados que soliciten asilo, prevé la aplicación de la

No debemos olvidar que este derecho no corresponde a todos los inmigrantes, sólo aquellos inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente tendrán derecho a la asistencia sanitaria completa en igualdad de condiciones con los españoles, mientras que aquellos en situación administrativa irregular y no inscritos en el padrón sólo pueden acceder a la asistencia pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o cuando sufran accidentes graves.

⁴⁷⁹ Su artículo 1 también define como menores «no acompañados» a efectos de la aplicación de la Resolución, a los menores nacionales de países terceros que, después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos.

⁴⁸⁰ A este respecto, la resolución impele a los Estados miembros a adoptar las medidas adecuadas, con arreglo a su legislación nacional, para impedir la entrada irregular en su territorio de menores no acompañados, así como a la cooperación interestatal en este sentido.

resolución sobre las garantías mínimas de los procedimientos de asilo, entre las cuales se incluye como es sabido el principio de «non refoulement» o «no devolución» de los solicitantes de asilo.

Se otorgan ciertas garantías para aquellos menores no acompañados que, en virtud de leyes nacionales, deban permanecer en la frontera hasta que se decida si se les admite en el territorio o si se ordena su retorno, como la posibilidad de que disfruten de todos los medios materiales y cuidados necesarios para satisfacer sus necesidades esenciales: alimentación, alojamiento adaptado a su edad, instalaciones sanitarias y atención médica.

Otra de las garantías incluidas en las Resolución es la necesidad de tratar de determinar cuanto antes la identidad del menor, así como la circunstancia de que no va acompañado, especificando diferentes medios para la obtención de los datos sobre la identidad y la situación del menor, en particular mediante una entrevista que debería celebrarse lo antes posible y en condiciones adecuadas a su edad.

La Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 prevé que cuando un menor no esté autorizado a prolongar su estancia en un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión sólo podrá devolver el menor a su país de origen o a un tercer país dispuesto a admitirlo si se comprueba que, desde el momento de su llegada, será recibido y pasará a estar a cargo, de forma adecuada y en función de las necesidades de su edad y grado de autonomía, bien de sus padres o de otros adultos que se ocupen de él, bien de

instancias gubernamentales de su país de origen o de terceros países a fin de encontrar una solución duradera adecuada, o bien de organizaciones internacionales como ACNUR o UNICEF, que ya hayan participado activamente en las consultas de los gobiernos sobre directrices para abordar el problema de los menores no acompañados, y cuando sea oportuno, con organizaciones no gubernamentales, para garantizar la acogida y los cuidados debidos en el país al que se devuelva al menor.

En el ámbito comunitario, destaca la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada el 18 de julio de 1992 por Resolución del Parlamento Europeo⁴⁸¹, en la que se recoge la petición expresa del Parlamento Europeo a los Estados miembros para ratificar sin reservas al Convenio de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y la sugerencia a la Comunidad Europea de adhesión al mismo, tan pronto como la hubiesen ratificado todos los Estados que la integran. En su contenido llama la atención la petición de un defensor de los derechos del niño tanto a nivel comunitario como de cada uno de los Estados miembros, y la demanda a la Comisión de propuestas para emprender acciones de política familiar y una Carta Comunitaria de los derechos de los niños. Al mismo tiempo, se afirma un amplio catálogo de derechos de los niños⁴⁸².

⁴⁸¹ DO C 241 de 21/9/1992, pág. 67

⁴⁸² Recoge los derechos a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, el derecho al nombre y a la nacionalidad, a la protección de su identidad, a gozar de unos padres,

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁸³, que fue integrada en el malogrado proyecto de Constitución Europea, y que tras la aprobación del Tratado de Lisboa⁴⁸⁴ se ha convertido en jurídicamente vinculante al mismo nivel que el derecho originario de la Unión, dedica su art. 24 a los derechos del menor, destacando el derecho de los menores a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, su derecho a expresar libremente su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez, la supremacía del interés del menor que debe presidir toda actuación respecto a ellos por autoridades públicas o instituciones privadas, así como el derecho a mantener periódicamente relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.

La Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁴⁸⁵, dedica una mención específica a los derechos de los menores inmigrantes, aunque aquellos derechos que contempla para los menores en general son de completa aplicación también a

personas o instituciones que los sustituyan, a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, a vivir con ellos, a establecerse con su padre o madre en el territorio comunitario y a residir en él, a circular libremente, derecho a la integridad física y moral, a la objeción de conciencia, a la libertad, a la seguridad jurídica, a la libertad de expresión, de conciencia, pensamiento y religión, derecho a gozar de su propia cultura, derecho al ocio, a su vida privada, derecho a la salud, igualdad de oportunidades, derecho a la educación, a la protección contra toda explotación económica y a la protección de su dignidad.

⁴⁸³ DO C 364 de 18/12/2000, pp.1-22. Proclamada solemnemente por el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo en Niza el 7 de diciembre de 2000.

⁴⁸⁴ Aprobado el 13 de diciembre de 2007. DOCE núm. C 306, de 17 de diciembre de 2007.

⁴⁸⁵ BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

los extranjeros, al ser éstos titulares de derechos en condiciones de igualdad con los menores nacionales. La Ley, según lo dispuesto en su artículo 1, incluye en su ámbito de aplicación a «*los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español...*», es decir, a todos los menores sin distinción por razón de nacionalidad, aunque añade una excepción «*salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad*».

Esta última referencia parece particularmente dirigida a los menores inmigrantes y existe cierta polémica respecto de la cual profundizaremos más adelante a cerca de la posible consideración como mayor de edad a los extranjeros menores de dieciocho años.

V.2.3 Represión de la inmigración ilegal vs. protección del menor extranjero

Tanto la minoría de edad como la extranjería constituyen dos condiciones personales con una importante repercusión jurídica. El ordenamiento jurídico atribuye consecuencias jurídicas tanto al hecho de que la persona sea menor como de que sea extranjero, pero entre estas dos situaciones se produce una clara tensión, puesto que en atención a la especial protección que la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico español otorgan a

los menores, independientemente de su nacionalidad u origen, la legislación de extranjería otorga a los menores extranjeros, en particular a aquellos no acompañados por adultos que los tengan a su cargo, un régimen jurídico particular que dista del que se aplica a los extranjeros mayores de edad, sobre todo a aquellos que se encuentran en España sin cumplir los requisitos administrativos de residencia.

Como expresa RUIZ LEGAZPI⁴⁸⁶, la cláusula social del Estado de Derecho ha consagrado un tratamiento universal de protección a la infancia que desplaza, en el ámbito de la extranjería, cualquier tratamiento normativo inspirado de forma exclusiva en el control de los flujos migratorios. La protección que se debe al menor de edad de acuerdo con la remisión del art. 39.4 de la Constitución a la Convención de Derechos del Niño evita que éste pueda ser objeto de una medida de expulsión, es decir, que reciba el tratamiento que el ordenamiento dispensa a los extranjeros que se encuentran en situación de irregularidad administrativa.

Se desprende también del art. 35 LOEXIS y del art. 92 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que la desarrolla (ReLOEXIS, en adelante)⁴⁸⁷, esta prohibición de expulsión de los

⁴⁸⁶ RUIZ LEGAZPI, A., «Los problemas jurídicos de la repatriación y la expulsión de los menores extranjeros», Actas del 4º Congreso de la Inmigración extranjera en España, Gerona, 10 al 13 de noviembre de 2004 (actas editadas por la Universidad de Gerona en soporte electrónico).

⁴⁸⁷ 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

menores extranjeros, pese a no contar con la documentación que acredite su estancia legal en España, aunque es necesario extraer dicha interpretación de las medidas previstas en dichos artículos, pues no se recoge expresamente la prohibición de expulsión de los menores como hacía el artículo 13 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero⁴⁸⁸, que aprobó el Reglamento de la primera Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, la LO 7/1985, de 1 de julio.

La Circular 3/2001, de 21 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería reafirma esta idea de imposibilidad de expulsión de un menor no acompañado, al manifestar que *«aunque el actual Reglamento de la Ley de Extranjería no lo afirme expresamente con la rotundidad con que lo hacía el art. 13 del Reglamento derogado, los menores extranjeros que se encuentran en España en situación de desamparo no pueden ser objeto de una medida de expulsión»*.

No obstante, en la práctica vamos a comprobar que en muchas ocasiones los derechos de los menores inmigrantes

los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 6, de 7 enero de 2005, vino a sustituir al Reglamento 864/2001, de 20 de julio.

⁴⁸⁸ El art. 13 del RD 155/1996, titulado «menores en situación de desamparo», disponía: «1. Cuando se trate de menores en situación de desamparo en los términos establecidos en la legislación civil, éstos serán encomendados a los Servicios de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, poniéndolo en conocimiento, asimismo, del Ministerio Fiscal. En ningún caso, estos menores podrán ser objeto de las medidas de expulsión previstas en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985 y en este Reglamento».

extranjeros no se respetan y lo que en principio son garantías establecidas en su interés, se convierten en subterfugios que encubren auténticas expulsiones llevadas a cabo sin las salvaguardas que lleva aparejadas una medida tan severa para el inmigrante.

Esta falta de respeto por las diferentes administraciones públicas de los derechos de los menores extranjeros se ha puesto de manifiesto no sólo en relación con los procesos que implican su repatriación, sino también respecto de la lentitud administrativa, cuando no inactividad directamente, en lo que se refiere a la tramitación de su residencia en España cuando no sea posible o aconsejable su reagrupación o simplemente cuando transcurra el tiempo máximo de nueve meses tras la puesta a disposición de los servicios competentes de protección de dicho menor (art. 92.5 ReLOEXIS)⁴⁸⁹⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ Art. 92.5 ReLOEXIS «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 (...).».

⁴⁹⁰ Desde el año 2002 importantes ONGs de ámbito internacional han denunciado en múltiples informes la vulneración de los derechos de los menores extranjeros en Ceuta y Melilla, particularmente en los procedimientos de reagrupación familiar que se convertían en procedimientos de expulsión del menor sin aplicar las garantías con que cuentan estos procedimientos. Fue uno de los pioneros el informe de Human Rights Watch presentado en mayo de 2002, titulado «Nowhere to turn: state abuses of Unaccompanied children by Spain and Marocco» (<http://www.hrw.org>); Amnistía Internacional, por su parte emitió un comunicado de prensa el 16 de agosto de 2001 que tituló «Los niños de la calle también tienen derechos» ([http://www.a-i.es/com/2001\(com_16ago01.htm\)](http://www.a-i.es/com/2001(com_16ago01.htm))). El 7 de junio de 2002, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas formuló al Gobierno español serias recomendaciones sobre el

La minoría de edad del menor otorga una serie de derechos al menor de edad extranjero que no ostentan los mayores de edad, y determina la aplicación de las medidas de protección previstas en el ordenamiento (declaración de desamparo y posterior acogimiento o adopción), pero el hecho de que el menor pueda ser declarado en desamparo y que sobre él se actúen las medidas de protección previstas en la legislación estatal y autonómica no evita que, una vez adquirida la mayoría de edad, prime su condición de extranjero sobre la de tutelado, y pueda ser objeto de medidas sancionadoras en caso de encontrarse de manera irregular en nuestro país.

Por ello resulta trascendental establecer protocolos de actuación que determinen la documentación con un permiso de residencia de aquellos extranjeros que, habiendo estado bajo tutela de una administración pública sin que se haya tramitado su permiso de residencia, hayan accedido a la mayoría de edad, y en este sentido se ha introducido alguna modificación en el art. 92 del nuevo Reglamento de la LO 4/2000. Habrá que tener en cuenta en

tratamiento que reciben estos menores en España (Committee on the Rights of the Child, thirteen session CRC/C/15/Add. 185, 7 junio 2002. El 11 de junio de 2002, el informe anual del Defensor del Pueblo presentado en el Congreso de los Diputados se refería específicamente a esta cuestión (BOCG VII Legislatura. Serie A. Actividades Parlamentarias, núm. 316, 11 junio de 2002). En sus últimas memorias anuales, el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid ha expresado su preocupación por la falta de diligencia de la administración autonómica en la documentación de estos menores, y en el capítulo dedicado a la repatriación de los menores analizaremos los últimos informes y quejas, así como las evoluciones que se han producido en los últimos tiempos.

todo momento el apartado 4 del art. 35 de la LOEXIS, que dispone que «se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública», respecto del cual haremos las oportunas consideraciones más adelante.

V.2.4 La determinación de la minoría de edad del menor extranjero no acompañado

La primera cuestión jurídicamente relevante respecto de los menores extranjeros no acompañados es la comprobación efectiva de su minoridad. Su condición de «menor» unida a su estado de separación de los adultos que normalmente se encargan de él, su «no acompañamiento», determinará la preceptiva declaración de desamparo y la subsiguiente asunción de la tutela por la administración siempre que no se encuentre emancipado.

Será necesario, como punto de partida, establecer la ley que se aplica al menor de edad, puesto que el art. 9.1 del CC, conforme a las consideraciones clásicas del Derecho Internacional Privado, considera que la minoridad está sometida a la ley nacional de la persona como parte de su estatuto personal. Tal remisión a la ley nacional se encuentra limitada por alguna disposición especial como es el caso de la LO 1/1996 de protección jurídica del menor, que establece como edad límite para adoptar medidas de protección los dieciocho años.

La mayoría de edad anterior a los dieciocho años conforme a la ley nacional sólo afectaría al otorgamiento de protección por parte del ordenamiento español si nos encontrásemos ante un extranjero cuya nacionalidad pueda determinarse con claridad y cuya legislación nacional pudiese ser objeto de prueba por parte de la administración y que determinase que el menor alcance la mayoría de edad antes de los dieciocho años⁴⁹¹. Sólo en tal caso y motivadamente podría denegarse la protección de un menor por parte de la entidad pública competente⁴⁹².

Como regla general, podemos decir que se consideran los dieciocho años que establecen los artículos 12 CE y 315 del Código Civil para la adquisición de la mayoría de edad como el límite de aplicación de las medidas protectoras establecidas a favor de los menores. En este sentido se ha manifestado la Circular 3/2001, de 21 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de

⁴⁹¹ Esto no entra en contradicción como ya sabemos con el art. 1 de la LOPJM, pero tampoco con el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, del que aquel ha tomado su redacción y conforme al cual «*se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*».

⁴⁹² Serían supuestos excluidos del ámbito de protección de la LPJM, puesto que la persona sería mayor de edad, aunque como hemos apuntado, la carga de la prueba recaerá sobre la entidad pública competente para ejercer la tutela sobre el menor, que difícilmente va a realizar la labor de búsqueda que implicaría dicha prueba, aunque visto el incremento de los casos de menores extranjeros no acompañados que pasan a estar bajo tutela de la administración autonómica normalmente en forma de acogimiento residencial, no es impensable que dichas administraciones recorten los gastos que supone esta protección realizando un listado de países en los que la mayoría de edad se alcanza con anterioridad a los dieciocho años de edad.

extranjería, al manifestar que *«hay que admitir igualmente la dificultad de conocer las excepciones que algunas legislaciones extranjeras puedan contener respecto de la norma general que fija la mayoría de edad en los dieciocho años. Añadiendo a ello que la carga de probar el contenido y la vigencia del derecho extranjero corresponde a quien lo invoca (art. 12.6 CC), se puede establecer con carácter general la presunción iuris tantum de que es menor todo extranjero que no haya cumplido aún los dieciocho años»*.

La edad del extranjero normalmente se prueba, como su identidad, por medio de un documento identificativo, normalmente el pasaporte u otro documento válido, aunque en el caso de la acreditación de la edad por parte de los menores se acepta cualquier documento identificativo al que la legislación nacional del extranjero otorgue eficacia en este sentido y que permita conocer la edad del menor de forma fehaciente.

Sin embargo, como es conocido, lo normal es que los menores que entran en nuestro país de manera irregular lo hagan sin documentación, e incluso que se deshagan de ella para poder beneficiarse del régimen jurídico aplicable a la menores de edad, que no conlleva la aplicación de medidas de alejamiento del territorio nacional con carácter sancionador (expulsión) sino únicamente por motivos de reintegración familiar del menor. Muchos de los supuestos menores extranjeros que son detectados por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del

Estado, una vez determinada su edad, resultan ser mayores⁴⁹³. Cuando no se pueda comprobar la verdadera edad del supuesto menor extranjero porque carece de documentos o porque los que muestra resulten falsos, será necesario que el ordenamiento jurídico arbitre mecanismos que permitan (aunque no siempre de forma totalmente fiable y certera, como veremos), la determinación de su edad.

Por estos motivos, cuando se localiza a un menor extranjero no acompañado, prácticamente la primera actuación que se llevará a cabo será la determinación de su edad. Así lo dispone el legislador estatal en el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000, que conforme al texto introducido por la Ley Orgánica 8/2000⁴⁹⁴, se refiere a los menores inmigrantes. Dicho artículo, bajo la rúbrica «*Residencia de Menores*» dice literalmente lo siguiente:

«1. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores,

⁴⁹³ Se ha comprobado por ejemplo en Andalucía, que un 50% de los que habían alegado ser menores de edad eran en realidad mayores (SÁNCHEZ BURSÓN, J.M., «La atención de los menores extranjeros no acompañados en Andalucía» en *Menores extranjeros no acompañados*, Ponencias del Seminario Europeo desarrollado por UNAF, en Madrid, los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2001, UNAF, Madrid, 2001, p. 99).

⁴⁹⁴ El referido artículo 35 no ha sido posteriormente modificado por las sucesivas Leyes Orgánicas 11 y 14 de 2003.

la atención inmediata que precise, de acuerdo en lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.

2. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores».

Cuestión previa incluso a la determinación de la edad del menor, será la determinación de su condición de extranjero. Nos encontramos ante un sujeto indocumentado, es decir, de nacionalidad desconocida, que no siempre va a estar sometido al régimen de extranjería y por tanto a las prescripciones del art. 35. Recordemos que la Constitución española no se refiere de forma directa a quienes sean extranjeros en España, ya que incluso para la determinación de quiénes son españoles se remite a lo dispuesto por la ley⁴⁹⁵. Tenemos que acudir por tanto a la LOEXIS para determinar quiénes son extranjeros en nuestro país; su artículo 1 «*Delimitación del ámbito*», apartado 1 declara que «*se considera extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española*». Evidentemente, esta definición *sensu contrario* nos remite para determinar quiénes son extranjeros a las normas que regulan la

⁴⁹⁵ Artículo 11 CE: «La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley».

adquisición, y pérdida de la nacionalidad española, recogidas en los artículos 17 a 26 CC.

La LOEXIS, según la dicción de dicho artículo 1, incluiría entre los extranjeros también a los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, a los ciudadanos comunitarios. Pero no sucede así, la Ley de Extranjería los excluye en el apartado 3 del mismo artículo⁴⁹⁶; los nacionales de Estados miembros quedan fuera de la regulación establecida en la Ley de Extranjería y se regulan en España por el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero⁴⁹⁷, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁴⁹⁸. Se incluye también dentro del denominado «régimen comunitario» a determinados miembros de la familia del ciudadano

⁴⁹⁶ El art. 1 apdo. 3 dispone «Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en los aspectos que pudieran ser más favorables».

⁴⁹⁷ Este Real Decreto, publicado en BOE el 22 de febrero de 2003, ha sustituido al Real Decreto 766/1992, de 26 de Junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE 30 de junio de 1992), que había sido modificado por el Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo (BOE 5 de junio de 1995) y por el Real Decreto 1710/1997, de 14 de noviembre (BOE 15 de noviembre de 1997).

⁴⁹⁸ Además de los nacionales de los veinticinco Estados miembros de la Unión Europea, el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en realidad acuerdos, hechos en Oporto el 2 de mayo de 1992 y en Bruselas el 17 de marzo de 1993, que entraron en vigor el 1 de enero de 1994, exceptúa del régimen establecido en la Ley de Extranjería a los nacionales de Liechtenstein, Islandia y Noruega. También hemos de tener en cuenta el acuerdo sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y la Confederación Suiza (DO L 114, 30/4/2002, pp. 6-72), que determina la inclusión de los nacionales suizos en el régimen del Real Decreto 178/2003.

de un Estado miembro, entre los que se incluyen los hijos menores de veintiún años, incluso cuando sean nacionales de terceros Estados.

Ante la situación de indocumentación, que ESPADA RAMOS⁴⁹⁹ define como «una situación excepcional, voluntaria o involuntaria, que sitúa a la persona en desprotección jurídica y al Estado ante supuestos de inseguridad que exigen un mayor control territorial», no existe forma de comprobar de manera inmediata la identidad del menor. Por este motivo, cuando se localiza a un menor indocumentado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en tanto no se le identifique correctamente, se presupondrá, ya sea por las propias manifestaciones del menor, su estado de ausencia de una referencia adulta, por su escaso dominio del idioma, o por otros rasgos externos, la ausencia de nacionalidad española del menor. Se aplicará por tanto el régimen de extranjería, que en este caso resultará efectivo tanto para un menor no acompañado extranjero en sentido estricto (nacional de un Estado no perteneciente a la UE, el EEE, ni de Suiza), como para menores extranjeros de nacionalidad no española.

Pueden darse casos en que menores comunitarios que se encuentren indocumentados, desamparados y no acompañados por un adulto –pensemos por ejemplo un menor fugado de casa al

⁴⁹⁹ ESPADA RAMOS, M^a. L., «Residencia de apátridas, indocumentados y refugiados (art. 34)», en MOYA ESCUDERO, M. (Coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Granada, Comares, 2001, p. 115.

que sus padres no han conseguido localizar—, en los cuales sería necesario aplicar supletoriamente las medidas previstas en la LOEXIS, a efectos de que se produzca en este caso, la reagrupación del menor con su familia de origen o su puesta a disposición de los Servicios de Protección de Menores de su país.

La determinación de la edad del menor reviste gran trascendencia en tanto en cuanto de ella va a depender la administración pública que se debe hacer cargo del supuesto menor. Así, en caso de que tras la determinación de la edad resulte que se trata de un extranjero indocumentado mayor de edad, se convertirá automáticamente en infractor, por encontrarse irregularmente en territorio español, conforme al art. 53.b)⁵⁰⁰ LOEXIS, hecho que constituye como es sabido una falta grave de las que pueden ser sancionadas con expulsión del territorio nacional conforme al art. 57 LOEXIS. Será competente sobre su situación la Administración del Estado, y será conducido a las dependencias policiales para su identificación, tras la cual se tramitará el correspondiente expediente de expulsión o devolución. En caso de que tras la determinación de la edad se confirme que estamos ante una persona menor de edad, deberá ser puesta a

⁵⁰⁰ El Art. 53 LOEXIS dispone que «son infracciones graves: a) encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente».

disposición de los Servicios de Protección de Menores de la Comunidad autónoma de que se trate.

La minoría de edad del extranjero indocumentado se convierte en criterio determinante del reparto competencial entre las distintas Administraciones Públicas. El artículo 35 de la LOEXIS se refiere a las situaciones en las que la minoría de edad del extranjero «*no pueda ser establecida con seguridad*». La redacción del apartado 1 del art. 35, al incluir la frase «*se le dará por los servicios competentes de protección de menores la atención inmediata que precise*», induce a confusión sobre quién es la Administración responsable del extranjero indocumentado hasta tanto se determina su mayoría o minoría de edad.

No obstante, a nuestro entender, el resto del precepto es claro y del mismo cabe deducir que la responsabilidad sobre el extranjero indocumentado recae exclusivamente sobre la Administración del Estado hasta el momento en que se verifique con certeza que el mismo es menor de edad, momento en el cual pasará a depender de la Administración autonómica competente en materia de menores.

Esta distribución competencial no se ve alterada por el hecho de que en el mismo precepto se regule –inapropiada y desacertadamente a nuestro juicio– el supuesto excepcional de que tras su detección no fuera posible determinar de forma inmediata la edad del extranjero, presunto menor, y además el mismo precisase de algún tipo de atención urgente –sanitaria, alojamiento, alimentación, etc.– en cuyo caso el texto legal

prescribe que dicha atención se le dispensará provisionalmente por la Administración Autonómica competente en materia de menores⁵⁰¹.

También es preciso aclarar, tal y como hace la Instrucción 2/2001 de la Fiscalía General del Estado, que el art. 35 LOEXIS no se está refiriendo al supuesto de extranjeros indocumentados detenidos por la comisión de un delito. En este caso, lo procedente es ponerlos a disposición del Juez de Instrucción, que es el único competente –al igual que si se tratase de ciudadanos españoles– para ordenar la práctica de las diligencias encaminadas a determinar su edad. El art. 375 de la Ley de enjuiciamiento criminal residencia claramente esta competencia en el Juez instructor, quien, en último término, pedirá al forense o al médico o

⁵⁰¹ El criterio de la Fiscalía es restrictivo en este sentido. Así, la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre la interpretación del actual artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, manifiesta que: «*En primer lugar, hay que evitar que el presunto menor, una vez localizado por la policía, sea trasladado con cierto automatismo a un centro de internamiento de menores. Ello sólo será preciso, conforme al espíritu y letra de la ley, en aquellos supuestos excepcionales en que precise una atención inmediata que sólo le pueda ser prestada en un centro de esa naturaleza. En la mayor parte de los supuestos, por el contrario, o bien no necesitarán dicha atención o les podrá ser proporcionada por los propios agentes policiales, quienes inmediatamente deberán poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. En caso contrario, el traslado indiscriminado a un centro de menores tutelados de quienes afirman ser menores de edad, aunque sólo sea para pernoctar durante una noche, puede ocasionar graves trastornos en el régimen y desarrollo de las actividades del centro, con el consiguiente perjuicio para los restantes internos, sobre todo si se tiene en cuenta que con frecuencia las pruebas médicas pueden determinar a posteriori que los sedicentes menores superan con creces los dieciocho años*».

médicos por él nombrados el oportuno informe acerca de la edad del imputado.

Coherentemente con lo anterior, la regla 3ª del art. 789.5 LECr establece que, practicadas u ordenadas sin demora por el Juez las diligencias encaminadas a determinar –entre otros extremos– la identidad y circunstancias personales de los sujetos que han participado en el hecho delictivo, entre las que figura la edad (regla 3ª del art. 785 LECr), si todos los imputados fueran menores, se inhibirá a favor del órgano competente, en este caso el Ministerio Fiscal.

En idéntico sentido, el art. 35. de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores, dispone que, cuando el hecho hubiese sido cometido conjuntamente por mayores de edad penal y por menores, *«el Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa, tan pronto como compruebe la edad de los imputados, adoptará las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal»*.

Todos estos argumentos abonan la opinión de que corresponde al Juez de Instrucción y no al Ministerio Fiscal acreditar la edad de aquéllos a quienes se impute la comisión de

un delito –sean españoles o extranjeros– cuando existan dudas sobre la misma⁵⁰².

El art. 35 de la L.O. 4/2000 se aplicará por tanto en aquellos casos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen, por motivos diversos de la imputación de la comisión de una infracción penal, a un extranjero indocumentado cuya menor edad no pueda determinarse con seguridad. La finalidad de este artículo es que no pueda incoarse en ningún caso un expediente sancionador (por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y en particular aquéllos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o la medida cautelar de internamiento), contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad. En caso contrario, de establecerse su minoría de edad, el artículo 35 LOEXIS pretende poder proporcionar al menor las medidas de protección y asistencia previstas en la ley española para cualquier menor que se encuentre en nuestro territorio, sea español o extranjero, conforme al art. 1 de la Ley Orgánica 1/1996.

Tras la localización del menor extranjero indocumentado, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las

⁵⁰² Esta postura ya fue mantenida además en la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, conforme a la cual el Fiscal deberá recurrir las resoluciones de los Jueces de Instrucción por las que se inhiban en favor de la Fiscalía de Menores «*si existe duda razonable de la verdadera edad del inculpado y no se han agotado los medios de prueba disponibles, pues los órganos de la jurisdicción penal de adultos no deben declinar su competencia sin previa certeza del dato de la edad del inculpado*».

medidas técnicas necesarias para su identificación, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección (art. 35.5 LOEXIS). La Ley añade que estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta, aunque si de ellos resulta que el extranjero es mayor de edad, se introducen sus huellas dactilares en el SAID (Sistema Automático de Identificación Decadactilar), para evitar que, si vuelve a ser detenido, se haga pasar de nuevo por menor.

V.2.4.1 Pruebas para la estimación de la edad: problemas técnicos y jurídicos que presentan

El responsable último de determinar la minoría o mayoría de edad del extranjero es el Ministerio Fiscal, de conformidad con el apartado 1 del art. 35 de la LOEXIS, que ha sido bastante clarificador en este sentido, puesto que como pone de relieve ADROHER BIOSCA⁵⁰³, conforme al precepto el Fiscal es quién «*dispone*» la prueba de la edad, arrojando luz sobre la cuestión tras una época de incertidumbre en la que tal iniciativa se había reconocido en unos casos a la Entidad Pública de protección de

⁵⁰³ ADROHER BIOSCA, S., «Menores extranjeros no acompañados: una nueva emigración», en *Jornadas sobre Derecho de los Menores*, LÁZARO GONZÁLEZ, I.E., Y MAYORAL NARROS, I.V (Coords.), Universidad de Comillas: Madrid, 2003, p. 265.

menores y en otros casos a los Cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, o a los Juzgados de menores⁵⁰⁴.

Esta encomienda al Ministerio Fiscal la confirma el art. 92 del ReLOEXIS⁵⁰⁵, y para llevarla a cabo –a falta de elementos documentales– recurrirá a ordenar prácticas periciales que permitan deducir científicamente y de la forma más exacta posible la edad del interesado.

Actualmente la determinación de la edad se lleva a cabo por métodos científicos y se concreta en la realización de unas pruebas médicas al extranjero, para cuya efectividad habrá que contar con la colaboración de las autoridades sanitarias dependientes de las Comunidades Autónomas.

No existe en la actualidad un método científico capaz de determinar con total exactitud la edad. Existen diversas técnicas, entre las cuales la técnica más utilizada es la denominada

⁵⁰⁴ El art. 32.2 de la LO 4/2000, en su redacción original decía que «En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a una persona indocumentada respecto de la que no pueda ser establecida con exactitud si es mayor o menor de edad, lo pondrán en conocimiento de los Juzgados de menores para la determinación de la identidad, edad y comprobación de las circunstancias personales y familiares».

⁵⁰⁵ Éste se expresa en términos similares al art. 35.1 LOEXIS, manteniendo el contenido del derogado art. 62 del derogado RD 864/2001, disponiendo que «1. 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, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor. Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias».

Greulich y Pyle que se basa en el análisis radiológico de los huesos de la muñeca y la mano izquierda, y su posterior comparación con unas tablas previamente elaboradas mediante estudios estadísticos que recogen el desarrollo de estos huesos a diferentes edades⁵⁰⁶. También se suele utilizar el método TW-2, desarrollado por Tanner y Whitehouse, consistente en estimar la edad a través de la madurez ósea, mediante radiografías de la mano⁵⁰⁷. Menos usado resulta el método de Dermijian, consistente en la realización de una ortopantomografía dental que determina la edad atendiendo al estado de desarrollo de los terceros molares inferiores.

⁵⁰⁶ Las medidas de referencia fueron establecidas por los científicos estadounidenses de los cuales toma nombre esta técnica, en 1935, con el objeto de determinar patologías en el crecimiento. Este estudio no fue realizado específicamente para determinar la edad, por lo que no tiene en consideración diferencias de carácter interracial. Por ello se ha criticado y afirmado que su grado de fiabilidad no es alto y existe un margen de error de unos dieciocho meses. Muchos países que utilizaban este método como Alemania, Austria o Suiza, han dejado de hacerlo, aunque sigue utilizándose en varios países europeos como Bélgica, Finlandia, Lituania o Francia, al igual que en España. En Inglaterra el Real Colegio de Radiólogos de Londres aconseja a sus miembros que es «inapropiado» realizar radiografías con propósitos de estimación de la edad (vid. HALVORSEN, K., Separated Children in Europe Programme. Workshop on Age Assessment and Identification Report, Bucarest, 20-22 de marzo de 2003, p. 6).

⁵⁰⁷ Este método está basado en la comprobación de la madurez ósea para la predicción de la edad y se aplica, por ejemplo, en Bélgica. Cada uno de los 20 huesos de la mano se compara individualmente con una serie de fotografías del desarrollo óseo del hueso concreto. Los estándares de referencia que se usan fueron establecidos en los 50 y los 60 y por tanto están desfasados en cierta medida, puesto que actualmente se sabe que la madurez ósea se alcanza antes que hace cuatro o cinco décadas. Además, puede depender del origen étnico, hábitos nutricionales y otros factores individuales que no se tienen en cuenta en esta método. Helena Ranta, una famosa científica forense de la Universidad de Helsinki, afirma que este método no es aplicable ya a personas mayores de 16 años. Otros científicos han concluido que este método es bastante impreciso porque no tienen en cuenta diferencias étnicas y raciales y es menos fiable en grupos de mayor edad, entre 15 y 18 años (HALVORSEN, K., *Ibidem*, p. 7).

Estas técnicas realmente no determinan la edad de una persona, sino que realizan una estimación de la misma con un margen de error que los expertos cifran en una franja de dos años arriba o abajo. Es decir, esta prueba no indica la edad exacta de la persona sino que se limita a situar la misma en una franja de edad de dos años, por ejemplo, entre los 14 y los 16 años.

La principal crítica a esta técnica de determinación oseométrica de la edad por parte de las personas implicadas en la atención a menores inmigrantes, se centra en el hecho de que los resultados de tales pruebas suelen determinar una edad para el extranjero que por regla general es inferior en aproximadamente dos años a la que posteriormente se comprueba como verdadera. Y ello ocurre por dos circunstancias:

- 1.- En primer lugar, por la inadecuación de las tablas de edad utilizadas como referencia –sacadas de estudios realizados en EE.UU. con jóvenes de dicho país durante la década de los 30– respecto de la población a las que pretenden aplicarse, que consiste fundamentalmente en jóvenes de origen magrebí o subsahariano con antecedentes de desnutrición o mala alimentación y un nivel de desarrollo óseo diferente al de la población norteamericana. Esto comporta que normalmente se ubique a los inmigrantes en unas franjas de edad inferiores a las que les hubieran correspondido de haberse utilizado tablas de referencia actualizadas y basadas en la población de origen magrebí o subsahariano.

2.- En segundo lugar, porque el margen de dos años que ofrecen las pruebas oseométricas es demasiado impreciso y origina problemas de certeza y seguridad jurídica⁵⁰⁸, que deben solventarse optando por una edad concreta dentro de dicha franja. Por razones de protección del interés superior del presunto menor, suele establecerse ante la duda una presunción de minoridad, y se fija la edad del menor por parte de la Fiscalía en la menor de las edades determinadas como posibles, en tanto no se indague sobre su identidad y pueda determinarse con exactitud la edad. Esto quiere decir que, si la franja de edad determinada por las pruebas es entre 14 y 16 años, se tomará en consideración a efectos legales, y hasta tanto se acredite lo contrario, que el extranjero tiene 14 años⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ Según las conclusiones de un estudio de GARAMENDI relativo a la determinación de la edad de los menores indocumentados marroquíes *«En los casos de estimación forense de la edad en sujetos indocumentados varones de origen marroquí, la estimación directa de los resultados de la aplicación del método de Greulich y Pyle o bien la estimación de la edad basada en el método de Dermijian aplicado a los terceros molares inferiores puede ser aceptable. No obstante, el grado de error del resultado por ambos métodos ha de asumirse como notable por parte del médico en su valoración pericial, pudiendo darse errores técnicamente inaceptables y errores éticamente inaceptables»*. Para los forenses constituye una gran responsabilidad la determinación de la edad, las consecuencias son trascendentales para el menor, y de ahí que el margen de error en las pruebas para la determinación de la edad constituya un *«error éticamente inaceptable»* (GARAMENDI, P.M., LANDA, M.I., BALLESTEROS, J. et al. «Estimación forense de la edad en torno a 18 años: Estudio en una población de inmigrantes indocumentados de origen marroquí». Cuadernos de Medicina Forense, enero 2003, núm. 31, p. 34.

⁵⁰⁹ En este sentido se manifiesta la Circular 2/2001 de la Fiscalía General del Estado, diciendo que *«Dado que las pruebas médicas no suelen ofrecer nunca una edad exacta, sino que siempre fijan una horquilla más o menos amplia entre cuyos extremos se puede cifrar que se sitúa con un escasísimo margen de error la verdadera edad del sujeto, habrá que presumir, a falta de otros datos y a efectos de determinar si éste es mayor o menor, que su edad es la establecida como límite inferior de dicha horquilla»*.

El hecho de que la edad determinada oficialmente tras las pruebas oseométricas sea, por regla general, inferior a la edad real del inmigrante, unido a la circunstancia de que la consideración como menor de edad de un extranjero comporta un retraso e incluso la paralización en los procesos de retorno a sus países de origen, explican, como hemos ya apuntado, que sean tantos los inmigrantes mayores de edad que ocultan o destruyen su documentación al llegar a España y se proclaman menores de edad cuando son detectados por las fuerzas de seguridad.

Algunos de estos inmigrantes mayores de edad son derivados al sistema de protección de menores tras la práctica de las pruebas oseométricas y permanecen en el mismo durante algún tiempo, gracias al empleo de tácticas obstruccionistas que dificultan su identificación, tales como dar nombres falsos y mentir sobre su nacionalidad o sobre su lugar de procedencia. La presencia de estos mayores en los centros de protección de menores son una fuente constante de conflictos y distorsiones para el sistema de protección, aunque hay que precisar que la mayoría de estos mayores se fugan de los centros al poco de su ingreso o en el momento en que tienen noticias de que se va a proceder a su identificación.

Una cuestión importante a debate sobre la realización de las pruebas oseométricas de determinación de la edad, es si las mismas deberían realizársele sólo a aquellos inmigrantes sobre los que exista una duda razonable acerca de si son mayores o

menores de edad, o bien las mismas deberían practicárseles también a todos los inmigrantes sobre cuya edad no exista certeza documental aunque no existan dudas sobre su condición de menores de edad.

Los partidarios de que la prueba oseométrica se le haga también a los inmigrantes claramente determinados como menores de edad cuando no se tenga certeza sobre su edad exacta, aducen la necesidad de contar con un mínimo de seguridad jurídica a la hora de adoptar decisiones sobre el menor en el marco del sistema de protección. Así, por ejemplo, el fijar una edad concreta a efectos oficiales es imprescindible para determinar si el menor se encuentra en edad de escolarización obligatoria o no, y para saber a qué nivel educativo debería ser adscrito. Asimismo, este dato es esencial para conocer si el menor cuenta con la edad mínima para poder trabajar legalmente. También puede ser un dato relevante a efectos sanitarios, por ejemplo, para la dosificación de un determinado medicamento o el diagnóstico de posibles enfermedades. Y el dato resulta especialmente relevante para poder determinar el momento exacto en que el extranjero dejará de estar bajo la tutela del sistema de protección por haber alcanzado la mayoría de edad.

Por el contrario los partidarios de que dichas pruebas oseométricas se realicen únicamente a los inmigrantes sobre los que existan dudas acerca de su minoría de edad, aducen que los riesgos que siempre conlleva una práctica médica basada en exposiciones radiológicas aconsejan una aplicación restrictiva en

el caso de menores de edad, limitando las mismas a supuestos en que sean estrictamente necesarias y no se pueda acudir a otras formas de determinación de la edad. No obstante, el Tribunal Supremo estima que las radiografías no suponen una intervención que afecte al pudor o al recato de la persona, por lo que no atenta contra su intimidad y basta el consentimiento del afectado (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 enero de 1993, FD 2º)⁵¹⁰, y el Tribunal Constitucional ha afirmado que tampoco afecta a la integridad física (STC de 35/1996, de 11 de marzo), si bien se refieren estos casos a actuaciones en el ámbito penal.

La posibilidad de que el extranjero se niegue a la realización de las pruebas plantea un problema, sobre todo porque en tal caso queda desubicada la posición del Ministerio Fiscal que tiene como cometido disponer su realización, pero cuya autoridad

⁵¹⁰ En base a la doctrina del Tribunal Constitucional en su STC 37/1988, de 15 febrero, FD 7º «... el ámbito de la intimidad corporal no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona». En consecuencia, en relación con la realización de radiografías, la Sentencia del Supremo manifiesta que «... parece evidente que ha de estimarse que la inspección del interior del cuerpo humano mediante Rayos X no afecta a la intimidad de la persona examinada, por la forma y frecuencia con que estas pruebas se realizan, habida cuenta del instrumento utilizado y de la clase de visión que tal reconocimiento médico permite, lo que en nada afecta al pudor, al menos en las concepciones dominantes en la sociedad actual, por lo que entendemos que su utilización por la policía no requiere autorización judicial, máxime cuando, como ocurrió en el caso presente, ello se hizo sin protesta alguna por parte de quienes así fueron examinados».

a la hora de obligar al supuesto menor a someterse a las pruebas es discutible. El juez de menores de Granada, EMILIO CALATAYUD duda a cerca de la constitucionalidad de la Ley de extranjería en este sentido, preguntándose si el Ministerio Fiscal puede autorizar u ordenar pruebas radiológicas, y en caso de negativa del extranjero a someterse a ellas, mediante qué resolución podría decidir el Ministerio Fiscal la edad (los jueces lo venían haciendo mediante Resolución), y qué recursos tendría el interesado ante tal acto. En opinión de CALATAYUD, lo correcto sería que la competencia en estos casos la ostentase el Juez de instrucción⁵¹¹.

FÁBREGA RUIZ⁵¹², en su condición de Fiscal, también se plantea a quién corresponde la competencia para adoptar medidas que puedan afectar a derechos fundamentales, como sería la utilización de la compulsión física para la realización de las radiografías, ya que, aunque la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de la localización de un supuesto menor inmigrante resulta correcta, en cuanto es el órgano protector de los menores, éste carece de competencias constitucionales para la adopción de medidas distintas a la detención preventiva de

⁵¹¹ En «Menores extranjeros no acompañados: una nueva emigración», *op. cit.*, p. 193.

⁵¹² FÁBREGA RUIZ, C.F., *Protección jurídica del menor inmigrante*, Colex, Madrid, 2001, pp. 119-122.

acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Criminal según dispone el art. 5 de su Estatuto Orgánico⁵¹³.

Estima este autor que será necesaria la autorización judicial habilitante que pondere los intereses en conflicto, puesto que no sucede aquí como en el caso de investigación de un delito (en que es muy frecuente la realización de radiografías para la investigación del tráfico de drogas cuando dichas drogas se transportan en el interior del cuerpo). En el ámbito civil, en primer lugar, tendremos que determinar la validez del consentimiento o negativa del menor a someterse a la prueba. Al tratarse del ejercicio de derechos relativos a la personalidad del menor no será necesario que actúe la representación legal en tanto en cuanto el menor haya alcanzado un grado suficiente de madurez (art. 163.1 CC y art. 2.2 LOPJM). Podría aplicarse en este caso la doctrina del Tribunal Supremo relativa a las pruebas biológicas de paternidad. Siguiendo este criterio, si el menor posee suficiente madurez, es previamente informado, y se niega a que se le

⁵¹³ El art. 5 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto del Ministerio Fiscal, en su redacción dada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo, dispone en su párrafo segundo que *«Igualmente, y para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el fiscal la detención preventiva»*. En el caso de los menores extranjeros no acompañados a los que se tuviese que compeler por parte del Fiscal a la realización de pruebas de rayos-x, estaríamos claramente ante una medida limitativa de derechos que no puede entrar dentro de los supuestos de detención preventiva, puesto que los presuntos menores no pueden ser detenidos.

practiquen las radiografías, una vez que el juez ordene de forma motivada la realización de las mismas, puede arriesgarse a una declaración de mayoría de edad que le sería perjudicial.

En el caso de que la negativa a someterse a las pruebas radiológicas provenga de un supuesto menor sin la madurez suficiente para adoptar tal decisión, el juez podría ordenar el sometimiento a la prueba a petición de la entidad pública, que tiene encomendada la tutela del menor.

Quedaría por determinar el Juez competente en esta materia, puesto que se ha eliminado la competencia que tenían en esta materia los Juzgados de menores. Si tenemos en cuenta lo dispuesto en el art. 172.6 CC, que establece el recurso ante la jurisdicción civil de las resoluciones por las que se decrete el desamparo o la tutela automática de la Administración, junto con el art. 158.3 CC que establece la posibilidad del Juez civil de la adopción de medidas cautelares para apartar al menor de cualquier perjuicio, podemos entender que los Juzgados de 1ª instancia serán los competentes, puesto que también lo son en materia de protección de menores.

Si situamos el interés del menor por encima de cualesquiera otras consideraciones, sería necesario aplicar un criterio restrictivo a la realización de las pruebas oseométricas, limitando las mismas a los casos en que existan dudas sobre la minoría de edad del inmigrante o la determinación exacta y precisa de la edad resulte imprescindible para el correcto ejercicio de algún derecho por parte del menor y no sea posible o aconsejable

esperar a conseguir una identificación plena del inmigrante y de su edad por medios documentales.

El interés del menor alcanza también a supuestos en los que existe algún tipo de documentación pero esta no resulta precisa en cuanto a la fecha de nacimiento, existiendo casos en que los certificados de nacimiento que poseen los menores expresan el año de nacimiento pero no el mes y el día del mismo. En este caso, la aplicación del interés superior del menor determinará que la Administración competente en materia de protección de menores, precise como fecha de nacimiento la que sea más favorable a la protección del menor, es decir, el 31 de diciembre del año expresado.

Los arts. 35.1 LOEXIS y 92 ReLOEXIS disponen que una vez localizado el presunto menor, se ponga inmediatamente en conocimiento del Ministerio Fiscal para que disponga la determinación de su edad. No se especifica como se ha llevará a efecto dicha puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal, aunque estos aspectos han sido aclarados en su mayoría por la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, sobre la interpretación del actual artículo 35 de la LOEXIS. En ella se diferencia claramente lo que supone la «*puesta en conocimiento*», de lo que supondría la «*puesta a disposición*». Al no tratarse de una puesta a disposición no es preciso que los agentes policiales trasladen materialmente al presunto menor a las dependencias de Fiscalía, lo cual

únicamente serviría para retardar innecesariamente el normal desarrollo de los trámites previstos en la Ley.

Por el mismo motivo, tampoco será preciso que la puesta en conocimiento tenga lugar mediante la presentación formal del correspondiente atestado en la sede de la Fiscalía, sino que será suficiente cualquier forma de comunicación que pueda dejar constancia del hecho, es decir, la comunicación por fax, por correo electrónico, o incluso por teléfono, sin perjuicio de presentar o enviar más adelante a la Fiscalía la documentación pertinente.

Por lo que se refiere al momento temporal de realización de las pruebas oseométricas, en los supuestos de duda sobre la minoría o mayoría de edad del extranjero las pruebas deberían efectuarse con inmediatez al momento de su detección por las Fuerzas y Cuerpos de seguridad y deberían ser dichas fuerzas las encargadas de acompañar al menor a las dependencias sanitarias para su realización.

En los casos en que se considere imprescindible determinar la edad exacta del menor ya sujeto a la protección del servicio de menores, las pruebas se practicarán en el momento en que se considere inaplazable el conocimiento de tal dato y sería el Servicio de Protección de Menores el encargado de trasladar al menor al centro hospitalario para la práctica de la prueba.

Otra cuestión relevante sobre las pruebas médicas de determinación de la edad es la referida a la necesidad de precisar los centros médicos en los que deben realizarse tales pruebas. A este respecto, la Comunidad Autónoma competente en materia

sanitaria debería determinar en cada provincia cuáles son los centros hospitalarios en los que es posible la realización de las pruebas oseométricas y adoptar las medidas necesarias para que dichas pruebas se realicen de con carácter prioritario y urgente – tal como exige el art. 92.1 in fine del ReLOEXIS– y con las máximas facilidades de horario y entrega de resultados. Estos listados de centros hospitalarios deben ser puestos a disposición de la Administración del Estado (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) y de los Servicios de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma, comunicando a los mismos cualquier cambio o incidencia en su contenido⁵¹⁴.

No podemos olvidar, y así se refleja en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado, que la conducción del menor al centro sanitario y la permanencia en el mismo en tanto no haya sido determinada su edad es una situación de privación de libertad, análoga a la contemplada en el art. 20.2 de la L.O. 1/1992, de

⁵¹⁴ La Instrucción de la Fiscalía General del Estado de 28 de junio de 2001, en este sentido se refiere también a que los Fiscales «deberán cerciorarse de que, como dice la Ley, las instituciones sanitarias colaborarán en el procedimiento, realizando con carácter prioritario las pruebas necesarias para determinar la edad del extranjero indocumentado. No dice la Ley, sin embargo, cuales hayan de ser estas instituciones sanitarias, sino que menciona ‘las instituciones sanitarias oportunas’. Esto ofrece un amplio y considerable margen de actuación, que permite en cada lugar acudir, para la práctica de las pruebas de determinación de la edad (generalmente, pruebas radiológicas), al centro médico que se considere más idóneo para realizarlas de manera inmediata y en condiciones de plena fiabilidad. Ello aconseja que, en la medida de lo posible, se procure recabar la colaboración de centros sanitarios que dispongan de un servicio de urgencias radiológicas operativo durante las veinticuatro horas del día».

Protección de la seguridad Ciudadana⁵¹⁵. El hecho de que esta situación de privación de libertad no pueda durar más tiempo del estrictamente necesario exige un esfuerzo de coordinación entre todos los agentes que intervienen en el procedimiento, de manera que se reduzcan al mínimo posible los «tiempos muertos» a que podría dar lugar un defectuoso sistema de comunicaciones entre ellos, o una limitación de su disponibilidad para atender inmediatamente este tipo de incidencias.

V.2.5 La declaración de desamparo del menor extranjero no acompañado y la adaptación de las medidas protectoras a su situación

Cuando se detecta por las Fuerzas de Seguridad a un extranjero no acompañado cuya minoría de edad no ofrece dudas o su condición de menor ha sido determinada mediante la realización de la oportuna prueba oseométrica, el apartado 2 del art. 35 de la LOEXIS determina claramente que «*el Ministerio*

⁵¹⁵ Son aplicables por tanto a esta situación las garantías constitucionales del art. 17 de la constitución, en los términos en su día expresados por las SSTC 41/93, de 18 de Noviembre, y 86/96, de 21 de Mayo. Concretamente, el indocumentado deberá ser informado de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de las razones de su situación de privación de libertad y de sus derechos. Entre éstos figura básicamente el que dicha situación «*no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario*». no es precisa, por el contrario, la asistencia de abogado, pese a tratarse de una diligencia policial, ya que tal asistencia sólo es obligada en los términos establecidos en las leyes, y el art. 520.2.c) LECr limita esta garantía a las diligencias de declaración y los reconocimientos de identidad de que vaya a ser objeto el detenido, sin que obviamente el presente caso sea incardinable en ninguno de ambos supuestos.

Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores».

Para que esta puesta del menor a disposición de los servicios competentes de protección de menores pueda realizarse eficazmente, resulta imprescindible que el organismo encargado de llevarla a efecto –las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hubieran detectado al menor– tenga conocimiento previo del recurso de protección en que puede ser acogido el mismo. Y ello implica que los Servicios de Protección de Menores en cada provincia deben establecer un protocolo de derivación de casos de menores extranjeros no acompañados que cubra todas las posibles situaciones que pudieran darse –horario nocturno, días festivos, etc.– y comunicar dicho protocolo de derivación a los organismos encargados de la distribución de los menores⁵¹⁶.

Por ello, los organismos administrativos de protección del menor de cada Comunidad Autónoma, conforme a la división provincial o sectorial en que se estructuran sus servicios deben remitir a las Fiscalías correspondientes un detallado protocolo en el que se determine qué centro de protección debe hacerse cargo de un menor extranjero no acompañado en función del momento y la zona geográfica en que sea detectado el mismo.

⁵¹⁶ Estos protocolos de derivación, como apuntamos, deben ser muy minuciosos ya que no es una mera hipótesis el que puedan darse situaciones en que los menores sean detectados por las fuerzas de seguridad en momentos poco idóneos para trámites administrativos, sino que resulta muy habitual que las detecciones de estos menores se produzcan, precisamente, en horarios nocturnos y/o en días festivos.

El principio del superior interés del menor debe guiar también la elaboración de tales protocolos, y tal interés en este caso será lograr que su ubicación en un recurso de protección se realice con la mayor celeridad y del modo menos traumático para el menor, tanto desde el punto de vista psicológico como físico. Asimismo, al elaborar el protocolo habrá que intentar conjugar los intereses del propio Servicio de Protección de Menores –que tratará de lograr un reparto equilibrado de los menores extranjeros entre los recursos disponibles– y los intereses de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad –que tratarán de limitar sus desplazamientos y evitar gestiones innecesarias–.

Estos protocolos de derivación de menores deben permitir también conocer que recursos del sistema de protección deben utilizarse en el caso de que se dé la situación que contempla el apartado 1 del art. 35 de la LOEXIS y 92.4 del ReLOEXIS, de que el menor precise de algún tipo de atención inmediata y urgente por su situación física o mental en el momento de la detección.

La puesta a disposición del menor que realiza el Fiscal supone, en la práctica, que el menor pasa a estar bajo la guarda de la Administración pública competente en materia de protección de menores del lugar en que ha sido detectado el menor. Esto supone una diferencia fundamental respecto del resto de menores que son objeto de protección pública. Así, normalmente, el menor no va a quedar bajo cuidado de la Administración pública hasta que no se haya declarado la situación de desamparo, y asumido su tutela la Administración. Sin embargo, en el caso de los

menores acompañados, no existe ninguna referencia legal al título mediante el cual los Servicios de Protección de Menores correspondientes asumen la guarda del menor una vez que el Ministerio Fiscal lo pone a su disposición.

Lo procedente, entendemos, será la declaración de desamparo de dicho menor, tan pronto como sea posible comprobar su situación personal y familiar, y que efectivamente se encuentra separado de las personas encargadas de su guarda, para que la Administración asuma su tutela, aportando así un soporte jurídico a toda la intervención que se desarrolle con el menor posteriormente.

Sin embargo, en muchas ocasiones el menor se encuentra en el correspondiente centro de acogida en una situación de mera guarda de hecho, sin que se produzca una declaración de desamparo, quedando en situación de provisionalidad ya que tras la averiguaciones pertinentes sobre su situación personal y familiar no se procede a su declaración de desamparo y consecuente asunción de su tutela administrativa.

Este hecho conlleva efectos jurídicos bastante perniciosos para el menor ya que le impediría disponer de documentación que avalase su estancia en nuestro país, como interno en un centro de protección. El menor estaría guardado y cuidado, de hecho, en un centro de protección, sin embargo no dispondría de ningún tutor que durante su estancia pudiera ejercer en su nombre y representación otro tipo de actuaciones relevantes,

preferentemente en cuanto a la legalización de su estancia en nuestro país y en lo referente a la obtención de formación idónea a sus circunstancias particulares.

Otra consecuencia que deriva de la ausencia de tuteladas administrativas de los menores inmigrantes alojados en centros de acogida es la situación de provisionalidad en que quedan los menores, sin saber si su futuro ha de ser el regreso a su país o su estancia definitiva en el nuestro, todo ello en ausencia de familiares que velen por ellos y dependiendo totalmente de lo que respecto de su futuro pudieran proveer los responsables de los centros donde estuviesen ingresados. Estos centros se encuentran además con múltiples inconvenientes burocráticos a la hora de conseguir para los menores determinadas prestaciones sociales y educativas ya que éstos carecen en muchos de los casos de la documentación requerida en las diferentes normas reguladoras.

Hemos de preguntarnos si es correcto considerar que el menor extranjero no acompañado se encuentra en situación legal de desamparo. Conforme a lo establecido en el artículo 172.1 del Código Civil, párrafo 2⁵¹⁷, que manifiesta que *«Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria*

⁵¹⁷ Redactado conforme lo dispuesto en la Disposición Final Quinta de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

asistencia moral o material», la conclusión resulta obvia. Un menor que se encuentra en territorio español sin ningún adulto que lo acompañe, que en muchas ocasiones no habla ni entiende bien el idioma del lugar donde se encuentra, y que carece de recursos para su sustento se encuentra en la situación de privación de atención material o moral, motivada, en este caso, por el imposible ejercicio de los deberes legales de guarda.

No obstante, debemos tener en cuenta que la declaración de desamparo de un menor es una competencia que corresponde a la Comunidad autónoma en que este tenga su residencia o en la que se encuentre (en el caso de los MINA). Como ya se ha visto, y conforme a la previsión del artículo 148.1.20º de la Constitución española, las distintas Comunidades Autónomas asumieron competencias de carácter exclusivo en materia de asistencia social (título competencial de referencia para la actuación con los menores en situación de riesgo y desamparo) con diversas denominaciones en sus respectivos Estatutos de Autonomía, y también la mayor parte de los Estatutos de Autonomía hacen referencia de forma particular a la competencia en materia de protección de menores.

Si atendemos a los motivos concretos que determinaban el desamparo regulados en las leyes autonómicas relativas a la protección de los menores, también encontraremos motivos suficientes para estimar la situación de desamparo del menor. Así, ocurrirá en los casos en que se prevé como causa del desamparo

la ausencia de escolarización del menor (esto cuando se trata de menores de dieciséis años), o considerando como causa del desamparo la falta de las personas a las que corresponde por ley el ejercicio de las funciones de guarda⁵¹⁸.

Sin embargo, no es tan claro que pueda subsumirse el caso de los menores extranjeros no acompañados en el supuesto de abandono por parte de los padres al que se refieren también como motivo de desamparo muchas normas autonómicas, al menos en todos los casos. Pese a que existen casos en que el menor efectivamente resulta abandonado por sus familiares, y proviene de una vida en la calle en su país de origen, es más frecuente que los menores extranjeros no acompañados que entran en España sean «enviados» por su familia, o hayan querido emigrar como decisión propia dentro de un proyecto migratorio de carácter entre familiar y personal, pues tiene como objetivo la búsqueda de empleo y el apoyo económico a la familia en el país de origen, con la que el menor sigue manteniendo el contacto en todo momento.

Esto no es óbice para que la situación del menor en España siga siendo considerada como desamparo, pues de hecho faltan los adultos responsables del cuidado del menor, aunque este

⁵¹⁸ Así aparece también en el artículo 23.i) de la Ley andaluza; en el art. 59.b) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de protección de la infancia y la adolescencia de Aragón; art. 5.b) de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia en las Islas Baleares; art. 46.2 letra e) de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores canaria; art. 56.a) de la Ley 14/2002, de 25 de julio de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León; o en el art. 2.2 letra a) de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción en Cataluña.

«desamparo voluntario» va a plantear sin duda profundos interrogantes a la hora de determinar la conveniencia del retorno del menor a su país de origen o su permanencia en España.

En cuanto a la aplicación de la legislación protectora existente en España a estos menores, debemos tomar como punto de referencia, de un lado, el artículo 9.6 del Código civil, que dispone que: *«La tutela y 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»*.

Podemos determinar, como hace MARÍN GARCÍA⁵¹⁹, que la declaración de desamparo y la consiguiente asunción de la tutela por la entidad pública, según las características que de ella hemos analizado, destaca más por su función de medida protectora que por el de tutela en sentido estricto conforme al Derecho civil, por lo que sería aplicable al menor extranjero no

⁵¹⁹ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «Ámbito de protección de los menores inmigrantes. La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España», Actualidad Civil, 2001 (4), p. 1248.

acompañado, conforme al art. 9.6 del Código civil, la ley española en cuanto a las medidas de protección que se le pueden aplicar, considerándolo como un menor que se encuentra abandonado en territorio español.

Esta aplicación de la ley española en la adopción de medidas protectoras resulta aún más clara si tenemos en cuenta, por otra parte, el art. 1 de la LO 1/1996 de protección jurídica del menor, que extiende su ámbito de protección 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»*. Ofrece también apoyo el art. 18.1 de la misma Ley, que determina que la entidad pública competente que considere que un menor se encuentra en situación de desamparo, deberá actuar conforme a lo previsto en el art. 172 y ss. del Código civil (y conforme a lo dispuesto en las leyes autonómicas de protección del menor), adoptando las medidas oportunas de protección, en este caso la declaración de desamparo, y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Finalmente, el principio del superior interés del menor avala también esta opción, ya que *«de lo que se trata es de proporcionar al menor desamparado la ayuda moral y/o material necesaria y proteger a la sociedad de los peligros que entraña la defectuosa asistencia de la juventud»⁵²⁰*.

⁵²⁰ FERNÁNDEZ MASÍA, E., «Las entidades públicas y la protección de menores extranjeros en España», Actualidad Civil, núm. 19, 1998 (tomo 2), p. 438.

Esta aplicación de las medidas protectoras previstas en la legislación española a los MINA es unánime actualmente, pero se produjo una fuerte polémica a raíz de la interpretación por parte de la Instrucción 3/2003, de 23 de octubre, del Fiscal General del Estado⁵²¹, en torno a la excepción que establece el art. 1 LOPJM en su ámbito de actuación, cuando los menores «*en virtud de la Ley que les sea aplicable hayan alcanzado la mayoría de edad*⁵²²», que consideraba a los menores extranjeros no acompañados como mayores de edad, determinando en consecuencia su devolución o expulsión a su país de origen en lugar de la adopción de medidas de protección.

El planteamiento de la Instrucción 3/2003 resultaba un tanto alarmista, en tanto se refería a la necesidad de «extremar las precauciones para que el sistema de derechos y garantías de los Estados de la Unión Europea no pueda ser fraudulentamente utilizado por los infractores de las respectivas legislaciones de extranjería para forzar una residencia de todo punto improcedente». En concreto, se refería al «tratamiento jurídico y asistencial que, hasta la fecha, se está dando en España a la avalancha de extranjeros menores de edad e indocumentados,

⁵²¹ Instrucción 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».

⁵²² En el mismo sentido, vimos que el art. 1 de la Convención de los Derechos del Niño no incluye entre los menores de dieciocho años (ámbito subjetivo de la Convención), a aquellos que hayan alcanzado antes de esa edad la mayoría de edad en virtud de la ley que les sea aplicable.

que, sin familia ni medios de vida, acceden ilegalmente a nuestro país por los más variados medios. La situación en que se encuentran estos menores determina, por regla general, la tutela automática de la Administración y, como consecuencia, la futura residencia legal en España».

Por otra parte, la referida Instrucción se refería a los limitados recursos materiales de los llamados países de acogida, entre los que se encuentra España, y la imposibilidad de asumir los actuales flujos migratorios sin poner en peligro el bienestar económico del Estado, manifestando que *«no podemos más que constatar el desbordamiento del sistema español de protección de menores frente a un colectivo humano que, en la mayoría de los casos, rechaza sistemáticamente la escolarización y las atenciones que se le ofrecen en los centros públicos»*. Es cierto que los recursos asistenciales son limitados, pero no deben situarse, desde un primer momento, por encima del supremo interés del menor, ni usarse como excusa para rechazar la defensa de los derechos del menor que es obligada para los poderes públicos.

El nudo gordiano de la Instrucción consistía en la afirmación de que «la minoría de edad, sin el referente de una persona mayor de edad, no debiera asegurar por sí sola una declaración de desamparo», y que, por lo tanto, «la figura del retorno o devolución puede ser aplicada a los extranjeros menores de edad que

accedan ilegalmente a nuestro país»⁵²³. Tal afirmación se fundamentaba en que las normas estatales o autonómicas de protección de menores no pueden ser aplicadas a los menores de edad emancipados, y consideraba a los menores no acompañados como menores emancipados, argumentando el hecho de que viajan sin compañía de sus padres o tutores y son tratados como adultos en su propio país de origen, equiparando esta situación a las que determinan la emancipación en la legislación española⁵²⁴, sobre todo en el caso de emancipación por vida independiente⁵²⁵.

⁵²³ En este sentido se había pronunciado ya algún autor, como el Fiscal LÓPEZ LÓPEZ, A., «Inmigración ilegal de menores de edad. Tratamiento jurídico» en *Anuario de Justicia de menores*, núm. I, 2001, págs. 113-141.

⁵²⁴ Se consideran emancipados los españoles mayores de dieciséis años que, con consentimiento expreso o presunto de sus padres, tengan un trabajo remunerado por cuenta ajena (art. 7.b, del Estatuto de los Trabajadores), vivan de forma independiente (art. 319 CC), o, habiendo contraído matrimonio, tienen su propia familia (art. 316 CC).

⁵²⁵ La emancipación es un acto existente en algunos sistemas jurídicos en virtud del cual se habilita al menor de edad a regir su persona y sus bienes como si fuera mayor. El Código civil español la prevé en una serie de supuestos (por matrimonio, por concesión de quienes ejercen la patria potestad otorgada mediante escritura pública, etc.), y en caso de vida independiente el menor consentida, de forma expresa o tácita, por los padres, que en cualquier caso pueden revocar este consentimiento. No obstante, a los menores extranjeros no les es de aplicación el Código civil español, sino que se regirán en este aspecto por su ley nacional, según el art. 9 CC.

ADROHER BIOSCA (*op. cit.* pp. 268-269) analiza el caso de los menores marroquíes no acompañados, por ser el colectivo de mayor presencia en España. Según la normativa marroquí en esta materia, una de las obligaciones de los padres es la guarda del hijo (hadana), que consiste en preservarle, en la medida de lo posible, de lo que le sea perjudicial, criarlo y velar por sus intereses (art. 97 del Dahir de 1957), precisándose por la ley 10/9/93 que modificó algunos de sus preceptos, que la duración de la guarda se prolonga hasta los 12 años para los niños y 15 para las niñas. La obligación del padre de prestar alimentos entre otros, a sus hijos, subsiste para las hijas hasta el día en que se casen y para los hijos hasta la llegada de la pubertad siempre que sean sensatos y capaces de ganarse la vida, salvo que deseen proseguir sus estudios en cuyo caso la obligación persistirá hasta los 20 años (art. 126). La situación de los menores marroquíes no

La situación de emancipación, según el planteamiento del Fiscal General del Estado excluye la declaración de desamparo pues no se produciría el elemento objetivo necesario para que exista desamparo, esto es, el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores. Al no considerarse en situación de desamparo a los menores interceptados por las autoridades intentando entrar ilegalmente en España, conforme al art. 60.1 LOEXIS se procedería a su retorno al país de origen en el plazo más breve posible.

Las críticas a la Instrucción 3/2003 fueron contundentes, produciéndose diversos comunicados y declaraciones exigiendo su retirada con apoyo de un gran número de asociaciones y fundaciones⁵²⁶, y también desde la doctrina⁵²⁷, que resultaron

acompañados puede responder a esta regulación y concepción familiar en virtud de la cual el niño con 12 años ya no está bajo la guarda de sus padres y en muchos casos debe ganarse la vida y contribuir al sustento familiar. Sin embargo, no se puede interpretar que en estos casos nos encontremos ante una emancipación, puesto que el Dahir de 1958 (arts. 165 y 66) indica lo contrario, al disponer que «el menor está sujeto a la tutela hasta que llegue a la mayoría de edad salvo en los casos en los que dicha tutela se prorrogue por causa de interdicción. A la edad de los dieciocho años, el menores, si su tutor le juzga apto, puede se emancipado tras la realización de las formalidades legales necesarias para este fin». De esto se deduce que no existe en el Derecho marroquí una emancipación equivalente a la prevista en el art. 319 del Código civil español. Aunque los menores desde los 12 años tienen capacidad para ganarse la vida, pero la autoridad paterna subsiste, de acuerdo con el sistema fuertemente patriarcal de la sociedad islámica.

⁵²⁶ Podemos citar el Manifiesto que se denominó «Declaración de Tetuán», pues se produjo en el seno de un coloquio internacional titulado «*La problemática de la repatriación de los menores migrantes no acompañados: estrategia y futuro*» que tuvo lugar en dicha ciudad durante los días 28 y 29 de Junio de 2003 a instancias de la Asociación para la Protección de la Infancia y Sensibilización de la Familia (APISF), en colaboración con la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias de la

determinantes para que la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, del Fiscal General del Estado sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros, dejase sin efecto la anterior, en cuanto había generado «*vacilaciones y dudas y, en ocasiones, interpretaciones que no se cohonestan con el principio general de prevalencia del interés superior del menor*», y argumentando que entraba en contradicción con anteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado sobre la materia, provocando disfunciones y problemas en cuanto a la definición del tratamiento jurídico aplicable a estos menores.

Los criterios que deben seguir los Fiscales en materia de menores extranjeros, según la Instrucción 6/2004, son los del epígrafe IV sobre El Ministerio Fiscal y los menores extranjeros de la Circular 3/2001, de 21 de diciembre relativa a la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería, así como la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual art.

Junta de Andalucía. En el evento participaron tanto investigadores como especialistas y activistas de la sociedad civil que trabajan entorno a la temática de la inmigración de menores en España, Francia, Italia y Marruecos.

Pocos meses después se produjo el comunicado exigiendo la retirada de la Instrucción fruto del III Encuentro Ciudadano Estatal en Defensa de los Derechos de Niñas, Niños, Adolescentes y Jóvenes No Acompañados, celebrado en noviembre de 2003 en Madrid, suscrito por más de 60 asociaciones y fundaciones.

⁵²⁷ Vid. CARRIÓ SAMPEDRO, A., «La actitud de la Fiscalía General del Estado ante la protección jurídica del menor extranjero, consideración crítica de la instrucción 3/2003», Diario La Ley, año XXV. Número 6003. Viernes, 23 de abril de 2004; RUIZ LEGAZPI, A., «Los problemas jurídicos...», cit.; CAMPUZANO DÍAZ, B., «Los menores marroquíes no acompañados, del derecho a la realidad», Actas del 4º Congreso de la Inmigración extranjera en España, Gerona, 10 al 13 de noviembre de 2004 (actas editadas en soporte electrónico).

35 de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

La Instrucción 6/2004 sintetiza Las pautas de la actuación de la Fiscalía en su intervención en estos procesos, estableciendo con carácter general la presunción *iuris tantum* de que es menor todo extranjero que no haya cumplido aún los dieciocho años, en tanto no se pueda acreditar fehacientemente la emancipación del extranjero menor de esa edad conforme a su ley personal.

Nada dice respecto a si debe declararse en desamparo al menor o no, pero afirma que el art. 35 LOEXIS se aplicará a los menores extranjeros indocumentados cuya menor edad no pueda establecerse con seguridad, y que hayan sido localizados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado por motivos distintos a la imputación de la comisión de una infracción penal. Así se evita que pueda incoarse un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería, y en particular por aquellos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o la medida cautelar de internamiento, contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad.

Además, si se establece la minoría de edad del sujeto, deberán proporcionársele las medidas de protección y asistencia previstas en la ley española para cualquier menor residente en nuestro territorio, sea español o extranjero. Entre estas medidas estarían la posible declaración de desamparo y la asunción de la

tutela por la entidad pública de protección de menores, una vez puesto el menor a disposición de la misma.

No tiene sentido la práctica de retrasar, por parte de la Administración competente en materia de protección de menores, la declaración de desamparo, puesto que dicha declaración aporta, como hemos visto, seguridad jurídica y mejores perspectivas para la integración del menor que se encuentra bajo la guarda de la Administración, y además, tal declaración no impide que, posteriormente, se pueda proceder a la reagrupación familiar del menor si se considera que esto es lo más conveniente para su interés.

V.2.6 La decisión gubernativa sobre la repatriación o permanencia de los MINA

Una vez que se determina la condición de menor y se verifica la situación de desamparo del menor extranjero no acompañado, su condición de extranjero conlleva la aplicación de un régimen jurídico especial, el régimen de extranjería, salvo que pueda ser beneficiario del régimen comunitario o de asilo y refugio, circunstancia que ocurre en muy escasas ocasiones.

El tratamiento jurídico particular que se da a los menores inmigrantes con carácter general, y en particular a los no acompañados, supone una importante manifestación de la política

de inmigración de un Estado. En el Derecho español, no se reguló esta cuestión en la Ley de extranjería de 1985 ni en su primer reglamento, de 1986⁵²⁸, y fue el art. 13 del Reglamento de 1996⁵²⁹, coincidiendo con los inicios de este fenómeno, el que reguló por primera vez la situación de estos menores, titulando además dicho artículo «menores en situación de desamparo» (lo que resulta muy esclarecedor), y estableciendo los principios básicos de su regulación. Se prohibió aplicarles medidas de expulsión, pero primó la opción por la reagrupación del menor con su familia en su país de origen, colaborando para ello la autoridad

⁵²⁸ Real Decreto 1196/86, de 26 de mayo (BOE núm. 140, de 12 de junio de 1986, rectificado por BOE núm. 175, de 23 de julio de 1986).

⁵²⁹ Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero (BOE núm. 47, de 23 febrero 1996).

«Artículo 13. Menores en situación de desamparo. 1. Cuando se trate de menores en situación de desamparo en los términos establecidos en la legislación civil, éstos serán encomendados a los Servicios de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, poniéndolo en conocimiento, asimismo, del Ministerio Fiscal. En ningún caso, estos menores podrán ser objeto de las medidas de expulsión previstas en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985 y en este Reglamento:

a) Si se trata de menores solicitantes de asilo, se estará a lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 15 del Reglamento de ejecución de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994 de 19 de mayo.

b) En los demás supuestos, los órganos públicas competentes colaborarán con los Servicios de Protección de Menores para la reagrupación familiar del menor en su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares. Asimismo, se podrá repatriar al menor cuando los servicios competentes de protección de menores de su país de origen se hiciesen responsables del mismo. En todo caso, las autoridades españolas velarán por que el retorno del menor no pueda suponer peligro para su integridad, o su persecución o la de sus familiares.

2. A instancias del órgano que ejerza la tutela, 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 competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente. Si el menor careciere de documentación y por cualquier causa no pueda ser documentado por las autoridades de ningún país, se le documentará de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de este Reglamento».

gubernativa y los Servicios de Protección de Menores, a los que se encomiendan los menores por su situación de desamparo. Destacan de esta primera regulación, fundamentalmente, el establecimiento del derecho del menor a ser documentado, y la posibilidad de obtener un permiso de residencia.

En la redacción original de la Ley Orgánica 4/2000 y su Reglamento de 2001, se regula también la situación de estos menores, poniendo el énfasis en su repatriación, y si ésta no es posible, estableciendo mecanismos que favorezcan su integración en la sociedad.

El nuevo RELOEXIS de 2004 ha mantenido prácticamente íntegro en su art. 92 el texto del art. 62 del Reglamento de 2001, que regula de forma más pormenorizada el procedimiento a seguir con los menores extranjeros no acompañados, en desarrollo del art. 35 LOEXIS.

Se ha modificado el título del art. 92 ReLOEXIS, introduciéndose el de «*menores extranjeros no acompañados*», en lugar el de «*menores extranjeros en situación de desamparo*», lo que parece una vuelta de tuerca más en orden a no considerar automáticamente la situación de desamparo de estos menores; también, pese a que se toman medidas favorables a la integración del menor, se le coloca en una posición de inseguridad permanente respecto de su situación, pues se prevé que pueda ser repatriado incluso después de haberse decidido su permanencia en España y haber obtenido una autorización de

residencia. En contrapartida, se añade la garantía de que la repatriación del menor sólo se acordará si se dieran las condiciones para su efectiva reagrupación familiar, o para la adecuada tutela por parte de los Servicios de Protección de Menores de su país.

Una vez que el menor se encuentra bajo la guarda de los servicios de protección, dispone el apartado 3, del art. 35 LOEXIS que *«La Administración del Estado, conforme al 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 aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España»*. Así pues, es competencia del Estado decidir si se dan las circunstancias idóneas para el regreso del menor a su país y familia de origen, o si resulta más conveniente para su superior interés su permanencia en España.

V.2.6.1 Investigación de las circunstancias personales y socio-familiares del menor como base de la decisión

Para resolver si el menor debe reintegrarse con su familia en su país de origen o si es más conveniente para su interés que permanezca en España, se inicia un procedimiento en que las distintas Administraciones competentes deberán averiguar cuál es

la identidad real del menor inmigrante y cuáles son sus circunstancias personales y socio-familiares.

La decisión sobre la repatriación del menor inmigrante o su permanencia en España está íntimamente ligada a la información que pueda conseguirse sobre sus circunstancias personales y familiares y sobre su país de origen, por lo que es necesario que analicemos detalladamente las cuestiones que surgen en el proceso de recogida de información por parte de las administraciones públicas relativas a las circunstancias personales del menor inmigrante.

En primer lugar, teniendo en cuenta la implicación de la Administración del Estado, competente en materia de extranjería (y por tanto encargada de devolver al menor con su familia), y las administraciones autonómicas competentes sobre los menores tutelados, debemos preguntarnos cuál será la administración responsable de la investigación y el acopio de los datos relativos a la identidad del menor y sus circunstancias personales y socio-familiares, que posibiliten, posteriormente, adoptar una decisión sobre el futuro del mismo.

Como hemos visto anteriormente, el art. 35.5 LOEXIS determina que los Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado adopten las medidas técnicas necesarias para la identificación los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna

institución pública nacional o extranjera encargada de su protección.

Esto, como vimos, parece hacer referencia al momento de su detección, a efectos de determinar su identidad y su minoridad, para establecer si le será aplicable el régimen general de extranjería o si pasa a disposición de los Servicios de Protección de Menores. No se puede deducir de este precepto que sea la Administración del Estado la única responsable de investigar las circunstancias del menor, sobre todo a la luz de lo dispuesto en el apartado 4 del art. 62 del ReLOEXIS, cuyo párrafo 2º dispone que: *«El procedimiento se iniciará de oficio por la Administración General del Estado o, en su caso, a propuesta de la entidad pública que ejerza la tutela del menor. El órgano encargado de la tutela del menor ha de facilitar a la autoridad gubernativa cualquier información que conozca relativa a la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio, así como comunicar las gestiones que haya podido realizar para localizar a la familia del menor»*.

Este precepto parece reconducir la realización práctica de dichas averiguaciones al órgano encargado de la tutela del menor, es decir, a la Administración Autonómica, liberando de tal carga a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado⁵³⁰.

⁵³⁰ Resulta lógica esta opción, si pensamos que será más sencillo para los servicios de protección del menor obtener la información, pues tienen contacto directo con el menor y pueden ganarse su confianza y la de su familia, en su caso, mientras que sobre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad siempre pesará la desconfianza del menor inmigrante o su familia, pues su presencia y actuación suele relacionarse más con las medidas de expulsión que con las protectoras.

De la combinación de los dos preceptos anteriores podemos deducir que la Administración del Estado es la responsable última de la averiguación de la identidad y las circunstancias personales y socio-familiares del menor inmigrante, al menos en que deberá disponer de todos los datos necesarios a tal efecto, utilizando cuantos medios se estimen útiles o necesarios para acopiar la información y los datos precisos para tomar una decisión sobre el destino del menor.

La Administración autonómica, en cuanto tuteladora del menor, tiene la obligación de colaborar activamente con la Administración del Estado facilitándole cuanta información disponga respecto de la identidad y circunstancias familiares del menor⁵³¹.

La normativa no ofrece demasiadas pistas respecto a la forma de desarrollarse del proceso de investigación de la identidad y circunstancias personales y socio-familiares del menor inmigrante. El párrafo 2º del art. 62.4 de la LOEXIS. especifica que el proceso «(...) *se iniciará de oficio por la Administración General*

⁵³¹ Esta obligación que recae sobre el organismo de protección de menores de colaborar en el proceso de identificación del menor inmigrante es lógica, no sólo desde la perspectiva de la necesaria colaboración interadministrativa y la lealtad institucional, sino también desde la óptica de la protección de menores, por cuanto la identificación del menor se puede enmarcar dentro de la garantía del derecho a la identidad personal que todo menor ostenta de conformidad con la Convención de Derechos del Niño (art. 8) y, fundamentalmente, porque de la determinación de cuales sean las condiciones personales y familiares del inmigrante dependerá la adopción o no de una medida de protección sobre el menor por parte del ente tutelar.

del Estado o, en su caso, a propuesta de la entidad pública que ejerce la tutela del menor».

Por otro lado, el párrafo 4, dispone que la Administración General del Estado (que es la competente para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación desde España de un menor extranjero en situación de desamparo), a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, solicitará a la Comisaría General de Extranjería y Documentación la realización de las gestiones necesarias ante las embajadas y consulados correspondientes, para localizar a los familiares de los menores o, en su defecto, los Servicios de Protección de Menores de su país de origen que se hicieren responsables de ellos. Esto salvo que no existiera representación diplomática en España, en cuyo caso estas gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

Esta es la vía más lógica para investigar las circunstancias personales y socio-familiares del menor inmigrante. Podría aprovecharse para este fin el cumplimiento de la obligación estipulada en las normas internacionales de informar de la presencia en nuestro país de un menor al representante diplomático del país de origen. Así, a la vez que se cumplimenta esta obligación se puede interesar de dicho representante diplomático la realización de las gestiones necesarias para identificar al menor y localizar a su familia.

Esta vía es la que se utiliza también para obtener información en aquellos casos de menores extranjeros no

acompañados que son detectados en nuestro país y presentan la particularidad de proceder de países cuya situación socio-económica y política no propicia situaciones de inmigración irregular (p.e. países de la Unión Europea o de Norteamérica). En estos casos hablaríamos de menores extranjeros no acompañados, pero no de menores inmigrantes.

Pese a que todos los niños y niñas deben ser protegidos en la misma medida, no es posible negar la realidad. 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. No se pueden contemplar ni tratar del mismo modo la situación de un menor procedente de un país donde funcionan correctamente los organismos oficiales y los servicios sociales, y donde es posible localizar a los familiares etc., que la de un menor procedente de un país del que ni siquiera existe embajada en España o que no responde a las solicitudes de información que se le formulan desde la administración autonómica y estatal españolas.

En base a estas consideraciones, MORENO-TORRES SÁNCHEZ⁵³², contrapone las circunstancias que se producen

⁵³² MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., «Particularidades de la protección de los menores extranjeros en función del país de origen». Seminario de Expertos: La

entre los menores extranjeros no acompañados procedentes de países europeos, y los del resto de países.

En el caso de los menores procedentes de países europeos, que son actualmente numerosos en España (especialmente los de origen británico y alemán)⁵³³, una vez iniciada cualquier intervención en riesgo o protección, el desarrollo del proceso es el siguiente:

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. Las notificaciones y el derecho de los padres a ser oídos en los casos, bastante frecuentes, de prisión de los padres en otros países, se garantiza a través del consulado que se encarga de comunicar a los padres la situación de sus hijos.

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 protección.

protección de los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes, IV Foro Andaluz de la Infancia, 2005, 17 y 18 de noviembre de 2005 (en prensa).

⁵³³ Según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), obtenidos de la explotación de los datos referidos al padrón municipal, a 1 de enero de 2005, los ciudadanos británicos residentes en España eran 227.187 (un 6,09 % respecto al total de extranjeros residentes en España), y los ciudadanos alemanes eran 133.588 (un 3,58 % del total de extranjeros). Los ciudadanos italianos se sitúan en tercer lugar (95.377 residentes, un 2,56 % del total), seguidos de los franceses (77.791, un 2,09 %), y los portugueses (66.236, el 1,78 % del total de extranjeros residentes).

Asimismo los consulados auxilian en la obtención de documentación de los menores (o en su caso expiden los documentos de viaje necesarios). Son los propios consulados en ocasiones los que se encargan de facilitar los billetes de avión y organizar en general el traslado del menor.

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 rápida.

Estos menores extranjeros que ocasionalmente son detectados en nuestro país sin la compañía de adultos, suelen aducir razones de aventura o desavenencias familiares puntuales para justificar su presencia en nuestro territorio. Normalmente, en estos casos se comunica la presencia del menor al representante diplomático del país de procedencia y éste –por lo general en un plazo breve– se pone en contacto con la familia del menor y/o con los Servicios de Protección de Menores de su país, para a continuación formalizar una petición de repatriación del menor por reagrupamiento familiar o por puesta a disposición del servicio tutelar de menores, aportando cuanta información se requiera sobre los antecedentes y situación socio-familiar del menor a efectos de cumplimentar los requerimientos de las autoridades españolas. La efectividad de la repatriación del menor suele ser casi inmediata y su permanencia en centros de protección españoles muy breve.

Ahora bien, esta vía lógica de obtención de información sobre el menor y su familia se ve cuestionada en los casos de menores inmigrantes cuyo país de origen por las circunstancias que sean –sociales, económicas, políticas o de otra índole– no facilita a las autoridades españolas la información necesaria para acreditar que, en el caso de proceder a la repatriación del menor, *«no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o de sus familiares»* tal y como exige el Artículo 62 del ReLOEXIS, situación en que se encuentra Marruecos, que es el país de la mayor parte de menores inmigrantes no acompañados (más del 90%)⁵³⁴.

Ante esta situación lo lógico sería que la Administración del Estado, responsable última según la vigente legislación de extranjería de investigar las circunstancias personales y familiares del menor inmigrante, adoptase las medidas que fuesen necesarias para recabar esta información con la mayor celeridad posible, utilizando cualquier vía para ello. Sin embargo, esto no es así, la Administración del Estado no realiza actividad alguna encaminada a investigar la realidad personal y socio-familiar del menor, sino que se limita a esperar a que sea el Servicio de

⁵³⁴ Esta autora pone como ejemplo el caso de Andalucía, en la que existen tres representaciones consulares del Reino de Marruecos, ubicadas en Algeciras, Sevilla y Almería. Estos Consulados deben ser informados por la autoridad gubernativa española de cualquier caso de detección en nuestro país de un menor no acompañado que pudiera ser de esa nacionalidad, de conformidad a lo estipulado en las normas internacionales, pero los representantes del sistema de protección de menores en las diferentes provincias andaluzas indican que nunca habían recibido información procedente de los Consulados marroquíes sobre los menores inmigrantes acogidos en los centros de protección.

Protección de Menores quien le facilite la información que precisa para adoptar una decisión sobre el futuro del menor. Podemos decir incluso que la decisión que finalmente se adopta sobre la permanencia o no del menor en nuestro país va a depender en un elevadísimo porcentaje de la información que recabe y aporte el Servicio de Protección de Menores a la Administración del Estado.

De este modo, y por la vía de hecho, el Servicio de Protección de Menores pasa de ostentar una función de mero colaborador o auxiliar de la Administración del Estado, a ejercer un papel protagonista en todo el proceso de información y decisión sobre el menor inmigrante. Este papel, pese a que rebasa el que prevé la legislación de extranjería, resulta más acorde con la misión que los Servicios de Protección de menores deben asumir.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 35.4 de la Ley de Extranjería sobre la función colaboradora que corresponde a los Servicios de Protección de Menores, éste puede optar, bien por ofrecer a la Administración del Estado la información que voluntariamente facilite el menor inmigrante en el centro de protección –nombre, edad, procedencia, datos familiares, etc.–; o bien por realizar una investigación lo más amplia posible para determinar cuales son las circunstancias reales, personales y socio-familiares, del menor inmigrante.

En el primero de estos supuestos, pese a que se estaría cumpliendo estrictamente la obligación legal de colaboración con la Administración del Estado en la averiguación de las

circunstancias del menor inmigrante, no se estaría sin embargo respetando las obligaciones que la legislación de protección de menores atribuye al servicio de protección respecto de los menores sujetos a su tutela. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta el hecho de que, a su llegada a los centros, en la mayoría de los casos la información personal y familiar ofrecida por los menores inmigrantes es muy escasa y frecuentemente resulta ser falsa.

Si dicha información escueta y de dudosa veracidad es la única base con la que cuenta la Administración del Estado para adoptar una decisión sobre la permanencia o retorno del menor, existen muchas posibilidades de que dicha decisión no sea la más acertada y en ocasiones pueda suponer un riesgo para el propio menor o su familia. La única protección que quedaría al menor en este caso, sería la actuación del Ministerio Fiscal, a quien corresponde velar en última instancia porque la decisión que adopte la Administración del Estado sea respetuosa y acorde con los derechos del menor, puesto que dicha Administración debe poner en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones llevadas a cabo para decidir la situación del menor (art. 92.4 párrafo 3 del ReLOEXIS).

La responsabilidad que ostentan los Servicios de Protección del Menor respecto de los menores que se encuentra bajo su guarda o tutela, y cuyos derechos tiene la misión de proteger, implica que deben tratar de profundizar al máximo en la investigación sobre las circunstancias personales y familiares del

menor a fin de asegurarse de que la decisión que finalmente se adopte sobre su futuro sea lo más ajustada posible al principio de prevalencia del interés superior del menor. No olvidemos que desde la lógica estatal, la opción preferente es siempre el retorno del menor, al actuar desde una perspectiva en la que prevalece la condición de extranjero de la persona sobre la de menor, por lo que una intervención en profundidad de los Servicios de Protección que tienen como lógica en todo momento el interés del menor, es un contrapeso imprescindible a la hora de determinar su situación.

De este modo, aún cuando la vigente legislación y la práctica internacional nos lleven a concluir que son la Administración estatal y el país de origen del menor inmigrante quienes deberían asumir la función de aportar la información necesaria para decidir sobre el futuro del menor, la evidencia de que dichas responsabilidades no están siendo debidamente asumidas, nos lleva a defender la necesidad de que sea el Servicio de Protección de Menores, como parte de la función tuitiva que el ordenamiento jurídico le atribuye, quien asuma tal función, por ser ésta la única forma de garantizar que el interés superior del menor se va a anteponer a cualquier otra consideración⁵³⁵.

⁵³⁵ Los procedimientos utilizados para la averiguación de los datos personales y socio-familiares de los MINA, dependen de cada Servicio de Protección, de su organización, medios personales y materiales, y en muchos casos de su imaginación. En

A este respecto, conviene no olvidar que cuanto mayor sea el tiempo transcurrido para adoptar una decisión definitiva sobre la permanencia o no del menor en nuestro país y sobre la conveniencia o no de aplicar al mismo alguna medida de protección, más difícil y arduo será el proceso de integración de dicho menor. Es decir, el mayor perjuicio por la falta de una investigación rápida y eficaz sobre las circunstancias personales y familiares del menor inmigrante recae, en primer lugar, sobre el menor y, en segundo lugar, sobre el propio sistema de protección de menores que se ve abocado a tener que acogerlo y atenderlo en condiciones precarias y con una total incertidumbre sobre su futuro⁵³⁶, de lo que se concluye, una vez más, que el interés del menor exige la máxima celeridad y diligencia por parte de la Administración

unos casos, es el propio personal del centro en que se encuentra acogido el menor el que realiza las averiguaciones, normalmente el director del centro con la ayuda de los educadores o mediadores culturales, fundamentalmente mediante entrevistas con el menor y contacto telefónico con la familia, a la que suelen solicitar documentos que acrediten la edad y filiación de los menores (partida de nacimiento, libro de familia o similares). Este contacto se facilita bastante en el caso de los menores magrebíes cuando los educadores tienen su mismo origen, conocen la cultura y hablan su lengua, pues la información aportada tiene más garantías de veracidad. Sin embargo, la localización y contacto con las familias en el caso de los subsaharianos resulta mucho más complicado. También se utiliza el contacto con personas, asociaciones u ONGs que se encuentran en los países de origen de los menores para aportar información.

⁵³⁶ Como se ha apuntado, los menores inmigrantes acogidos en centros de protección, aun cuando no se haya dictado todavía resolución alguna de desamparo y asunción de tutela por parte de la Administración, se encuentran en una situación de guarda de hecho o acogimiento provisional que obliga a dicha Administración, mientras permanezca su situación de desasistencia, a adoptar cuantas medidas redunden en una mejor defensa de sus derechos e intereses.

V.2.6.2 Criterios de decisión para determinar el retorno o permanencia del menor en España

Tras completarse el proceso de investigación, dispone el artículo 35.3 de la Ley de Extranjería, que la Administración del Estado deberá adoptar una decisión sobre el futuro del menor inmigrante en función de los datos que haya recabado relativos a sus circunstancias personales y socio-familiares, determinando el retorno con su familia o, «*en su defecto*», su permanencia en España, teniendo en cuenta el informe que elaborado por el Servicio de Protección de Menores competente, y tras haber sido oído el menor⁵³⁷.

Así, la competencia decisoria sobre la situación del menor inmigrante corresponde a la Administración del Estado, mientras que los Servicios de Protección de Menores van a asumir una mera función consultiva o informativa⁵³⁸.

⁵³⁷ La audiencia del menor no aparece recogida en la LOEXIS, sino en el párrafo 1º del art. 92.4 de su Reglamento, en consonancia con el principio que analizados de que el menor debe ser siempre escuchado antes de que los órganos jurisdiccionales o administrativos, como es el caso, adopten decisiones que les afecten. El momento y la forma en que debe realizarse este trámite de audiencia al menor no nos aclara la vigente legislación, lo procedente sería que el mismo se evacuase por parte del Servicio de Protección de Menores como un trámite más del propio informe, incorporándose al mismo como documento independiente, y considerándolo como un elemento de juicio más, tanto de cara a la formulación de la propuesta de resolución, como para la posterior adopción por la autoridad gubernativa de una decisión definitiva.

⁵³⁸ Ya hemos hecho referencia a la relevancia que tiene esta función consultiva o informativa de la administración autonómica de protección del menor, pues en la mayor parte de los casos, la Administración del Estado decidirá respecto del menor

En segundo lugar, debemos destacar que la opción preferente es la reagrupación del menor con su familia, mientras que su permanencia en España se decidirá únicamente de forma subsidiaria, sólo cuando la reagrupación resulte imposible. No obstante, el art. 92.4, párrafo 4 ReLOEXIS, ha añadido un matiz a la opción rotunda por la reagrupación familiar, al disponer que *«la repatriación a su país de origen solamente se acordará si se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, o para la adecuada tutela por parte de los Servicios de Protección de Menores del país de origen»*.

Así, el Defensor del Pueblo en sus Informes ha manifestado en diversas ocasiones que deben valorarse las circunstancias, en lugar de optar en todo caso por la repatriación del menor. Así en su Informe de 2001, manifestaba que *«parece cuestionable que en todos los casos la reintegración a la unidad familiar y la convivencia con su entorno pueda configurarse de manera apriorística como la mejor de las alternativas posibles, para todos los menores. (...) En consonancia con lo anterior, esta Institución considera que el automatismo de las repatriaciones a fin de reintegrar al menor no constituye una práctica acorde con el cumplimiento de los tratados internacionales ratificados por España en materia de protección de menores y cuando menos sería contraria al espíritu de la vigente legislación sobre la*

inmigrante lo que se haya propuesto en el informe del Servicio de Protección de Menores.

materia»⁵³⁹. En el Informe de 2004, manifiesta el Defensor que «*El mayor número de problemas en relación con esta cuestión continúa planteándose como consecuencia del automatismo con que las administraciones entienden que debe procederse a la repatriación de los menores a su país de origen o, al menos, a verificar un intento de que la misma se lleva a cabo*»⁵⁴⁰; y en sus Recomendaciones y Sugerencias posteriores, como las de 2004, también ha rechazado tal práctica por parte de la Administración, en concreto en la Comunidad de Madrid⁵⁴¹.

⁵³⁹ Defensor del Pueblo, Informe 2002, pp. 378 y 379.

⁵⁴⁰ Defensor del Pueblo, Informe 2004, p. 425.

⁵⁴¹ Manifiesta el Defensor que «Las actuaciones seguidas por esa Consejería, al menos en cuanto a los menores interesados en estos expedientes, suscitan serias dudas sobre la realización de análisis exhaustivos objetivos e individualizados para determinar si para el interés de los menores lo más adecuado es proponer la repatriación a su país de origen.

Por los datos que podemos conocer, la actuación administrativa está dirigida únicamente a reagrupar a los menores, olvidando que, como ya sabemos, la solución más beneficiosa para algunos menores no ha de ser necesariamente devolverlos con sus padres. Resulta obvio que, en su mayoría, los menores no acompañados proceden de familias rotas y con una situación económica precaria. En todo caso esta Institución ha tenido la ocasión de comprobar al hilo de otras quejas, que muchos de los menores no acompañados que son reagrupados no llegan a sus domicilios y permanecen errando por otras ciudades hasta que pueden traspasar nuevamente los controles fronterizos.

Esta Institución es plenamente consciente de que a la hora de adoptar una resolución deben conjugarse determinados elementos entre los que se incluyen de forma esencial la protección de las relaciones paterno-filiales y, por ello, en algunos casos cabe concluir que lo mejor para el menor es el reagrupamiento con su familia. Sin embargo, tanto las normas vigentes como las sentencias dictadas en relación con esta materia vienen manifestando la necesidad de evaluar el problema tras el correspondiente análisis pormenorizado y exhaustivo de cada caso, siempre en función del superior interés del menor, para adoptar la decisión más acertada.

Por ello, aun cuando puede ser que lo mejor para el menor sea la reintegración familiar, tal decisión debe ser adoptada tras la realización de un estudio individualizado del caso que permita emitir un juicio objetivo. No podemos ignorar, por otro lado, que

En cuanto a la terminología usada, es necesario aclarar que procedimiento es el que se sigue con el menor, dado que se usan términos que en otras partes de la Ley de Extranjería tienen distinto significado. Así, el art. 35.3 LOEXIS manifiesta que se decidirá el «retorno» del menor con su familia. La palabra retorno, se usa en este contexto en sentido amplio, y se refiere a la repatriación del menor a su país de origen, no al estricto concepto de «retorno», que la LOEXIS establece como consecuencia de la denegación de entrada de un extranjero⁵⁴². El art. 92.4 ReLOEXIS si utiliza el término, más neutro de, «repatriación», ya que se envía al menor de vuelta a su país de origen, pero sin que esta medida

los contactos con la familia existen en muy pocos casos, dadas las dificultades existentes para su localización, creándose la ficción de que la responsabilidad administrativa acaba con la entrega del menor a las autoridades policiales del país». Defensor del Pueblo, Recomendaciones y Sugerencias 2004, Recomendación 54/2004, de 26 de julio, sobre el procedimiento a seguir con los menores extranjeros no acompañados, Madrid, 2005, p. 236-237.

⁵⁴² Cuando un extranjero se presenta en un puesto fronterizo y no cumple los requisitos necesarios para la entrada, sufre una denegación de entrada o rechazo en frontera. Esta denegación de entrada, que debe documentarse en una resolución motivada, trae como consecuencia el retorno del extranjero en cuestión a su punto de origen en el plazo más breve posible (art. 60 LOEXIS). Así se deduce claramente del art. 156.1 del RD 2393/2004, que dispone que el retorno de un extranjero se acordará «cuando el extranjero se presente en un puesto fronterizo habilitado y no se le permita la entrada en el territorio nacional por no reunir los requisitos previstos al efecto en este Reglamento». Se aprecia claramente la diferencia entre la denegación de entrada y el consiguiente retorno, y la devolución del extranjero a su país de origen como medida que se aplica a aquellos que intentan entrar ilegalmente en España, por lugares no habilitados para ello, incumpliendo una prohibición previa de entrada o infringiendo la genérica prohibición de entrada establecida en el artículo 26.1 de la LOEXIS, puesto que la devolución ha cobrado además carácter de medida sancionadora tras la última reforma de la Ley de extranjería operada por la LO 14/2003, que en los casos de entrada ilegal adiciona a la devolución del extranjero la sanción de prohibir su entrada por un período de hasta tres años (art. 56.6 LODLEE) [DURÁN RUIZ, F.J., «Art. 26. Prohibición de entrada», en *Comentarios a la Ley de Extranjería*, ESPLUGUÉS MOTA, C. (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 733].

tenga carácter sancionador, como ocurre con la expulsión y la devolución, de las cuales, no puede ser objeto el menor por su condición de tal. Únicamente podrá repatriarse al menor con su propia familia, o entregarlo a los Servicios de Protección de Menores de su país de origen, siempre que éste garantice una tutela adecuada.

Normalmente, se constata que los Servicios de Protección de Menores de los países de origen de los MINA son insuficientes, están faltos de medios y la asistencia prestada es precaria, o incluso inexistente debido a razones culturales (ya hemos visto que en Marruecos los menores desde edades tan tempranas como los doce años tienen capacidad para ganarse la vida y son tratados prácticamente como adultos), por lo que no garantizan la adecuada protección de los menores ni aconsejan su repatriación en este sentido.

Sólo en unos pocos casos es posible documentar la existencia de menores procedentes de familias bien estructuradas y cuyas condiciones socio-económicas, si bien serían consideradas precarias con arreglo a los parámetros propios de nuestro país, no se diferencian de las que podríamos denominar normales para su país de origen. Se trata normalmente de menores que acuden a la inmigración como medio para mejorar sus expectativas de futuro, no como vía para huir de una situación de grave precariedad o de riesgo. En estos casos, no parece previsible que la repatriación del menor para ser reagrupado con

su familia pueda conllevar algún peligro para el propio menor o su familia, y procedería dicha medida.

En el resto de casos se plantea la disyuntiva de decidir si las deficientes circunstancias socio-familiares de estos menores son obstáculo suficiente para que se proceda a la reagrupación familiar de los mismos. No es una decisión fácil, y no puede existir una fórmula que resuelva todos los casos. La única respuesta válida ante esta cuestión es abogar por el examen individualizado de cada caso que se suscite y no pretender aplicar soluciones generales para todos los menores.

Es necesario establecer unos criterios, si bien mínimos, pero que eviten que la decisión a cerca de la repatriación o permanencia en España de los menores dependa de circunstancias políticas o coyunturales⁵⁴³. Los recursos no son

⁵⁴³ Así, en los meses de octubre y noviembre de 2005, en la Comunidad Autónoma de Andalucía se produjo una fuerte afluencia de menores inmigrantes no acompañados, que provocó el desbordamiento de las posibilidades de los centros de acogida, teniéndose incluso que habilitar instalaciones en los puertos («La Junta reconoce el colapso de los centros de menores inmigrantes y recurre a instalaciones portuarias», *Granada Digital*, 2 de noviembre de 2005, www.granadadigital.com). En los nueve primeros meses del año 2005, se produjeron en los centros de protección de la Comunidad andaluza 1.398 nuevos ingresos de menores inmigrantes, un 104% más que en el mismo período del año anterior. Ante tal situación, la Junta de Andalucía, solicitó al Gobierno una masiva repatriación de menores a Marruecos, en concreto 268, que tenían toda la documentación en regla para proceder dicha repatriación, pero la situación para la repatriación asistida se complicó, según declaró la Secretaria de Estado de Inmigración, Consuelo Rumí, porque «aunque la familia esté localizada, si rechaza acoger al menor, el Fiscal tiene que denegar la repatriación del niño» («La Junta pide la repatriación de inmigrantes menores ante el colapso de los centros», *Libertad Digital* (EFE), 9 de noviembre de 2005, www.libertaddigital.com). En Andalucía no se producían repatriaciones desde el año 2003, lo que demuestra cuanto pueden cambiar las medidas y opciones políticas ante la realidad migratoria según la presión migratoria, pero sobre todo social y mediática.

ilimitados, y su saturación puede redundar en que menores verdaderamente desamparados queden desprotegidos, mientras que otros cuya repatriación resulta posible ocupan los centros. Evidentemente, cuando se den las condiciones para la repatriación, esta no se puede hacer depender, como manifestó la Secretaria de Estado de Inmigración, de la decisión de los padres de volver a acogerlos, puesto que se estaría beneficiando un «desamparo voluntario» o «desamparo buscado», es decir, un fraude de ley que determinaría la aplicación de la norma cuya aplicación se pretende evitar, es decir, la repatriación del menor.

El criterio que se podría emplear para determinar si procede la repatriación de un menor o no, a nuestro entender, es la circunstancia de desamparo del menor en su país de origen, aplicando para saber si existe tal situación los criterios que determinan la declaración de desamparo de un menor y la asunción de su tutela por la administración pública establecidos en la normativa autonómica de protección de menores. En la aplicación de estos criterios sería necesario, no obstante, tener en cuenta en determinados aspectos como la situación económica de la familia, o la vivienda, los estándares internacionales de lo que es «socialmente aceptable» en el país de origen (con el límite del respeto siempre al estándar mínimo de derechos humanos), puesto que, de otro modo, un sistema protector se convertiría en una suerte de sistema asistencial extraterritorial, que invitaría a los menores a arriesgar su integridad física para entrar en España

irregularmente, beneficiando a las mafias de tráfico de personas y sin dar solución al problema de la falta de oportunidades y desigualdades en sus países de origen.

En definitiva, la repatriación de los menores a su país de origen sólo procedería en aquellos casos en que, tras valorar detenidamente las circunstancias socio-familiares del menor, se acreditara que lo más conveniente para el mismo es su reagrupación familiar. En los demás casos, habría que optar por la permanencia del menor en España, al menos hasta tanto se solventan las circunstancias que impidan o desaconsejen su retorno al país de origen.

V.2.6.3 El derecho del menor a ser oído en el procedimiento en el que se decidirá su repatriación o permanencia en España

Uno de los aspectos más trascendentales que no aparece mencionado en el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000 y que sin embargo introduce el artículo 92.4 del Reglamento es la obligación que recae sobre la Administración General del Estado de oír al menor antes de resolver lo que proceda respecto de su repatriación a su país de origen o a aquel donde se encuentren sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. La Convención sobre los Derechos del Niño, recoge en su artículo 12 este principio, cuando dice que «1. *Los estados partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio*

propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional»⁵⁴⁴.

Tanto la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, como las diversas leyes autonómicas sobre protección de menores, reconocen expresamente el derecho de los menores a ser escuchados en todos los procedimientos que conduzcan a una decisión que les afecte.

El artículo 9.1 de la citada ley orgánica establece que «el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social». El propio precepto añade en el apartado 3 que «cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos». Este precepto tiene carácter de ley orgánica y, como

⁵⁴⁴ Se reconoce también este derecho por el art. 8.14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992, pero no en la práctica no existe regulación concreta sobre la forma de llevar a buen término el derecho de audiencia del menor.

vemos, no establece límite alguno para el ejercicio del derecho del menor a ser escuchado y la consiguiente obligación de las administraciones públicas de darle audiencia en los procedimientos tramitados para adoptar una decisión que le afecte.

La mayoría de las leyes autonómicas no establecen los doce años de edad como límite a partir del cual el menor debe ser oído preceptivamente en la toma de decisiones que le afecten⁵⁴⁵. Siguen de este modo el criterio del art. 9 de la LOPJM en lugar del establecido con carácter general en el Código civil en todos aquellos preceptos referidos a la necesidad de oír al menor cuando se discute el otorgamiento de su patria potestad, su tutela, acogimiento o adopción⁵⁴⁶. El Código civil en la mayoría de los

⁵⁴⁵ Sigue este criterio el art. 11 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores, del Principado de Asturias, disponiendo que *«ante cualquier actuación protectora, la Administración del Principado de Asturias y las instituciones colaboradoras de integración familiar que se reconozcan, quedarán obligadas a prestar audiencia al objeto de recabar la opinión del menor que tuviese doce años cumplidos, o que aún teniendo edad inferior dispusiese del suficiente juicio»*; entre los principios de actuación de las Administraciones Públicas 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 (art. 3.b), se establece, el deber de *«Velar por el pleno ejercicio de los derechos subjetivos del menor y en todo caso el derecho a ser oído en cuantas decisiones le incumben, en los términos establecidos en el Código Civil»*.

No hacen referencia a la edad al proclamar el derecho a ser oídos de los menores el art. 15 de la Ley 7/1999, de Cantabria, de 28 de abril; el art. 14 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de la Rioja; el art. 22 de la Ley Foral 15/2005, de Navarra; el art. 13 de la Ley 4/1998, de 18 de marzo, del menor de la Rioja; el art. 16 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, del País Vasco; el art. 15 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, de Castilla-La Mancha; el art. 25 de la Ley 14/2002 de 25 de julio ,de Castilla y León; o el art. 11.3 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de Cataluña; y el art. 54 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia en las Islas Baleares.

⁵⁴⁶ En este sentido, el artículo 92 del Código civil, disponía que en los procedimientos de separación, nulidad matrimonial y divorcio *«Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras*

casos supone que a partir de esa edad el menor tiene capacidad y entendimiento suficiente como para expresar una opinión que pueda ser tenida en cuenta, lo que motiva que sea oído también el menor de edad inferior a los doce años si se estima que tiene suficiente juicio.

A esta ausencia de límites mínimos de edad en lo que respecta al derecho de los menores a ser oídos se refiere el Tribunal Constitucional en su Sentencia 152/2005, de 6 de junio, un caso de separación matrimonial en que otorga el amparo al padre de dos menores cuya custodia fue atribuida a la madre, retrotrayendo el procedimiento hasta el momento en que debió ser oído el

oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años». Tras la reforma efectuada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, el art. 92.2 dispone que «*El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos*». El art. 156, en el caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad de los padres (siendo conjunta) dispone que «*cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre*». En la formalización del acogimiento familiar, el art. 173.2, establece que el menor deberá consentir si tuviera doce años cumplidos (este es el único caso en que no se refiere a la necesidad de prestar consentimiento del menor de inferior edad que tenga juicio suficiente). En el caso de la adopción, el art. 177 dispone que el niño mayor de doce años debe consentir la adopción, y únicamente debe ser oído por el Juez si es menor de esa edad y tiene suficiente juicio. El art. 231 también establece la obligación del Juez de dar audiencia al tutelado si tuviese suficiente juicio y en todo caso si fuese mayor de doce años antes de constituir la tutela, y también deberá oírlo «*si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno*», a la hora de aprobar determinados actos del tutor.

menor, y añadiendo además, que dado que el otro menor había alcanzado ya la edad suficiente, debía ser oído también⁵⁴⁷.

El derecho a ser oído del menor se recoge también de forma expresa, y en ocasiones con bastante detalle en las leyes autonómicas referidas a la protección de menores. El art. 14 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de Derechos y atención al menor en Andalucía, establece que las Administraciones Públicas de Andalucía garantizarán *«que el menor que se vea incurso en un procedimiento administrativo que pueda afectar a su esfera personal, familiar o social sea oído en el mismo en la forma*

⁵⁴⁷ El Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia afirma que «Nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con nueve años de edad, en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído que el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente citada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor). La Sala de la Audiencia Provincial de Sevilla debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que, por este motivo, debe apreciarse ya la vulneración del art. 24.1 CE». En el mismo sentido se pronuncia la STC 221/2002, de 25 de noviembre, en su Fundamento jurídico 5º, estimando que el menor tenía ya juicio suficiente y que la falta de audiencia suponía vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Más explícita aún es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 10 de abril de 2002, en la que el Tribunal afirma que «conforme al artículo 9 de la L.O. 1/1996, de protección jurídica del menor, éste tiene derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social, y ello sin la limitación establecida en el Código civil relativa a la obligatoria audiencia de los menores una vez superados los doce años». La falta de audiencia, como advierte el propio Tribunal, podría dar lugar a la nulidad del procedimiento, como ocurre en las dos Sentencias del TC analizadas.

legalmente establecida, sin perjuicio de recabarse su consentimiento si fuere necesario». Añade que la Administración autonómica promoverá a la efectividad del Derecho en el ámbito familiar y en los procedimientos judiciales. Se refiere este precepto *in fine*, a condiciones en las que debe desarrollarse el derecho a ser oído para ser efectivo y verdaderamente dirigido al respeto del interés del menor. Los principios conforme a los que debe aplicarse este derecho, cuyo cumplimiento deben también garantizar las Administraciones públicas (se refiere aquí a la andaluza pero entendemos que debe aplicarse a todas), son los de discreción, intimidad, seguridad y ausencia de presión.

El art. 16.3 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco, añade que en los procedimientos directos con las personas menores de edad se utilice un idioma que entiendan y un lenguaje adaptado a su capacidad de entendimiento. Otras normas autonómicas establecen la garantía de que la audiencia del menor se realice sin la presencia de sus padres, tutores o guardadores, cuando sea preciso por motivos de urgencia o conflicto de intereses con aquéllos⁵⁴⁸.

El derecho a ser oído que tiene el menor conlleva que la audiencia al mismo por parte de la Administración en el marco de

⁵⁴⁸ Así el art. 22.2 de la Ley Foral 15/2005, de Navarra, el art. 15.2 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, de menores, de Castilla La-Mancha, o el art. 25.2 de la Ley 14/2002, de 25 de julio de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León.

un procedimiento para decidir sobre su repatriación con fines de reagrupación familiar o su permanencia en España debe realizarse con las garantías que acabamos de mencionar, y el Defensor del Pueblo añade que «*con el asesoramiento del profesional que por excelencia está llamado a asesorar y velar por los derechos e intereses de los ciudadanos*» (refiriéndose al letrado)⁵⁴⁹.

A juicio del Defensor del Pueblo, con independencia de la presencia del Ministerio Fiscal en un procedimiento administrativo en el que se decida sobre la repatriación de un menor extranjero no acompañado, el menor tiene derecho a ser asistido por un abogado y a recibir el asesoramiento jurídico que le permita completar sus condiciones de inmadurez. Este reforzamiento en la asistencia jurídica del menor, tiene su base además en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 1/1996, que impone a las administraciones públicas el deber de facilitar a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos.

La falta de ausencia del menor ya ha sido motivo de anulación de decisiones de repatriación de menores extranjeros no acompañados por parte de los tribunales. La Sentencia más reciente, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 20 de Madrid, de 4 de diciembre de 2007, anulaba la resolución de repatriación y de ejecución de la misma de la Delegación de Gobierno de Madrid en el caso de un menor marroquí. También la Sentencia del Juzgado núm. 1 de Huesca, de 13 de octubre de

⁵⁴⁹ Defensor del Pueblo, *op. cit.* p. 329.

2006 hace referencia a la ausencia de audiencia al menor como causa de nulidad, da audiencia al menor en el juicio que pretende la anulación de la resolución de repatriación, y recuerda la obligación de dar audiencia al menor cuando se sustancie un expediente que tenga como finalidad la repatriación del mismo, anulando finalmente la resolución de repatriación de la Subdelegación del Gobierno de Huesca por motivos de fondo, ya que el padre del menor se encontraba en la cárcel y la madre en paradero desconocido, y el juez considera ineficientes los servicios sociales marroquíes.

La inmadurez del menor le afecta tanto física como psicológica y socialmente, razón por la que el ordenamiento le considera merecedor de una protección especial⁵⁵⁰. Cuando la Ley de enjuiciamiento civil regula la comparecencia en juicio y establece las vías para integrar la capacidad procesal de las personas que no se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles (arts. 7.1 y 2, y 8.1 y 2) regula expresamente la necesidad de nombrar al declarado incapaz un defensor judicial, a pesar de que el Ministerio Fiscal por ley tiene asignada la defensa y protección de

⁵⁵⁰ Ejemplo de esto es la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuyo artículo 17.2 establece que la declaración del menor se llevará a cabo en presencia del fiscal instructor, de un letrado y de aquellos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor. El legislador ha querido aquí claramente que el menor cuente en su declaración con la presencia de la persona que ejerza la patria potestad sobre el mismo, hasta el extremo de que si no es posible contar con esa persona la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente.

las personas afectadas por una enfermedad mental que les impida gobernarse por sí mismas.

El problema, como expresa ARCE JIMÉNEZ⁵⁵¹, es que ni la legislación estatal ni las legislaciones autonómicas en materia de protección de menores que desarrollan la LO 1/1996, establecen procedimiento alguno que garantice el ejercicio efectivo del derecho a ser oído, ni en los expedientes de protección de menores en general, ni en particular respecto de los menores extranjeros no acompañados. Se dan supuestos en los que los menores de edad que se encuentran bajo la tutela o guarda de la Administración, pese a tener suficiente juicio (un desarrollo evolutivo) que les permite adoptar decisiones por sí mismos, independientemente de su edad), no comparten las decisiones que adopta su tutor legal en su nombre e interés. Esta diferencia de criterio adquiere especial relevancia cuando nos encontramos ante menores extranjeros no acompañados, y puede suponer la repatriación de un menor a su país de origen en contra de su voluntad y con riesgo para su vida o integridad física. Es necesario por ello que en los casos en que exista un conflicto de intereses entre el menor tutelado y su tutor (representante de la Administración a la vez que del menor), se nombre un defensor judicial que defienda los intereses del menor, para que el juez, con la intervención del Ministerio Fiscal y el tutor, adopte la decisión

⁵⁵¹ ARCE JIMÉNEZ, E., «Menores inmigrantes: derechos que no se cumplen», Revista Abogacía Española. Derecho y Sociedad, nº 40, 2007, p. 8.

que proceda⁵⁵². Resulta conveniente aquí recordar lo dispuesto en el art. 9.2 de la La LO 1/1996, que señala que el menor podrá ser escuchado por sí, por medio de la persona de su confianza que designe el menor si tiene suficiente juicio o a través de su representante legal, siempre que no tenga intereses contrapuestos a los del menor.

V.2.6.4 Consecuencias de la decisión de repatriación o permanencia

Una vez tomada la decisión a cerca de la oportunidad de la repatriación del menor, El art. 92.4 del RD 2393/2004, dispone el procedimiento a seguir para intentar la misma, procedimiento que, en la práctica, se ha limitado a transcribir el contenido de las Instrucciones de 1998 del Ministerio del Interior sobre repatriación de menores extranjeros en situación de desamparo.

El procedimiento puede iniciarse, bien de oficio por la Administración General del Estado (AGE), que es la competente

⁵⁵² El Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid nombra Defensor Judicial para un menor en un procedimiento de oposición frene a la resolución de repatriación del menor, en la que por parte del Juez «a la vista de las circunstancias, se invitó a las partes a ilustrarle (al menor) acerca de la posibilidad del nombramiento de Defensor Judicial del menor, dados los intereses en conflicto puestos de manifiesto entre el menor y la entidad que ostenta su tutela». En este caso, la Abogacía del Estado, la Fiscalía y la Letrada de la Comunidad de Madrid coincidieron en que lo más favorable para el menor era su repatriación para reunirse con sus padres en Marruecos, en contra de la opinión del propio menor, por lo que el Letrado que defendía al menor asumió desempeñar la función de Defensor Judicial del mismo y fue nombrado Defensor Judicial por el Juez.

en este caso, o bien a propuesta de la entidad pública que ejerce la tutela del menor (art. 92.4 párrafo 1º), y en todo momento deben comunicarse al Fiscal las actuaciones que lleve a cabo (párrafo 3º), particularmente en el caso de que el menor se encuentre incurso en un procedimiento judicial, en cuyo caso el juez deberá autorizar la repatriación (párrafo 6º). El órgano encargado de la tutela del menor tiene la obligación de colaborar y facilitar cualquier información que conozca relativa a la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio, y pondrá en su conocimiento las gestiones que haya podido realizar para localizar a la familia del menor.

No podemos confundir, como frecuentemente ocurre, el informe del Servicio de Protección de Menores sobre las circunstancias personales, sociales y familiares del menor en el país de origen, dirigida a estimar la conveniencia de la repatriación, con la información concreta para la identificación y la localización de la familia, que sin duda resulta necesaria para ejecutar dicha repatriación, y a la que ahora nos referimos.

La AGE, actúa para localizar a los familiares de los menores a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, las cuales solicitan a la Comisaría General de Extranjería y Documentación la realización de las gestiones necesarias ante las embajadas y consulados correspondientes (o a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, si no existe representación diplomática del país de origen en España), pudiendo también recurrir, en su defecto, a los Servicios de

Protección de Menores del país de origen si estos se hiciesen responsables del menor.

Si se localiza a la familia del menor o, en su caso a los Servicios de Protección de Menores de su país, se procederá a la repatriación sólo después de verificar que no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares, según el párrafo 5 del art. 92.4 ReLOEXIS.

Así, no procederá la repatriación, en primer lugar, en el caso de que la familia del menor no pudiese ser localizada⁵⁵³, o cuando, una vez localizada, la misma no estuviese en condiciones de hacerse cargo del menor (la situación desde la redacción del informe a cerca de su situación puede haber empeorado), así como en los casos en los que la devolución del menor conlleve un riesgo para el menor o para la propia familia.

En cuanto a la puesta del menor a disposición del Servicio de Protección de Menores del país de origen, la misma vendría imposibilitada si dicho Servicio no aceptase hacerse cargo del menor o existiesen circunstancias que hiciesen pensar que la puesta a disposición comportaría algún riesgo para el propio menor. Esto motiva que actualmente no se recurra a esta opción para la reagrupación del menor⁵⁵⁴.

⁵⁵³ Este es un supuesto muy común en el caso de los menores no acompañados procedentes de países del África subsahariana.

⁵⁵⁴ Por este motivo el Gobierno español e incluso algunos gobiernos autonómicos han propuesto financiar centros de acogida de menores e inserción laboral en Marruecos («España costeará cuatro centros en Marruecos para facilitar la

Finalmente, la repatriación del menor será acordada por el Delegado del Gobierno o por el Subdelegado del Gobierno, y ejecutada por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. El ReLOEXIS añade que la repatriación se efectuará a costa de la familia del menor o de los Servicios de Protección de Menores de su país, pero esto no suele ser posible, por lo que viene siendo la Administración General del Estado la que se hace cargo, subsidiariamente, del coste de la repatriación.

En el caso de una gran parte de los menores inmigrantes no acompañados procedentes del Magreb (el grupo más numeroso) surgen una serie de problemas, algunos de los cuales también pueden darse en MINA procedentes de otros países. Así, la escasa colaboración de las autoridades de los países de origen provoca graves dificultades para localizar a las familias. En las ocasiones en que son localizadas, la mayoría de las familias se oponen al retorno de los menores, ya que su emigración ha sido consentida o incluso auspiciada por el grupo familiar, y los propios menores se niegan a volver porque supone el fracaso de su proyecto migratorio. Tampoco resulta fácil determinar las condiciones socio-familiares del menor en su país de origen, y en muchos casos se constata que las familias de los menores

repatriación de menores», Diario el Sur Digital, 3 de diciembre de 2005, www.diariosur.es). Esta medida ayudaría a la repatriación de los menores, pues daría la fiabilidad suficiente a los Servicios de protección de menores a la hora de poner a los menores cuyas familias no se localicen a disposición de estos, aunque desde los colectivos de ayuda a los inmigrantes se piensa que no contribuirán a frenar la inmigración de menores no acompañados.

padecen graves situaciones sociales, económicas e intrafamiliares que podrían comportar una situación de riesgo para el menor. Es frecuente encontrar casos de menores que llevan años sobreviviendo por sus propios medios, gracias a la mendicidad o a trabajos esporádicos y mal remunerados ante la imposibilidad de sus familias de atenderlos. Así como casos de menores con antecedentes de maltrato, explotación, abusos o abandono familiar⁵⁵⁵.

*V.2.7 Precedentes y justificación de los Convenios
relativos a menores extranjeros no acompañados.
Datos cuantitativos de la repatriación de menores*

Cuando la repatriación de un menor con fines de reagrupación familiar resulta lo más conveniente para el interés de éste y la familia está localizada o los servicios de protección de menores del país de origen del menor son adecuados y se

⁵⁵⁵ Por estos motivos, el Memorándum de entendimiento entre el Reino de Marruecos y el Reino de España sobre repatriación asistida de menores no acompañados, firmado en Madrid el 23 de diciembre de 2003, no se ha venido aplicando correctamente, pues preveía que, una vez identificado un menor no acompañado por las autoridades competentes de uno de los dos Estados, las autoridades consulares del Estado requerido procederían a la inmediata expedición de la documentación que acredite su nacionalidad, y a facilitar el retorno a su país de origen para su entrega a las autoridades fronterizas. Por otra parte, preveía el retorno inmediato de los menores no acompañados que fueran localizados en el momento de su entrada a través de un puesto fronterizo, entregándolos a las autoridades fronterizas del país de origen.

comprometen a hacerse cargo del mismo, siempre y cuando la repatriación no implique peligro para la integridad física o psíquica del menor, el éxito de la misma depende en gran medida de la colaboración entre las autoridades españolas y las del país de origen, razón por la que en los nuevos convenios se habla ya de «retorno concertado» de los menores no acompañados, como veremos más adelante.

El establecimiento de acuerdos de readmisión de inmigrantes en situación irregular ha sido una de los mecanismos que han formado parte de la política migratoria comunitaria desde sus inicios, si bien, en relación con los mecanismos de readmisión, su desarrollo en el Derecho derivado ha sido muy escaso, concretándose en la Recomendación del Consejo de 30 noviembre de 1994 relativa a un modelo de acuerdo bilateral normalizado de readmisión entre un Estado miembro y un tercer país (DO núm. C 274, 19 de septiembre de 1996) y la Recomendación del Consejo de 24 de julio de 1995 sobre los principios rectores que deberán seguirse en la elaboración de protocolos sobre la aplicación de acuerdos de readmisión (DO núm. C 274, 19 de septiembre de 1996)⁵⁵⁶. Estos textos, sin embargo, como su mismo nombre indica, proponen meras orientaciones a los Estados miembros en relación con los acuerdos de readmisión susceptibles de conclusión con terceros

⁵⁵⁶ Antes incluso de estas Recomendaciones, en el marco del Convenio de Schengen se habían adoptado ya acuerdos relativos a la readmisión de personas en situación irregular, como el hecho en Bruselas el 29 de marzo de 1991 por las partes contratantes en el Acuerdo Schengen y la República de Polonia.

Estados y respecto de las prácticas y protocolos a seguir en los procedimientos de identificación y repatriación. En cualquier caso, los desarrollos más relevantes en esta materia requieren necesariamente la concertación entre la UE –y/o sus Estados miembros– y los Estados de origen o tránsito de los inmigrantes, haciendo necesaria la conclusión de los correspondientes tratados internacionales⁵⁵⁷. El recién aprobado Tratado de Lisboa⁵⁵⁸, en el

⁵⁵⁷ Entre los acuerdos más recientes de la UE en esta materia, podemos mencionar los celebrados al amparo de la previsión establecida en el art. 63.3.b) TCE (que sigue vigente hasta que entre en vigor el Tratado de Lisboa) sobre «repatriación de residentes ilegales». En este orden, desde 2004 hasta 2007 se han concertado acuerdos con las regiones autónomas chinas de Hong Kong y Macao, así como con Sri Lanka, Albania y la Federación Rusa, al tiempo que se desarrollan negociaciones para la conclusión de acuerdos semejantes con Marruecos, Ucrania, o Macedonia y se prevé la ulterior negociación de otros con la República Popular China, Argelia, Turquía y Pakistán; no obstante, al margen de sus limitados efectos –sólo se hallan en vigor los celebrados con Macao, Hong Kong y Sri Lanka– su contenido no es idéntico pues algunos prevén sólo la repatriación de nacionales, excluyendo la readmisión de los extranjeros «en tránsito».

En muchos casos los convenios en materia migratoria han ido más allá de los límites competenciales del Título IV del TCE, introduciendo cláusulas de readmisión en Convenios con fines totalmente diversos. Claro ejemplo de ello son los Acuerdos de diálogo político y cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y los Estados de la Comunidad Andina y sus Países miembros (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela), por otra parte, hecho en Roma el 15 de diciembre de 2003.

Por último, como pone de relieve GONZÁLEZ VEGA, también la regulación de los flujos migratorios está presente en la relación convencional orientada a la cooperación al desarrollo, tal como revela el art. 13 del Convenio de Cotonú [Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000 (Diario Oficial núm. L 209 de 11 de agosto de 2005)], que se ve reforzado con una serie de medidas que permiten en último término sancionar a los Estados que no asumen debidamente su responsabilidad en relación con el control de los flujos migratorios o la repatriación de sus nacionales en situación irregular en el territorio de los Estados miembros de la UE. En todo caso, al margen de su operatividad en el contexto de la relación con los Estados ACP. (Vid. GONZÁLEZ VEGA, J.A.,

art. 79.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (que viene a sustituir al TCE), ha otorgado expresamente competencias a la UE para «*celebrar, con terceros países, acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros*».

La política convencional desarrollada no ha resultado suficiente para abordar el fenómeno migratorio; de ahí que los esfuerzos de la UE hayan tenido que ser complementados por los Estados miembros a través de una política convencional autónoma de la que es ejemplo la reciente práctica española, tanto respecto de los mayores de edad como, más recientemente, frente a los menores extranjeros no acompañados. Los menores extranjeros no acompañados, debido a sus peculiaridades jurídicas prácticamente no han sido objeto del derecho derivado de la Unión, pese a la importancia para el TUE de la regulación condiciones de acceso y estancia de los nacionales de países terceros en su territorio y la lucha contra la inmigración y la estancia irregulares de nacionales de países terceros. El primer conato de intervención en la materia que supuso la Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no

«¿Regreso al futuro? La difícil concreción de una política europea de inmigración», Ponencia presentada en las Jornadas sobre Unión Europea, Políticas de Inmigración y Derechos Humanos, organizadas por el Instituto de Derechos Humanos de de la Universitat de València, Valencia, 25 de octubre de 2006, p. 21.

⁵⁵⁸ DOCE núm. C 306, de 17 de diciembre de 2007.

acompañados nacionales de países terceros, que establece las directrices para el trato de los menores no acompañados por lo que respecta a su acogida, permanencia y retorno.

Dicha Resolución resulta en general bastante restrictiva de los derechos de los menores extranjeros no acompañados. Contempla la posibilidad de negar en la frontera el acceso al territorio de un Estado miembro a los menores no acompañados cuando éstos no estén en posesión de los documentos y autorizaciones exigidas⁵⁵⁹. No obstante, en el caso de menores no acompañados que soliciten asilo, prevé la aplicación de la resolución sobre las garantías mínimas de los procedimientos de asilo, entre las cuales se incluye como es sabido el principio de «non refoulement» o «no devolución» de los solicitantes de asilo⁵⁶⁰.

Se otorgan ciertas garantías para aquellos menores no acompañados que, en virtud de leyes nacionales, deban permanecer en la frontera hasta que se decida si se les admite en

⁵⁵⁹ A este respecto, la resolución impele a los Estados miembros a adoptar las medidas adecuadas, con arreglo a su legislación nacional, para impedir la entrada irregular en su territorio de menores no acompañados, así como a la cooperación interestatal en este sentido.

⁵⁶⁰ Cfr. art. 5.4: «*en ningún caso se puede proceder a la repatriación de un menor a un tercer país si la repatriación es contraria a la Convención sobre el estatus de refugiado, a la Convención europea para la salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, a la Convención contra la tortura y otras penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a la Convención sobre Derechos del Niño, salvando las eventuales reservas formuladas por los Estados miembros en el acto de ratificación o en los protocolos relativos al mismo*». El riesgo de sufrir persecuciones constituye un límite a la expulsión y la devolución de extranjeros mayores de edad, pero también y con mayor motivo para la «repatriación asistida» de un menor.

el territorio o si se ordena su retorno, como la posibilidad de que disfruten de todos los medios materiales y cuidados necesarios para satisfacer sus necesidades esenciales: alimentación, alojamiento adaptado a su edad, instalaciones sanitarias y atención médica.

Otra de las garantías incluidas en las Resolución es la necesidad de tratar de determinar cuanto antes la identidad del menor, así como la circunstancia de que no va acompañado, especificando diferentes medios para la obtención de los datos sobre la identidad y la situación del menor, en particular mediante una entrevista que debería celebrarse lo antes posible y en condiciones adecuadas a su edad.

La Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 prevé que cuando un menor no esté autorizado a prolongar su estancia en un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión sólo podrá devolver al menor a su país de origen o a un tercer país dispuesto a admitirlo si se comprueba que, desde el momento de su llegada, será recibido y pasará a estar a cargo, de forma adecuada y en función de las necesidades de su edad y grado de autonomía, bien de sus padres o de otros adultos que se ocupen de él, bien de instancias gubernamentales o no gubernamentales a fin de encontrar una solución duradera adecuada (art. 5.1). Este artículo parece inspirar la redacción del art. 92.4 del Reglamento de nuestra Ley de extranjería, que únicamente permite acordar la repatriación de un menor si se dan las condiciones para su efectiva reagrupación familiar (no dice si con los padres u otros

familiares), o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen. La Resolución del Consejo otorga más posibilidades al estado de acogida: permite la reagrupación con la familia en el país en el que se encuentre, incluso si no se trata del país de origen del menor, y deja abierta una vía para que, a falta de familiares, se ocupen del menor organizaciones no gubernamentales de protección de la infancia, haciendo posible también en este caso la repatriación. No obstante, debemos recordar aquí el carácter no vinculante jurídicamente del contenido de la Resolución del Consejo.

Aquí finaliza la normativa nacida de la Unión Europea relativa a los menores extranjeros no acompañados. Recientemente, sin embargo, la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, COM (2005) 391 final, de 1 de septiembre de 2005, incluye significativas referencias a los MENA⁵⁶¹. Pese a ello, actualmente no

⁵⁶¹ Así, se refiere en su art. 5 a las relaciones familiares y el interés superior del niño, disponiendo que «*Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta la naturaleza y solidez de las relaciones familiares del nacional del tercer país, la duración de su estancia en el Estado miembro y la existencia de vínculos familiares, culturales y sociales con su país de origen. Asimismo tendrán en cuenta el interés superior del niño de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989*». Habría sido necesario, como se ha reivindicado desde muy diversos sectores, incluir también la previsión de que los menores no puedan ser objeto en los Estados miembros de ninguna medida de alejamiento ni de encierro.

existe algo parecido a una política europea común relativa a los menores extranjeros. El Dictamen del Comité de las Regiones sobre «La situación de los menores no acompañados en el proceso migratorio: el papel y las sugerencias de los entes locales y regionales»⁵⁶², reitera la decepción respecto al enfoque adoptado por la Comisión y, en particular, «a la vaguedad de las formulaciones contenidas en sus recientes propuestas (COM(2005) 389 final⁵⁶³, COM(2005) 390 final⁵⁶⁴ y COM(2005) 391 final), que también se aplican a la repatriación forzada de los menores no acompañados nacionales de terceros países y víctimas de trata, sin referirse de manera explícita y vinculante a

Llama poderosamente la atención la inclusión de la posibilidad de retornar o expulsar a menores extranjeros que, *sensu contrario*, establece el art. 8 de la propuesta de Directiva, al referirse al posible aplazamiento de la ejecución de una decisión de retorno o de una orden de expulsión en caso de «c) falta de garantía de que los menores no acompañados puedan ser entregados en el punto de salida o de llegada a un miembro de la familia, un representante equivalente, un tutor del menor o a un funcionario competente del país de retorno, tras una evaluación de las condiciones a las que se retornaría al menor». Dejando de lado la desafortunada terminología utilizada al referirse a retorno o expulsión, que son medidas sancionadoras y por lo tanto inaplicables a los menores extranjeros en cuanto a menores, en lo sustancial esta previsión no se diferencia del art. 92.4 ReLOEXIS.

Resulta muy criticable también la posibilidad implícita de internamiento de los menores. No se garantiza en la propuesta de Directiva el que los menores no sean objeto de medidas de internamiento en el art. 15.3, que únicamente prevé su separación de los mayores, al disponer que «Los Estados miembros garantizarán que no se mantenga a menores sujetos a internamiento temporal en centros penitenciarios comunes. Se separará a los menores no acompañados de los adultos, a menos que se considere que el interés superior del niño aconseja no hacerlo». Los menores no acompañados deben estar bajo la protección de los servicios sociales de ayuda a la infancia y en ningún caso detenidos.

⁵⁶² Diario Oficial n° C 051 de 6 de marzo de 2007.

⁵⁶³ Programa Común para la Integración Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea.

⁵⁶⁴ El nexo entre migración y desarrollo: algunas orientaciones concretas para la cooperación entre la UE y los países en vías de desarrollo.

ningún artículo concreto del Convenio Europeo de 1989 para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y de la Convención sobre los derechos del niño». Este Dictamen establece el germen de una futura policía europea común relativa a los menores extranjeros no acompañados⁵⁶⁵, política que

⁵⁶⁵ Entre las Recomendaciones recogidas en este Dictamen, el Comité de las Regiones considera necesario:

«a) adoptar actos legislativos a nivel europeo que consagren el estatuto de menor no acompañado nacional de un tercer país, solicitante de asilo y víctima de trata, y reconozcan a los menores derechos fundamentales y una necesidad particular de protección, a través de normas precisas sobre:

- procedimientos específicos para determinar la edad y la identidad del interesado de la forma más precisa posible;*
- medidas concretas que eviten los posibles fraudes de Ley y abusos de derecho en la utilización de los sistemas de protección;*
- condiciones precisas para designar al tutor;*
- preferencia por el procedimiento de protección facilitado para la custodia;*
- reconocimiento del derecho a beneficiarse de un procedimiento de integración social cuando el menor cumpla dieciocho años tras consultar a la autoridad judicial competente;*
- procedimiento de investigación para encontrar a miembros de la familia con el objetivo de la reunificación;*
- medidas que apoyen las acciones de protección en los países de origen;*
- participación de la comunidad y la familia de origen;*
- disposiciones relativas a la repatriación asistida, con el único objetivo de defender lo mejor posible el interés del menor y previa realización de una investigación familiar, teniendo en cuenta, en su caso, los convenios internacionales sobre protección de los menores que hayan sido ratificados por el país de origen;*
- procedimientos y condiciones para el cuidado de emergencia;*
- consulta sistemática del menor sobre las medidas que le conciernen, garantizando la participación del Ministerio Fiscal en la defensa última de sus intereses.*

b) elaborar un programa de intervenciones descentralizadas y en red (Red Europea de Protección de Menores) para los menores no acompañados nacionales de terceros países, con servicios específicos que puedan integrarse en la red actual de servicios sociales y prevean medidas de acogida, integración y ayuda destinadas a las comunidades y familias de origen, y apoyen proyectos piloto de los entes locales por medio de intervenciones de cooperación descentralizada, sobre la base de las iniciativas promovidas y aplicadas por los entes locales y regionales, en estrecha colaboración con

debería insertarse en el marco de la Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia iniciada con la Comunicación de la Comisión, de 4 de julio de 2006, COM (2006) 367 final.

España, a diferencia de su actuación con los extranjeros mayores de edad en situación irregular, respecto de los cuales ha suscrito acuerdos de readmisión con numerosos países, y en paralelo a la Unión Europea por tanto, ha desarrollado muy escasas actuaciones en el ámbito internacional respecto de los menores extranjeros no acompañados. No se incluyó la firma de

las organizaciones no gubernamentales y estableciendo criterios que promuevan la distribución de los menores extranjeros no acompañados por todo el territorio de la Unión Europea. A tal fin, el Comité de las Regiones se compromete a recabar las mejores prácticas de los entes locales y regionales en los Estados miembros, para elaborar un inventario de las experiencias de acogida, integración social y reagrupación familiar; para ello podrá crearse un Comité de supervisión que observe sobre el terreno las condiciones en que estas actuaciones se llevan a cabo con el fin de, una vez detectadas las necesidades de mejora, poder recomendar actuaciones concretas;

c) establecer, en aquellos casos en los que los menores permanezcan en el país de acogida, las medidas necesarias para su adecuada inserción en el sistema educativo, para el aprendizaje de la lengua del país de destino y para su implicación con los valores democráticos de dicha sociedad de acogida;

d) determinar las regiones de origen más afectadas por este fenómeno y concentrar en estas regiones las iniciativas de cooperación, las políticas de vecindad y las medidas específicas en favor de la infancia y la adolescencia, con la participación de las comunidades de origen;

e) conceder un permiso de residencia de protección social en colaboración con los ministerios de Interior para favorecer la salida del circuito de explotación y combatir eficazmente las organizaciones criminales;

f) programar una conferencia bienal europea sobre el tema de los menores no acompañados nacionales de terceros países y hacer lo propio a nivel nacional y propiciar que, en dichas conferencias, participen también las organizaciones no gubernamentales, las asociaciones de inmigrantes y las demás asociaciones especializadas en cuestiones de inmigración;

g) financiar íntegramente los recursos de acogida e inserción de los menores extranjeros no acompañados por parte de las autoridades nacionales y europeas».

convenios con los países de origen entre los menores extranjeros no acompañados entre las medidas de «Mejora de los mecanismos existentes para la *protección de los menores extranjeros no acompañados*», del programa GRECO para la gestión de la inmigración entre 2001 y 2004⁵⁶⁶, ni en su predecesor el Plan de Integración social de los inmigrantes de 1994 (PISI), pero sí han tenido cabida en el nuevo Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010, elaborado por el MTAS y aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros el 16 de febrero de 2007.

El Plan Estratégico, dentro de sus diversas áreas de intervención, contiene una específicamente dedicada a «Infancia y Juventud» en la que se incluye un programa (el INJ 5) de medidas dirigidas a la atención integral a menores no acompañados, entre las que se incluyen las siguientes: 1) establecimiento y seguimiento de la aplicación de convenios bilaterales con los países de origen de los menores; 2) actuaciones de prevención en origen de la inmigración de menores no acompañados; 3). mejora de la coordinación de actuaciones de los distintos agentes que intervienen en la atención a menores extranjeros no acompañados y de los protocolos de intervención aplicados; 4) Apoyo a las actuaciones de atención integral de menores inmigrantes no

⁵⁶⁶ Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración en España, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2001, para el período 2001-2004.

acompañados; 5) Apoyo a programas de reintegración familiar y social de los menores inmigrantes. Estas previsiones podemos ya verlas plasmadas, en mayor o menor medida, en los acuerdos recientemente suscritos por España que analizaremos a continuación.

Con estas referencias podemos comprender que hasta el año 2005 el único acuerdo internacional referente a menores extranjeros no acompañados suscrito por nuestro país fuese el Memorándum de entendimiento entre el Reino de Marruecos y el Reino de España sobre repatriación asistida de menores no acompañados, firmado en Madrid el 23 de diciembre de 2003. Como es sabido, en Derecho internacional el Memorándum de entendimiento se utiliza para designar acuerdos sin formalidades o bien compromisos no vinculantes jurídicamente. Pese a su escaso valor jurídico (y su deficiente aplicación práctica), este breve instrumento vulneraba claramente los derechos de los menores marroquíes no acompañados, ya que preveía la aplicación a éstos de un retorno inmediato y sin ningún tipo de garantías cuando un menor no acompañado era localizado en el momento de su entrada en el otro país a través de un puesto fronterizo⁵⁶⁷.

⁵⁶⁷ «... los firmantes se comprometen a emprender a partir de este momento las acciones siguientes:

2. *Una vez identificado el menor, las autoridades consulares del Estado requerido procederán a la expedición inmediata de la documentación que acredite su nacionalidad y a facilitar el retorno a su país de origen para su entrega a las autoridades fronterizas.*

3. *En el caso de que la localización del menor no acompañado se produzca en el momento de su entrada en el otro país a través de un puesto fronterizo, las autoridades del Estado de acogida lo entregarán de manera inmediata a las autoridades fronterizas*

Conforme al texto del Memorándum, resultaba perfectamente factible realizar auténticas expulsiones de menores, sin finalidad de reagrupación familiar ni consideración al superior interés del menor, ya que se preveía que los menores fuesen entregados, tras su repatriación, a las autoridades fronterizas marroquíes. En la vertiente positiva del acuerdo, al menos se preveía una obligación de información inmediata a la contraparte sobre la nacionalidad del menor, la fecha y hora del viaje, los datos del acompañante y otra información referida a la «repatriación asistida» del menor, y se creaba con perfiles extremadamente difusos un comité específico bilateral para *«establecer y evaluar las condiciones de acogida y de reinserción de los menores basados en proyectos de acompañamiento»*. Este comité podía además someter al Comité permanente, encargado del seguimiento de un determinado acuerdo, propuestas concretas

del país de origen. Esta operación se efectuará después de que se constate el hecho debidamente por el oficial de enlace».

En definitiva se trataba de aplicar a los menores de edad la figura de la «devolución», forma de alejamiento del extranjero del territorio nacional de carácter semiautomático, puesto que cuenta con garantías muy inferiores a las de un procedimiento de expulsión. La devolución al país de origen o de procedencia con el que exista acuerdo de readmisión está prevista en la Ley de Extranjería (art. 58.2.a) para los extranjeros que, pese a la existencia de una prohibición de entrada en vigor, logran entrar en territorio español, o los que pretendan entrar ilegalmente en el país. Acéptese la remisión, a este respecto, a DURÁN RUIZ, F.J. «Comentario al art. 26. Prohibición de entrada en España», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Extranjería*, ESPLUGUES MOTA, C. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2006 pp. 723-724, donde se pone de relieve el carácter sancionador que ha adquirido la devolución en los últimos tiempos en la legislación de extranjería española.

para la cofinanciación de estos indefinidos proyectos de acompañamiento o en materia socio-educativa.

Pese a las múltiples salvaguardas existentes en la legislación en beneficio de los menores extranjeros no acompañados, recientes informes como el de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) de 2007 sobre la situación de los refugiados en España pone de manifiesto que *«estas garantías no son respetadas en absoluto»*⁵⁶⁸ en las repatriaciones de menores extranjeros no acompañados realizadas en los últimos años. A lo largo de 2006, 111 menores no acompañados fueron repatriados (el 80 por ciento de ellos marroquíes), frente a los 61 de 2005 y el mismo número a lo largo de 2004 (en este caso el 67,2 por ciento de marroquíes y un 21 por ciento de rumanos). De los 111 menores repatriados en el año 2006, 59 fueron devueltos desde la Comunidad de Madrid, 13 desde Cataluña y 9 desde el País Valenciano, mientras que desde Andalucía y Canarias sólo se repatrió a un niño en cada una). Según el informe de la CEAR, en 2006 eran 3.863 los menores no acompañados tutelados por las comunidades autónomas, de los que 762 vivían en Andalucía, 750 en Canarias, 497 en Cataluña,

⁵⁶⁸ El incumplimiento de las garantías en los procedimientos dirigidos a la repatriación de menores extranjeros no acompañados ha motivado en los últimos tiempos un número proporcionalmente muy importante de Sentencias que anulan dichas repatriaciones. Así, las Sentencias del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 15 de Madrid, de 27 de abril de 2007, del JCA número 25 de Madrid, de 6 de noviembre de 2006, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de abril de 2007 (en este caso ya se había ejecutado al repatriación), o los Autos de los Juzgados de lo contencioso núm. 1 de Huesca, de 4 de agosto de 2006 y núm. 4 de Bilbao, de 18 de julio.

300 en Madrid, 279 en la Comunidad Valenciana, 247 en Melilla y ninguno en Ceuta, mientras que los otros 596 se repartían entre las restantes autonomías.

Con estos datos parece clara la necesidad existente de establecer acuerdos más concretos, completos y exhaustivos en materia de menores extranjeros no acompañados, cuyas previsiones fuesen más allá de facilitar la repatriación de los menores, y que incluyesen disposiciones relativas a la prevención de la inmigración irregular de estos menores. Estos nuevos acuerdos deben tener como marco la cooperación de toda índole y el desarrollo de estructuras de protección efectivas en los países de origen de los menores, asegurando la readmisión de los mismos por parte del país de origen mediante una repatriación acordada entre los dos países que se materializa a través del denominado «retorno concertado». A estas necesidades responden los acuerdos suscritos entre España y los principales países de origen de los menores no acompañados que se encuentran en su territorio desde diciembre de 2005, en concreto, por este orden, los establecidos con Rumanía, Senegal y Marruecos, que a continuación pasamos a analizar por separado.

V.2.7.1 Acuerdo hispano marroquí sobre cooperación en el ámbito del «retorno concertado» de menores

Muy recientemente, el 18 de octubre de 2007, el Congreso de los Diputados aprobó el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos «sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado», hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007.

De este modo, se produce un Acuerdo formal entre ambos Estados, lo que supone un gran avance frente a la situación anterior, el Memorándum de entendimiento entre España y Marruecos sobre repatriación asistida de menores no acompañados, firmado en Madrid el 23 de diciembre de 2003, que queda expresamente derogado y reemplazado. Este Memorando, además de no suponer una vinculación formal y exigible entre las partes firmantes, no se ha venido aplicando correctamente, pues preveía que, una vez identificado un menor no acompañado por las autoridades competentes de uno de los dos Estados, las autoridades consulares del Estado requerido procederían a la inmediata expedición de la documentación que acredite su nacionalidad, y a facilitar el retorno a su país de origen para su entrega a las autoridades fronterizas. Por otra parte, preveía el retorno inmediato de los menores no acompañados que fueran localizados en el momento de su entrada a través de un puesto fronterizo, entregándolos a las autoridades fronterizas del país de origen. En definitiva se trataba de aplicar a los menores de edad la figura de la «devolución», forma de alejamiento del extranjero del territorio nacional de carácter semiautomático, puesto que cuenta

con garantías muy inferiores a las de un procedimiento de expulsión. La devolución al país de origen o de procedencia con el que exista acuerdo de readmisión está prevista en la Ley de Extranjería (art. 58.2.a) para los extranjeros que, pese a la existencia de una prohibición de entrada en vigor, logran entrar en territorio español, o los que pretendan entrar ilegalmente en el país⁵⁶⁹.

El objetivo del nuevo Acuerdo de cooperación es más amplio que el del Memorándum, puesto que no se limita a tratar de la repatriación asistida de los menores, sino que intenta abordar esta problemática desde un tratamiento global, que incluya la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, junto con su protección, y su «retorno concertado», procedimiento de alejamiento del territorio español que sugiere una actuación conjunta y una colaboración entre España y Marruecos. Así, en la exposición de motivos del Acuerdo de 6 de marzo de 2007 se establece como objetivos del mismo «(...) solucionar el problema de los menores de edad marroquíes no acompañados en el territorio de España, como para la prevención de riesgos para dichos menores».

En cuanto al contenido concreto del acuerdo, que sigue las pautas del Acuerdo con Senegal firmado en Dakar el 6 de

⁵⁶⁹ Acéptese la remisión, a este respecto, a DURÁN RUIZ, F.J. (2006), “Comentario al art. 26. Prohibición de entrada en España”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Extranjería*, ESPLUGUES MOTA, C. (Dir.): Tirant lo Blanch, pp. 723-724.

diciembre de 2006. En su artículo 1, el Acuerdo establece unos objetivos generales: establecimiento de un marco de trabajo conjunto en materia de prevención de la inmigración ilegal, la protección y retorno de los menores de edad no acompañados; diálogo permanente e intercambio de datos entre las autoridades de ambos países, concretando las autoridades competentes para la aplicación del acuerdo: el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales español, y el Ministerio de Desarrollo Social, de la Familia y de la Solidaridad marroquí.

Dentro de los objetivos específicos (art. 2), se mencionan una serie de acciones encomendadas a su consecución, si bien de carácter excesivamente genérico, entre las que se encuentran la adopción de medidas de prevención centradas en el desarrollo social y económico de las zonas de origen de estos menores y la lucha contra las redes de tráfico de personas; la adopción de medidas de asistencia y protección de los menores marroquíes no acompañados que se encuentren en territorio español, y el favorecimiento de su reinserción social y su retorno asistido, bien al seno de sus familias o a una institución de tutela del país de origen (en clara consonancia con lo previsto en la LOExIS, tal y como hemos visto).

La referencia a la prevención no es sólo retórica, se hace una referencia específica en el artículo 3 del Acuerdo a las «acciones de prevención», entre las que se prevén acciones conjuntas para sensibilizar a los menores, a sus familias y a toda la sociedad acerca de los riesgos que conlleva la emigración de

menores no acompañados, y la lucha contra las redes y organizaciones dedicadas al tráfico y a la explotación de menores.

Las medidas de protección de los menores marroquíes no acompañados que se encuentren de modo efectivo en España se desarrollan en el art. 4 del Acuerdo. Se garantiza la igualdad de trato con los menores nacionales en el marco de la legislación estatal y autonómica de protección jurídica de los menores de edad. Se establece el compromiso por parte de España de proporcionar a las autoridades competentes marroquíes, en el plazo de un mes desde la fecha de entrada del menor en territorio español (aunque más correcto habría sido decir desde la fecha de localización del menor en territorio español, puesto que no siempre coinciden este momento y el de la entrada del menor en nuestro territorio), toda la información en relación con la situación de los menores objeto de las medidas de protección. A partir de esta información, las autoridades competentes marroquíes procederán a la identificación del menor y de su familia y a la expedición de la documentación que demuestre su nacionalidad, en un plazo de tres meses a partir de la entrega de la documentación.

Ambos países llegarán a un acuerdo previo sobre los menores que puedan ser objeto de regreso y sobre su número, una vez identificados y documentados los menores. Debemos suponer que además de identificarlos las autoridades marroquíes o españolas investigarán su situación socio-familiar, puesto que de otro modo no se cumplirían las garantías para la repatriación

asistida exigidas por la legislación española. En cualquier caso, este acuerdo político sobre el número de menores a repatriar en conjunto, no parece corresponderse con el necesario análisis individualizado de la situación de cada menor al que se hace referencia en el art. 5 del Convenio, y el resto de garantías en las repatriaciones a las que hemos hecho referencia.

Llegados a este punto la decisión sobre la repatriación del menor la tienen las autoridades competentes españolas, es decir, la Administración del Estado, que resolverá bien de oficio o a propuesta de la entidad pública que ejerce la tutela sobre el menor, conforme a la legislación española, la CDN y demás normativa internacional sobre protección del menor. Sin duda, el carácter no vinculante y ni tan siquiera preceptivo de la propuesta del ente autonómico de protección de menores es muy criticable, sobre todo si tenemos en cuenta el funcionamiento actual del sistema de protección de menores. La firma de estos convenios habría sido un momento idóneo para dar mayor relevancia jurídica a estos informes, incluyendo, por ejemplo, la obligación de motivar por parte de la Administración General del Estado la resolución de repatriación para expresar las circunstancias que le han llevado a apartarse del informe del Servicio de Protección de Menores de la respectiva Comunidad Autónoma.

Dentro de estas «acciones en materia de retorno» (art. 5 del Acuerdo), se prevé la colaboración de ambos Estados para garantizar de forma personalizada, las condiciones de la reunificación familiar efectiva del menor o su entrega a cargo de

una institución de tutela marroquí. Sin embargo, no hay referencias concretas al modo de hacer efectivas dichas garantías. Esto resulta aún más esencial cuando, a renglón seguido, el Acuerdo prevé la cooperación de las autoridades españolas y marroquíes, junto con las ONGs especializadas, para establecer un dispositivo de acogida dotado con recursos materiales y humanos cualificados, lo que da a entender la inexistencia o insuficiencia de los recursos de tutela existentes en Marruecos, y de los cuales depende en gran medida el éxito del Acuerdo.

Entre los avances encaminados a dar eficacia real al Acuerdo, destaca el Comité de Seguimiento previsto en el art. 6 del mismo, cuya misión será el intercambio de informaciones acerca de la estancia y el retorno de menores no acompañados, el análisis y evaluación de las medidas que se adopten en materia de prevención, protección y retorno, y proponer cualquier acción que se considere necesaria en materia de evaluación de las condiciones de acogida, de la eficacia de los procesos de formación en España, de la aplicación de medidas de retorno y de la puesta en práctica de programas de reinserción socioprofesional. Dicho Comité de seguimiento levantará acta de la aplicación del Acuerdo cada seis meses, y se reunirá dos veces al año, de forma alternativa en España y Marruecos, pudiendo también celebrar reuniones extraordinarias cuando se considere oportuno.

El Acuerdo prevé que el coste de las acciones de protección y repatriación sea financiado por España, como viene ocurriendo, mientras que las acciones de prevención, entre las que se encuentran la ayuda al desarrollo socioeconómico de las zonas potencialmente de origen de los inmigrantes, serán cofinanciadas por ambos países.

V.2.7.2 Acuerdo entre España y Senegal sobre cooperación en el ámbito de menores inmigrantes no acompañados

El Acuerdo entre la República de Senegal y el Reino de España sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad no acompañados senegaleses, su protección, repatriación y reinserción, se firmó en Dakar el 5 de diciembre de 2006.

Este Acuerdo ha servido de modelo para el acuerdo con Marruecos que acabamos de analizar, por lo que su contenido y estructura es muy similar. No obstante, determinados elementos del Acuerdo con Senegal demuestran una mayor capacidad negociadora por parte de España y una mayor disposición en éste caso que en el anterior.

Esto tiene su corolario, en primer término en la reducción de plazos para tomar una decisión acerca de la situación del menor:

España se compromete a informar de la situación del menor no acompañado a las autoridades competentes senegalesas en el plazo de 10 diez días desde la entrada de aquel en nuestro territorio y, por su parte, las autoridades senegalesas efectuarán las acciones necesarias para la identificación y documentación del menor en el plazo de 20 días desde la comunicación por las autoridades españolas. No cabe duda de que la reducción del plazo, siempre que no afecte a la correcta identificación de los menores y su situación familiar, favorece el interés del menor en cuanto la decisión sobre su permanencia o retorno se agiliza considerablemente.

Otra muestra de la predisposición por parte de Senegal se plasma en la financiación de las medidas, puesto que en este caso España sólo asume la financiación completa de las acciones de protección de menores mientras estos están en su territorio, mientras que el resto de actuaciones previstas en el Acuerdo en materia de prevención, repatriación y reinserción, tendrán carácter cofinanciado entre las dos partes contratantes.

Por último, en las acciones de prevención se incluye el favorecimiento del desarrollo social y económico de las zonas de origen de los menores no acompañados, mediante la creación o reforzamiento de la capacidad de los centros de formación y reinserción de menores y demás estructuras de la Dirección de Educación Vigilada y de Protección Social del Ministerio de Justicia de Senegal.

V.2.7.3 Acuerdo entre España y Rumanía sobre cooperación en el ámbito de menores inmigrantes no acompañados

El Acuerdo entre Rumanía y España sobre cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos, fue realizado en Madrid el 15 de diciembre de 2005, y entró en vigor el 19 de agosto de 2006⁵⁷⁰.

A diferencia de los Acuerdos con Marruecos y Senegal, no podemos olvidar que actualmente Rumanía es uno de los Estados miembros de la Unión Europea, de la que entró a formar parte el 1 de enero de 2007. Esto sin duda facilita las relaciones diplomáticas entre ambos países, que resultan imprescindibles para dotar de garantías la repatriación asistida de menores no acompañados.

El Acuerdo sigue una estructura muy parecida a los que hemos analizado hasta el momento, estableciendo unos objetivos amplios (prevenir y dar solución a la cuestión de los menores no acompañados de nacionalidad rumana en territorio español, mediante el intercambio de datos e información entre ambos países), y otros objetivos de carácter más específico relativos a la

⁵⁷⁰ Publicado en el BOE núm. 195, de 16 de agosto de 2006.

identificación, protección y reintegración social en su país de origen, preferentemente en sus familias, de estos menores.

En lo relativo a la protección de los menores de edad rumanos no acompañados que se encuentren en territorio español, el Acuerdo concreta el contenido de la asistencia y protección a las que tienen derecho, incluyendo acogida, alojamiento y asistencia médica, haciendo también referencia a la preparación del regreso y, en caso necesario, el acompañamiento de los menores a Rumanía.

Se prevé también la creación de un Comité de Seguimiento bilateral, para resolver los problemas de identificación de los menores en España y, en su caso, facilitar el regreso a su país. En cuanto a los plazos de intercambio de información relativa al menor, no se establece un plazo concreto para que las autoridades competentes españolas remitan la información relativa al menor objeto de protección a sus homólogas rumanas, únicamente se dice que proporcionarán dicha información «en el más breve plazo». Si existe un plazo para investigar la situación sociofamiliar del menor en su país de origen; el resultado de dicha investigación deberán remitirlo las autoridades competentes rumanas a las autoridades españolas en 30 días desde la recepción de la información del menor. El regreso del menor, si se dan las condiciones necesarias para llevarlo a cabo, se acordará de oficio por la Administración estatal española o bien a propuesta

del Servicio de Protección de menores autonómico que haya adoptado las medidas de protección del menor.

Otro aspecto destacado es la posibilidad que otorga el acuerdo a la Autoridad Nacional para la Protección de los Derechos del Niño de Rumanía de designar mediante una selección las organizaciones no gubernamentales que puedan intervenir eventualmente en el proceso de elaboración del proyecto del regreso del menor a su país y en la aplicación del mismo.

Es el único Acuerdo que se refiere a la protección de los menores de edad rumanos cuyos padres o representantes legales se encuentran en España, y que se encuentren en situación legal de desamparo, puesto que dicha situación es frecuente. Se remite en estos casos de desprotección o desamparo del menor, o cuando se encuentre expuesto a riesgos de abuso, explotación, mendicidad o de cometer actos delictivos, a la legislación autonómica de protección del menor.

V.2.8 Integración de los MINA a través de las medidas de protección

Si la repatriación no ha sido finalmente posible, porque no se ha podido identificar al menor, por no haberse localizado la familia en el país de origen, porque dicha familia no exista, o porque los Servicios de Protección de Menores del país de origen

no ofrezcan la suficiente colaboración o garantías, la AGE deberá acordar la permanencia en España del menor extranjero no acompañado.

El menor queda entonces a cargo del Servicio de Protección de menores, y dado que su situación se vuelve más estable, este sería el momento oportuno para que aquel declare formalmente el desamparo del menor en caso de que aún no se haya hecho, y proceda a documentar al menor.

El organismo que ejerce la tutela es el competente para instar de la Delegación o Subdelegación del Gobierno que corresponda el otorgamiento de un permiso de residencia para el menor, según el art. 35.4 LOEXIS, aunque no determina el momento en que habrá de iniciarse el procedimiento. Exige para su otorgamiento que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, al igual que el art. 92.5 párrafo 1, que otorga un plazo de nueve meses, desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, para otorgar al menor la autorización de residencia.

El requisito de que se haya intentado la repatriación del menor no debe entenderse en sentido estricto, es decir, que se haya acordado la repatriación del menor y esta no se haya podido ejecutar. Es obvio que el requisito se entiende cumplido cuando la AGE haya declarado que procede la permanencia del menor en España. La autorización de residencia se otorga transcurridos

nueve meses desde que se comprueba la edad del menor y este pasa a disposición de los servicios de protección, es decir, tras los nueve meses, salvo que no hayan terminado los trámites para determinar su permanencia en España, el menor debe estar ya documentado⁵⁷¹, aunque en muchos casos no ocurre así, demorándose tanto la administración tutora del menor en solicitar el permiso de residencia (porque estiman erróneamente que se deben esperar los nueve meses antes de instar la concesión del permiso), como la Delegación o Subdelegación del Gobierno correspondiente en concederlo⁵⁷².

Para que la desidia o lentitud en la actuación de las diferentes administraciones no perjudique al menor, el nuevo Reglamento de la Ley de extranjería ha introducido un añadido al art. 92.5, párrafo 1º, disponiendo que el hecho de no contar con

⁵⁷¹ Art. 92.5 «Transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores (...), 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»

⁵⁷² El informe de 2004 del Defensor del Pueblo (pp. 425 a 427) hace hincapié en este problema, indicando, respecto de los menores extranjeros no acompañados que *«También deben anotarse en el capítulo de problemas más frecuentes las demoras en la tramitación de la documentación, principalmente en el inicio de los trámites»* Añade que *«El problema referido resulta especialmente grave en aquellos casos en los cuales los menores se encuentran muy cercanos a la mayoría de edad, los cuales, a veces por unos días, pueden quedar en una situación extremadamente precaria como consecuencia de dos factores que confluyen: el primero de ellos, que la entidad de protección no haya instado su documentación en la fecha adecuada y, en consecuencia, no haya habido tiempo de expedir la oportuna autorización de residencia; y, el segundo, que no puedan acreditar, mediante la certificación de tutela, que permanecieron bajo la responsabilidad de una Administración española en la realidad más tiempo del que consta en la certificación, ya que con carácter general ésta última se expide, según ha podido comprobar esta Institución, con los datos de las resoluciones de los acuerdos que declaran el desamparo y cese de éste»*.

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, como pueden ser cursos de formación ocupacional, etc.

El permiso que se otorga al menor se denomina en el nuevo ReLOEXIS «autorización de residencia temporal por razones excepcionales», regulado en el artículo 45 del ReLOEXIS. Normalmente, cuando dicha autorización se concede a inmigrantes en situación de irregularidad administrativa en España, conlleva también la autorización de trabajo durante su vigencia. Sin embargo, en el caso de los menores no ocurre así, puesto que el art. 41.1 letra k) LOEXIS exime de la obligación de obtener la autorización de trabajo a «*Los menores extranjeros en edad laboral tutelados por entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social*»⁵⁷³. Resulta necesario que la entidad correspondiente pruebe que ejerce la tutela sobre el mismo, por lo cual es imprescindible que previamente haya declarado formalmente el desamparo del menor, de ahí la importancia que otorgamos en su momento a que dicha

⁵⁷³ Así lo exige el art. 68.k) ReLOEXIS, *in fine*.

declaración se realizara a la mayor brevedad tras comprobarse la minoridad.

Esta exención se introdujo en la Ley 8/2000, y debe elogiarse como medida de integración social de los MINA. Además, ha venido apoyada por algunas reformas en la legislación laboral que favorecen el trabajo de los extranjeros menores de edad⁵⁷⁴.

Si la autorización de residencia por circunstancias excepcionales del menor se encuentra vigente al cumplir la mayoría de edad, debería entenderse que desde el momento del cumplimiento de la mayoría de edad, conlleva la autorización para trabajar. No sería lógico lo contrario, pues supondría negar los objetivos de integración social que se pretenden con los menores tutelados.

En el caso de que el menor cumpla la mayoría de edad durante la tramitación del permiso de residencia, la Sala de la Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en su Sentencia de 7 de julio de 2003, decreta que el momento que determina la validez de la situación de minoría de edad que otorga el derecho a la documentación es la solicitud del permiso de residencia previsto en el artículo 35

⁵⁷⁴ El Real Decreto 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad (BOE nº 54, de 3 de marzo de 2001), señala que los extranjeros mayores de 16 años y sin límite máximo de edad podrán ser empleados a través de los contratos de formación que les permitan obtener un certificado que acredite la experiencia profesional adquirida durante el tiempo que hayan realizado la actividad de que se trate.

LOEXIS, a pesar de que en el transcurso de la instrucción administrativa de tal petición el interesado pierda la condición de menor de edad.

Es necesario destacar que la autorización de residencia por circunstancias excepcionales tiene una vigencia de un año, al igual que cada una de sus renovaciones, lo que supone una amenaza a la futura situación legal del menor una vez alcanzada la mayoría de edad. No tendría sentido que, tras un período prolongado bajo la tutela de la Administración, al poco tiempo de cumplir la mayoría de edad quedase en situación de irregularidad. Existe, no obstante, una vía de escape en la propia ley ante este sinsentido, puesto que el art. 73.e) del ReLOEXIS, prevé que pueda concederse la autorización de residencia permanente a los menores extranjeros que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva.

Resulta paradójico que para el menor extranjero no acompañado resulte más sencillo conseguir la nacionalidad española que la situación de residencia permanente, dado que el art. 22.2 letra c) del Código civil⁵⁷⁵, dispone el período para que pueda otorgarse la nacionalidad por residencia se reduce de diez años a uno para *«el que haya estado sujeto legalmente a tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles*

⁵⁷⁵ Redactado conforme a la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código civil en materia de nacionalidad (BOE núm. 242, de 9 octubre de 2002).

durante dos años consecutivos, incluso si continuara en esta situación en el momento de la solicitud». Quiere decir esto que, si la residencia del menor en España se considera legal desde que es puesto a disposición de los servicios de protección según el art. 35.4 LOEXIS, cuando el menor lleve dos años bajo la tutela o guarda del ente público⁵⁷⁶, dicho ente podrá instar que le concedan la nacionalidad española por residencia, o podrá solicitarla el propio extranjero una vez adquirida la mayoría de edad. Destaca ESPADA RAMOS que *«una de las vías posibles desde una práctica política para la integración sería considerar la posibilidad de naturalización»*, y que la auténtica integración del extranjero, teniendo en cuenta los elementos de multiculturalidad y etnicidad existentes en este colectivo, parece que hoy por hoy *«sólo pueda lograrse con la adquisición de la nacionalidad del Estado de acogida»*⁵⁷⁷.

A todos estos efectos (integración laboral, obtención del permiso de residencia y/o nacionalidad, etc.), comprobamos que resulta esencial que los servicios de protección declaren formalmente el desamparo con la mayor celeridad posible una vez que los menores se encuentran a su disposición, puesto que esto

⁵⁷⁶ En el mismo sentido, vid. SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., «El estatuto jurídico de los menores extranjeros no acompañados en el Derecho español y francés», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 6, julio 2004, p. 68.

⁵⁷⁷ ESPADA RAMOS, M^a.L., «Integración de las “nuevas” minorías económicas y poliétnicas», en AA.VV., *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, pp. 525-526.

facilitará enormemente el acceder a una situación de regularidad administrativa y, por ende, a su integración socio-laboral.

Si el menor tutelado alcanza la mayoría de edad sin haber obtenido la autorización de residencia, la entidad protectora puede recomendar la concesión de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, sin que se tenga en cuenta para su otorgamiento la situación nacional de empleo. No se está otorgando en este caso un derecho a la obtención de la autorización al menor, pues dice simplemente que la entidad protectora podrá «*recomendar la concesión*», y además hace depender dicha recomendación de que, durante el período en el que ha permanecido bajo tutela, el menor haya participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social.

Por último, debemos destacar que, con el nuevo RD 2393/2004, de desarrollo de la Ley de extranjería, la decisión respecto de la permanencia del menor en España no resulta definitiva. Incluso cuando se haya autorizado la residencia del menor, dice el art. 92.5, en su párrafo 5º, que dicha circunstancia «*no será impedimento para la repatriación del menor, cuando posteriormente pueda realizarse conforme a lo previsto en este artículo*». Esta previsión provoca múltiples incógnitas ¿Significa que, una vez decidida la permanencia en España del menor, la

AGE puede modificar esta decisión por la de su repatriación, o que, si la repatriación ha sido imposible, ha de volverse a intentar?

Esta norma puede verse desde dos perspectivas distintas, de un lado, desde el principio de reintegración familiar del menor desamparado. Al igual que ocurre con los menores declarados en desamparo, y salvo que estos hayan sido ya adoptados por una nueva familia, si cambia la situación familiar de desatención que sufría el menor y los padres pueden prestarle los cuidados necesarios, la Administración debe declarar el cese de las medidas de protección y de la situación de desamparo y devolver al menor con su familia.

Desde otro punto de vista, la medida no sería tan positiva, en tanto deja a los menores inmigrantes desamparados en una continúa situación de incertidumbre, que puede hacer frustrar las medidas de integración si estos huyen de los centros temiendo ser repatriados. De cara a la Administración, resulta una especie de vía de escape, permitiendo que, ante la saturación de los centros de menores, pueda revisar la situación familiar del menor para poder repatriar aquellos cuyos derechos puedan quedar garantizados y utilizar los recursos para atender a los realmente desamparados.

V.3 Los menores inmigrantes no acompañados en Italia

V.3.1 La realidad italiana de los menores inmigrantes y las fuentes legislativas

La sección de la población inmigrada compuesta por niños, preadolescentes y adolescentes, o por aquellos sujetos jurídicamente definidos como menores de edad, además de representar un nuevo rostro del fenómeno de la inmigración en Italia constituye, como en España, un segmento muy variado y en constante crecimiento. El elevado número de menores de orígenes diverso, junto con la presencia siempre numerosa de familias inmigradas, representa uno de los principales indicadores de la transformación de la inmigración italiana, que partiendo de ser un fenómeno temporal va asumiendo el carácter de componente estructural de la sociedad.

A partir de la mitad de los años 90, el incremento de menores ha sido verdaderamente notable. De 125.565 menores en 1996 se pasó a 229.851 en 1999, con un aumento del 83,1% (un aumento que casi dobla al de los inmigrantes inscritos en el

padrón en el mismo período⁵⁷⁸, para alcanzar los 277.976 en 2000 y casi los 491.000 a comienzos de 2005⁵⁷⁹.

La presencia de niños y adolescentes inmigrantes en el territorio italiano no es homogénea, sino que presenta diferencias entre las distintas áreas y regiones. Como media, la incidencia de los menores sobre el conjunto de los residentes extranjeros a nivel nacional es del 20,1%, siendo más destacada su presencia en el nor-este y el centro respecto de otras áreas del país. En términos absolutos, el nor-oeste, el noreste y el centro registran la máxima presencia de menores (respectivamente el 35,4%, el 25,7% y el 25,3%), mientras que el sur y las islas tienen percentiles muy bajos (8,2% y 5,3%). Las regiones con mayor número de menores son, por este orden: Lombardía (25,1%), Lacio (11,8%), Veneto (11,5%), Emilia-Romania (10,1%), Piamonte (8,1%) y Toscana (7,9%). En el período 1996-2005 son muchas las provincias que han visto doblada la presencia de menores inmigrantes.

Dentro del universo de los menores inmigrantes se pueden distinguir varias tipologías de sujetos con historias y biografías muy diversas:

1. los menores que viene a reunirse con su familia;
2. los menores inmigrados con su familia;
3. los menores nacidos en el país de acogida;

⁵⁷⁸ Cfr. Caritas, *Immigrazione. Dossier statistico 2001*, Anterem, Roma, 2001, p. 172.

⁵⁷⁹ Cfr. Caritas, *Immigrazione. Dossier statistico 2005*, Scheda di sintesi, Idos, Roma, 2005, p. 5

4. los menores no acompañados, que son el objeto de nuestro estudio;
5. los hijos de parejas mixtas (comunitario-nacional de tercer Estado);
6. los menores que viene por motivos de adopciones internacionales.
7. los hijos de los solicitantes de asilo y refugio;
8. los hijos de los prófugos de guerra o desplazados;
9. los menores gitanos (los denominados «rom», de origen romaní y los «sintis», de origen hindú).

A parte del hecho de que pueden darse casos en que un menor pertenezca a más de una tipología (un menor gitano y desplazado por la guerra, un menor no acompañado solicitante de asilo, etc.), algunas de las tipologías mencionadas comprenden menores que no pueden considerarse estrictamente como «inmigrantes» (y quizás ni siquiera «extranjeros»), sino que deben considerarse, más correctamente como «hijos de inmigrantes», «segunda generación» o «menores extranjeros»: se trata de menores nacidos en Italia de padres inmigrantes, pero también de aquellos que, nacidos en Italia o en el extranjero, son hijos de uno o de los dos progenitores con nacionalidad italiana (es el caso de parte de los menores *rom* y *sintis*, o de hijos de aquellos inmigrantes que han adquirido la nacionalidad italiana). Se acepta usualmente la inclusión de dichos menores en la macro-categoría de «menores inmigrantes» (o de «menores extranjeros») porque

se trata en la mayor parte de los casos de sujetos asimilables a los menores inmigrantes *stricto sensu* en una serie de problemáticas que van desde las posibles situaciones de marginalidad social a la dificultad de escolarización, pasando por la exposición a discriminación y prejuicios al encontrar dificultad en el aprendizaje de la lengua italiana como segunda lengua, etc.

Esto no significa que las familias de origen de los menores sean tipológicamente homogéneas; en realidad «a pesar de vivir dinámicas y problemas similares», las familias extranjeras «presentan situaciones diferenciadas». Existen familias de tipo tradicional, donde el marido-padre trabaja y la mujer-madre se ocupa de las tareas del hogar y de los hijos, familias en las que ambos cónyuges trabajan y colaboran a la economía familiar, familias «monoparentales», compuestas de madre o padre y uno o más hijos, las familias denominadas «comunitarias», compuestas de más de una pareja que cohabitan (con sus respectivos hijos, como es el caso de un número relevante de familias chinas).

Existen familias reagrupadas (en las cuales a menudo el marido-padre ha emigrado el primero y luego a ido trayendo al resto de la familia que se había quedado en el país de origen), familias que se constituyen en el país de acogida, familias cuyos integrantes emigran conjuntamente y familias mixtas⁵⁸⁰.

⁵⁸⁰ CAMPANI, G., LAPOV, Z., CARCHEDI, F. (a cura di), *Le esperienze ignorate. Giovani migranti tra accoglienza, indifferenza, ostilità*, Franco Angeli, Milano, 2002, p. 15.

Los menores se encuentran a menudo insertos en una situación compleja, donde los referentes culturales son múltiples y no siempre de acuerdo entre ellos, donde pueden coexistir tendencias al mantenimiento de actitudes tradicionales dentro de la familia con tendencias a la asimilación y homologación con los modelos dominantes en la sociedad de acogida. Son sobre todo los menores, los que perciben con mayor malestar y bajo el signo de una cierta fragilidad psíquica las tensiones entre los modelos familiares y los de la sociedad que los acoge. Y esto es válido tanto para los menores nacidos ya en Italia, como para aquellos que han seguido a su familia o se han reunido con sus padres, así como, en menor medida, para los hijos de las parejas mixtas.

También es cierto, por otra parte, que los menores hijos de inmigrantes son los constructores de auténticos puentes «transculturales» entre la familia de origen y la sociedad de acogida, convirtiéndose en sujetos de nuevas formas de etnicidad, en protagonistas de un mestizaje cultural que enriquece la sociedad de acogida y hace más complejas las características de las comunidades diaspóricas. En algunos casos son los menores inmigrantes los que se convierten en puntos de referencia para sus propios padres, al ser más hábiles en la comunicación y en el uso de la lengua del país de acogida y más expertos en decodificar los mensajes de la sociedad en que viven, y por tanto más orientados hacia formas de mediación cultural.

El fenómeno de los menores inmigrantes no acompañados, en Italia ha comenzado a ser objeto de estudios científicos sólo en tiempos muy recientes⁵⁸¹, en primer lugar casi exclusivamente en relación al componente relacionado con la criminalidad⁵⁸², además de representar un itinerario migratorio muy particular y también un fenómeno relativamente inédito y en constante aumento en toda Europa. Este fenómeno ha adquirido visibilidad social a finales de los años ochenta y se ha desarrollado de forma repentina en la segunda mitad del decenio siguiente, en concomitancia con el crecimiento de algunos flujos migratorios provenientes prevalentemente de países de Europa del Este.

Sobre el territorio italiano están presentes en la actualidad al menos cuatro tipos diversos de menores no acompañados: 1.- los menores solicitantes de asilo o para los cuales hay previstas medidas de protección temporal por motivos humanitarios; 2.- los menores que llegan a Italia para reunirse con sus padres o con

⁵⁸¹ Vid., entre otros, VITALE, G., «Il diritto di asilo e lo staus di rifugiato dei bambini stranieri non accompagnati», en *Minori e Giustizia*, 1999, n. 3, pp. 23-37; VALERI, M., «Minori non accompagnati», en *Studi e Osservazioni*, Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento degli Affari Sociali, Roma, 2000; CAMPANI, G., LAPOV, Z., CARCHEDI, F. (coord.), cit.

⁵⁸² Cfr. OLGATI, V., «La criminalità dei minori extracomunitari: una indagine sul rapporto tra vulnerabilità sociale e giudicato penale», in *Sociologia del Diritto*, 1991, n. 1, pp. 143-163; SEGRE, S., «Immigrazione extra-comunitaria e delinquenza giovanile: un'analisi sociologica», en *Studi Emigrazione*, 1993, n. 11, pp. 384-415; PATRONE, I., «Il diritto diseguale. Ragazzi italiani ed extracomunitari davanti al giudice minorile», en CAVALLO, M., *Le nuove criminalità*, Milano, FrancoAngeli, 1995; BOUCHARD, M., «Minori stranieri e criminalità organizzata», en CAVALLO, M., *Le nuove criminalità*, cit.; GIOVANNETTI, M. «Minori stranieri in movimento: percorsi e pratiche tra integrazione e devianza», en *Multiculturalismo e sicurezza in Emilia-Romagna: seconda parte*, vol. 2°, «Quaderni di Cittàsicure», 2000, n. 21, luglio-agosto, pp. 297-408.

otros familiares, los cuales ha menudo no cumplen los requisitos para poder acceder a una reagrupación familiar por los cauces legales; 3.- los menores explotados por las mafias; 4.- los menores, preferentemente varones, con una edad superior a los 14 años que llegan a Italia a través de redes de tráfico de personas y del crimen organizado para posteriormente buscar un trabajo.

La situación italiana, como la española, se diferencia de la de otros países europeos en el hecho de que la primera tipología de menores es escasa, cuando en otros países es la más importante, mientras que prevalece la cuarta, que sin embargo es la minoritaria o casi inexistente en los países del centro-norte de Europa. El segundo tipo de menores también es poco numeroso, pero no es infrecuente el círculo mafioso que explota adolescentes a través del tráfico ilícito de personas, abusando al mismo tiempo de las normas de protección y tutela a favor de los menores extranjeros previstas en la legislación italiana.

En conjunto, la tipología mayoritaria en Italia es la compuesta por menores que emigran por motivos económicos en el marco de un proyecto laboral a menudo compartido por la familia de origen, como ya vimos que ocurría también en España. Esto es válido particularmente para los menores provenientes de Albania, cuyas familias actúan bajo la firme convicción de que el sistema escolar italiano es mejor que el de sus país de origen y

que un título obtenido en Italia da acceso a mayores oportunidades en el mercado laboral italiano.

También a propósito de los diversos grupos de menores inmigrantes parece posible hablar de «especialización étnica»: los menores explotados vienen principalmente del área del Magreb, mientras que los pequeños inmigrantes económicos son sobre todo de origen balcánico, preferentemente albaneses.

Reconducible entre el grupo de inmigrantes económicos es también el número nada despreciable de menores que emprenden auténticos «viajes de aventura», que tienen su origen la mayor parte de las veces en Albania o en Marruecos, y son resultado de la fascinación y de la atracción que Italia ejerce sobre el imaginario de las poblaciones de estados limítrofes con Estados próximos más ricos y desarrollados.

Conforme a los datos proporcionados por el Comité para los menores extranjeros (que se puso en funcionamiento con el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros núm. 535 de 9 de diciembre de 1999 y que tiene como misión encargarse de los menores no acompañados presentes en Italia), a 15 de abril de 2005, eran 5.573 los menores no acompañados en Italia, descendiendo su número respecto de los cerca de 7.000 que existían en 2004 (al contrario que en España, donde el número está en continuo aumento). El dato está, no obstante, subestimado respecto del número real de menores existentes porque la mayor rigidez de las leyes induce a permanecer a los menores en una situación de clandestinidad. Rumania ocupa el primer lugar como

país de procedencia del mayor número de menores no acompañados (37,2%); seguido de Marruecos (20,1%) y Albania (16,8%). Lombardía sigue siendo la región con mayor presencia (1.347), seguida del Lacio (913), Friuli Venecia Julia, Piamonte, Toscana y Emilia Romania, todas con casi 600 menores no acompañados.

La preponderancia de la presencia de menores no acompañados en el centro-norte se explica por el mayor atractivo de estas regiones, y por la presencia de estructuras dirigidas a la acogida de menores. El control marítimo destaca la región de la Puglia⁵⁸³, una excepción por el predominio neto de menores albaneses, que desembarcan sobre las costas de esta región, localizados en muchos casos por las autoridades que proceden a su identificación y a activar los procedimientos para su acogida.

Sólo una parte de estos menores es destinataria de una medida de acogida familiar o institucional, con la consecuencia de que muchos permanecen en situación irregular, ya que la normativa vigente prevé el otorgamiento de un permiso de residencia hasta el cumplimiento de los 18 años de edad sólo cuando exista un acogimiento. A 30 de noviembre de 2001, de los 7.823 menores localizados, el 11,5% estaba en posesión de un permiso por minoría de edad y el 7,8% de un permiso por

⁵⁸³ En el año 2000, las regiones con un mayor número menores localizados en términos absolutos fue la Puglia (2865, el 29,3% de los menores en aquel momento). Caritas, *Immigrazione. Dossier statistico 2001*, Anterem, Roma, 2001, p. 177.

acogimiento. Más de las tres cuartas partes de dichos menores se encontraban según el Comité de menores extranjeros sin permiso de residencia⁵⁸⁴.

En enero de 2002 la mitad de los menores inmigrantes no acompañados eran albaneses (50,7%), seguidos de lejos por los marroquíes (17,4%), por los rumanos (8,5%), e por los ex-yugoslavos (4,9%). Respecto a dos años antes, el número de albaneses ha descendido casi un tercio y ha aumentado relativamente el de marroquíes y rumanos. Hay que señalar, en el año 2001, el aumento de menores turcos e iraquíes, en su mayor parte de etnia kurda.

El tratamiento jurídico del menor extranjeros inmigrado desde el punto de vista sustancial constituye un terreno extremadamente interesante, estando, como ya se ha manifestado, en los límites entre dos normativas de signo contrario, una de favor –la de menores, bajo los principios de protección y apoyo–, y una desfavorable –la de extranjería, nacida como normativa de seguridad pública y caracterizada al menos en parte por los principios de control y defensa.

Esta marginalidad determina también una particular dificultad para individualizar el derecho positivo aplicable: las fuentes normativas están en el cruce de caminos entre dos legislaciones especiales –la de extranjería y la de menores–, las cuales a su vez tocan transversalmente todos los ámbitos

⁵⁸⁴ Datos obtenidos del Comité para los menores extranjeros.

legislativos, interesando el Derecho penal, civil, administrativo y también de forma destacada el Constitucional. Y por este motivo el legislador se ocupa de esta materia a menudo de forma fragmentada y con frecuentes modificaciones, capaces de desincentivar a los más interesados, de manera que en la práctica se termina frecuentemente por actuar conforme a prácticas más o menos legítimas. De este modo, BUTTICCI⁵⁸⁵ sostiene que «las numerosas dificultades interpretativas en que incurren sobre todo los operadores locales y administrativos que deben aplicar dichas normas en la práctica, derivan en una ausencia de un núcleo fundamental interpretativo»

MIAZZI⁵⁸⁶ manifiesta que las dificultades interpretativas derivan sólo en parte de la confusión de fuentes: el trato característico de esta materia es a menudo la ausencia de un núcleo fundamental de principios compartidos, que puedan orientarnos en los frecuentes casos de duda. De hecho, el intérprete se encuentra siempre frente a dos sistemas incompatibles, el de menores y el de extranjería, y debe elegir cada vez a cual acogerse. Según este autor «en la aplicación práctica, frente a un cuadro legislativo carencial, contradictorio,

⁵⁸⁵ BUTTICCI, A., «Minori stranieri non accompagnati. Elementi quantitativi e giuridici di una realtà in evoluzione», en SBRACCIA, A., e SCIVOLETTO, C. (a cura di), *Minori migranti: diritti e devianza. Ricerche socio-giuridiche sui minori non accompagnati*, L'Harmattan Italia, Torino, 2004, p. 12.

⁵⁸⁶ MIAZZI, L., «La tutela del minore nel nuovo quadro normativo», en Convegno regionale di studi sulla condizione giuridica dei cittadini stranieri, tenuto a Trieste il 14 febbraio 2004.

inspirado a veces en fines constitucionalmente incompatibles, a menudo parece sucumbir la tutela de los derechos de los menores, comprimidos o simplemente olvidados en el marco de una legislación fuerte como la de extranjería».

Si la emanación de normas relativas a la inmigración en general es un fenómeno relativamente reciente en Italia⁵⁸⁷, hasta hace pocos años faltaban absolutamente normas específicas respecto de los menores extranjeros, y las pocas disposiciones existentes no eran adecuadas a las nuevas características de este fenómeno migratorio⁵⁸⁸.

Sobre el tema de la inmigración la primera actuación legislativa relevante, ya sea por la cantidad de normas como por su calidad fue el denominado Decreto Martelli, de 1989 (transformado más tarde en la ley n. 39/1990), el cual, no obstante, contenía sólo dos artículos dedicados a los menores, absolutamente marginados en pro de la economía legislativa⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ Hasta 1999, de hecho no existía una ley orgánica en esta materia. Los principios fundamentales se reconducían directamente al art. 10 de la Constitución italiana; la entrada de los menores era una cuestión de policía y de seguridad pública, regulado en el Título V del Texto Refundido de Seguridad Pública. En 1996 se introdujo, en orden a la permanencia y a los derechos de los extranjeros residentes, una ley centrada fundamentalmente en los temas laborales y en los derechos y obligaciones de los trabajadores extranjeros.

⁵⁸⁸ Existía por ejemplo una ley que regulaba las modalidades de inscripción del menor extranjero que se remontaba a los años 20, y era idónea probablemente para regular el acceso de los jóvenes que viajaban a Italia para estudiar, pero absolutamente inadecuadas para afrontar el problema de la inmigración.

⁵⁸⁹ La primera era en materia de estudio, la segunda preveía la información al Tribunal de menores de los menores que solicitasen el estatus de refugiados y la recordamos únicamente porque introduce una definición que posteriormente fue muy usada por los legisladores sucesivos, ya que por primera vez habla de «menores no acompañados».

El término «menor extranjero no acompañado» aparece en el panorama legislativo italiano en 1993, en una Circular del Ministerio del Interior, que disponía en el caso concreto de los menores la prioridad de la intervención de la Magistratura de menores respecto a las resoluciones de la administración pública y convenía el otorgamiento de un permiso de residencia provisional bajo los auspicios de la ley 29/1990, con posibilidad de inserción en actividades educativas y de formación profesional y laboral para los mayores de catorce años.

Los numerosos Decretos leyes en esta materia se caracterizaron durante la primera mitad de los años 90 porque cada vez más frecuentemente contenían referencias o disposiciones específicas relativas a los menores, en consonancia con su creciente importancia, también numérica, que comenzaba a asumir este aspecto del fenómeno migratorio. Estas pocas normas no podían aún bastar para diseñar de forma adecuada un régimen jurídico del menor extranjero, por lo que las prácticas de diversos entes administrativos, con amplias divergencias entre ellos, asumieron un peso determinante.

En este mismo período comenzaba a plantearse el problema de los menores no acompañados, esto es, de los adolescentes solos que llegaban a Italia sin su familia (aunque a veces «apoyados» por parientes lejanos) y por lo tanto sin un representante legal en sentido estricto, y además no se les

consideraba en estado de abandono, ya que se movían de forma autónoma por elección propia y de sus familias.

La ley n. 39/1990 no había regulado esta materia, con la consecuencia de dejar de hecho a las autoridades policiales el poder real en este ámbito. La actuación de la autoridad judicial (a veces individualizada en el Tribunal de menores, y otras en el Juez Tutelas) se requirió por los operadores jurídicos invocando la Convención de Nueva York sobre derechos del Niño (ratificada por Italia en 1991), pero también los principios generales en materia de protección de menores⁵⁹⁰.

No faltaban, en efecto, normas internas teóricamente aplicables: el art. 343 del Código Civil, que prevé la apertura de la tutela por parte del Juez tutelar en los casos en los que los padres se vean imposibilitados para ejercitar la patria potestad; el art. 371 CC, que atribuye al Juez tutelar la tarea de establecer el lugar en el cual el menor sujeto a tutela debe vivir⁵⁹¹; los artículos 401, 402, 403 CC, relativos al internamiento del menor en un centro asistencial y a las actuaciones de urgencia para la protección y

⁵⁹⁰ El sistema general de las normas de Derecho de menores se nutría de la Constitución de las Convenciones internacionales ratificadas por Italia y, en el plano interno, de las normas del Código Civil y de las normas sobre adopción y acogimiento; este complejo normativo, incluso según algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional italiano, asignaba a la autoridad judicial de menores un papel central en la protección del menor, de la que se hacía también depender la competencia sobre el trato de los menores extranjeros y por lo tanto también sobre la decisión sobre la oportunidad de su repatriación o de su permanencia en Italia. Dicha orientación, no obstante, no llegó a prevalecer, permaneciendo el predominio, al menos numéricamente, de atribuir dicha competencia a la autoridad administrativa.

⁵⁹¹ Esta norma, en opinión de parte de la doctrina, puede ser aplicado a los menores extranjeros no acompañados, para atribuir al Juez tutelar la tarea de la valoración del interés o no del menor de permanecer en Italia o ser repatriado.

tutela del menor por parte de las autoridades públicas; el art. 37 de la ley n. 184/83 (texto anterior a la modificación realizada por la ley 149/2001, de derecho del menor a una familia), que declaraba aplicable también al menor extranjero en situación de abandono en Italia la legislación italiana en materia de adopción, de acogimiento y las actuaciones necesarias en caso de urgencia.

También los jueces iban con retraso para afrontar este fenómeno correctamente, no estaban preparados para acoger la dimensión del nuevo fenómeno migratorio. Por este motivo, respondieron con interpretaciones y orientaciones contradictorias y heterogéneas, unos aplicando las normas en materia de abandono, otros ordenando acogimientos, y a menudo negando su propia competencia. Cuando a pesar de todo se emitía una resolución de protección del menor por parte de la autoridad judicial, al menor generalmente se le concedía un permiso de residencia por motivos de «acogimiento», o de «justicia»⁵⁹².

Sólo la relativa estabilidad de la segunda mitad de los años 90 permitió finalmente la aparición de la primera ley que disciplinaba de forma global el fenómeno migratorio, la ley n. 40 de 6 de marzo de 1998 (más tarde convertida en el Decreto legislativo

⁵⁹² Una Circular del Ministerio de Trabajo de 19 de septiembre de 1995 consentía por motivos de carácter humanitario, que al alcanzar la mayoría de edad el menor extranjero no acompañado debía ser sujeto a tutela, y permanecer en Italia, inscribiéndolo en las listas de demandantes de empleo, en lugar de ser expulsado.

y Texto refundido n. 286/98⁵⁹³), que contenía numerosas y trascendentes normas específicas relativas a los menores y más ampliamente a los derechos de la familia. Posteriormente el legislador intervino sobre en esta ley, realizando reformas encaminadas más a restringir que a tutelar los derechos de los menores, transfiriendo además a órganos administrativos como el Comité para los menores extranjeros competencias que, según los principios del derecho de menores, correspondían a las autoridades judiciales.

La última modificación amplia del Texto refundido en materia de inmigración, introducida con la ley n. 189/2002⁵⁹⁴, incide sólo de forma marginal sobre la condición de menor extranjero. La única cuestión relevante que afronta en esta materia es la relativa a la suerte de los menores no acompañados al cumplimiento de la mayoría de edad, que ha sido resuelta sólo parcialmente con la decisión de tener en cuenta a los menores (y permitir su permanencia), en cuanto a efectivos o potenciales trabajadores. De este modo, se contradicen y pervierten los principios sobre los que se basaba la ley n. 40/98, considerando a

⁵⁹³ Decreto Legislativo 25 julio 1998, n. 286, Testo Refundido de las disposiciones relativas a la regulación de la inmigración y normas sobre la condición de extranjeros. (publicada en la Gazzetta Ufficiale n. 191 de 18 agosto 1998 - Suplemento ordinario n. 139).

⁵⁹⁴ Ley 30 julio 2002, n. 189, de «Modificación a la normativa en materia de inmigración y asilo» (publicada en la Gazzetta Ufficiale n. 199 de 26 agosto 2002).

los menores no como sujetos a tutelar sino como fuerza de trabajo a contratar⁵⁹⁵.

La reforma introdujo una «mini regularización», subordinada a numerosas y rigurosas limitaciones, de efectos sustancialmente negativos⁵⁹⁶, cuya dificultad de aplicación a los menores no acompañados ya presentes en el territorio italiano se puso de manifiesto rápidamente, dado que hasta ese momento no había sido motivo para programar y hacer proyectos de integración social y civil, ya que ninguna norma lo preveía; por esto es probable que muy pocos puedan demostrar haber participado en proyectos de este tipo⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ En concreto, el art. 25 de la ley n. 189/2002, que modifica el art. 32 del Texto refundido del Decreto legislativo n. 286/98, prevé que el permiso de residencia pueda otorgarse «al cumplimiento de la mayoría de edad, siempre que no haya intervenido una decisión del Comité para los menores extranjeros de las previstas en el art. 33, a los menores extranjeros no acompañados que hayan sido admitidos por un período no inferior a dos años en un proyecto de integración social y civil gestionado por un ente público o privado que tenga representación (...)», y que haya estado presente en el territorio italiano al menos durante tres años.

⁵⁹⁶ Como se recoge en el informe realizado por la ONG Save the Children sobre el tema de los menores extranjeros no acompañados n. 2/2002, de julio de 2002 «al poner como condición para la renovación para la renovación del permiso de residencia la presencia en Italia durante al menos los tres años anteriores (o el ingreso en su territorio antes de cumplir los 15 años) se corre el riesgo de excluir a la mayor parte de los menores extranjeros no acompañados actualmente presentes en nuestro país, en cuanto de los datos disponibles y de los testimonios de los operadores resulta que probablemente la mayor parte de estos menores han entrado en Italia con posterioridad al cumplimiento de los 15 años». Y además corre el riesgo de incentivar la llegada a Italia de niños de catorce años o aún más pequeños, con el solo objetivo de poder disfrutar eventualmente de un futuro permiso de residencia. El informe puede consultarse en la web de Save the Children Italia.

⁵⁹⁷ De hecho las regularizaciones de los ex menores se han llevado a cabo preferentemente usando la regularización «ordinaria» siguió a la aprobación de la ley n. 189/2002 y caducó el 11 de noviembre de 20002, que según las indicaciones del

La ley n. 189/2992 ha redefinido también la composición y las competencias del Comité para los menores extranjeros, que llevaba operando desde 1994 adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros y regulados por el Decreto n. 535, del Presidente del Consejo de Ministros de 9 de diciembre de 1999 «Reglamento concerniente a las competencias del Comité para los menores extranjeros, conforme al art. 33.2 y 2.bis del Decreto legislativo n. 286, de 25 de julio de 1998».

En realidad, sobre la condición de los menores ha incidido mucho más la derogación de la letra d) del art. 29 del Texto Único, coincidiendo con la supresión de la institución del «esponsor», que ha cerrado definitivamente la posibilidad de hacer entrar regularmente en Italia a los hermanos menores de trabajadores extranjeros, lo que representaba uno de los eslabones más consistentes de la denominada cadena migratoria. Era uno de los canales que debería ser más fomentados, por el contrario, incluso por parte de la mayoría que parece hacer de la economía y del mercado el único valor, porque conducía (y continúa haciéndolo, pero de forma clandestina) a la llegada de jóvenes, motivados para trabajar, con referencias familiares y habitacionales en Italia, que crean muchos menos problemas de orden público y tienen mayores y mejores perspectivas de integración.

Ministerio de Trabajo podía aplicarse también a los menores extranjeros (obviamente respetando las normas generales que regulan la admisión al trabajo de los menores de edad).

El Reglamento del Comité para los menores extranjeros (DPCM 535/99⁵⁹⁸), establece, recogiendo sustancialmente la definición de la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, que por menor extranjero no acompañado se entiende «el menor con nacionalidad distinta a la italiana u otra de un Estado de la Unión Europea que, no habiendo presentado demanda de asilo, se encuentra por cualquier causa en territorio del Estado privado de asistencia y representación por parte de sus padres o de otros adultos legalmente responsables en base a las leyes vigentes en el ordenamiento italiano» (art. 1.2).

Debemos, sin embargo, clarificar algunos aspectos. Respecto de la definición de menor extranjero no acompañado deberá aclararse si el menor acogido de hecho (en ausencia de una resolución formal de acogimiento o tutela) por un pariente hasta el cuarto grado idóneo para cuidarlo debe considerarse menor no acompañado, en tanto en cuanto se encuentra en Italia «privado de representación por parte de sus padres o de otros adultos legalmente responsables de él en base a las leyes vigentes en el ordenamiento italiano»; o si, por el contrario, debe excluirse de tal definición en cuanto está legítimamente acogido en el ámbito de su familia extensa.

⁵⁹⁸ Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 9 de diciembre de 1999, n. 535, «Reglamento relativo a las funciones del Comité para los menores extranjeros, conforme a lo dispuesto en el artículo 33, apartados 2 y 2-bis, del Decreto legislativo núm. 286 de 25 de julio».

El primer presidente del Comité para los menores extranjeros, el prof. VERCELLONE, ha sostenido una interpretación que incluía a los menores acogidos «de hecho» por parientes hasta el cuarto grado en la definición de «menor inmigrante no acompañado»⁵⁹⁹. Además de los menores completamente solos, por tanto, entraría en dicha definición también los menores acogidos por adultos (comprendidos los parientes dentro del cuarto grado), que no sean tutores o acogedores en base a una resolución formal, siempre que estos menores se encuentren privados de representación legal según la ley italiana⁶⁰⁰ ..

Respecto a la definición de «menor», deberá aclararse si esta debe basarse en la legislación italiana o en la legislación de nacionalidad del menor, como planteábamos ya para el caso español. La ley de reforma del sistema italiano de Derecho internacional privado 218/95 establece que en su art. 42 que la protección del menor está regulada por la Convención de la Haya de 1961 y que dicha Convención se aplica también a los ciudadanos extranjeros considerados menos solo por las leyes internas del estados del que son nacionales.

⁵⁹⁹ Vid. la síntesis de las intervenciones en el Seminario «Minori stranieri non accompagnati e irregolari, tra accoglienza e rimpatrio» celebrado en Torino el 4 de julio de 2000.

⁶⁰⁰ La representación legal de un menor, de hecho, se ejerce por parte de los padres o del tutor o tutores. Un pariente distinto del padre o madre que no haya sido nombrado tutor, por el contrario, no ostenta la representación legal del menor.

Es necesario preguntarse también si tal extensión de la protección del menor más allá de los 18 años, en los casos en los que la ley nacional establezca la mayoría de edad después del cumplimiento del decimoctavo año, debe ser aplicada también en los procedimientos en los que se decide sobre el interés del menor de permanecer en Italia o ser repatriado.

V.3.2 Actuaciones de protección

En materia de protección de menores la determinación de la ley aplicable y de la autoridad competente la realiza el art. 42 de la ley n. 218, de 31 de mayo de 1995, de reforma del Derecho internacional privado, en base a la Convención de la Hay de 5 de octubre de 1961.

Según el art. 1 de la susodicha Convención, las autoridades, ya sean jurisdiccionales como administrativas, del Estado de residencia habitual de un menor son competentes, en líneas generales, para adoptar medidas tendentes a la protección de su persona y sus bienes. En este ámbito se comprenden tanto las medidas de protección adoptadas cuando los padres del menor faltan, tengan impedida o no sean idóneos para el ejercicio de la patria potestad, así como las medidas necesarias cuando en caso de emancipación se le reconozca al menor una capacidad limitada.

La referencia a la Convención de 1961 ha determinado por tanto en el Derecho internacional privado italiano el abandono de los criterios de nacionalidad del menor y de la nacionalidad, residencia y domicilio de los padres, y asume en su lugar, como criterio general, el de la residencia habitual del menor.

Ya la Convención de la Haya preveía que todas las autoridades que han adoptado medidas previstas en la Convención informasen sin demora a las autoridades del Estado de origen del extranjero. A esto se ha añadido el Texto refundido sobre la inmigración, conforme al cual las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y cualquier funcionario público tienen la obligación de informa a la representación diplomática o consular más cercana del país al que pertenezca el extranjero en el caso de que hayan adoptado, entre otras, resoluciones de tutela del menor o relativas a su estatus personal.

En definitiva, existe una competencia en vía provisional y de urgencia prevista por los arts. 8 y 9 de la Convención de la Haya que hace referencia al Estado de residencia del menor o donde el menor se encuentra.

Las autoridades administrativas o judiciales del Estado de residencia habitual, por tanto, adoptan las medidas previstas en su legislación interna⁶⁰¹. Esto significa que al menor extranjero en Italia se le aplican las medidas normales de protección previstas por las leyes italianas.

⁶⁰¹ Art. 2, de la Convención de la Haya de 1961.

A fin de que se puedan aplicar las normas italianas de protección es necesario que el menor extranjero tenga «residencia habitual» en Italia. Esto se presume cuando el menor tiene formalmente su residencia en Italia, esto es, cuando es regular, pero también cuando aún sin estar regularizada su situación está presente de modo constante en el territorio; en caso contrario podrán aplicarse solamente las normas previstas para los casos de urgencia.

La Convención de 1961 no contiene una definición de residencia habitual. Dicha definición no es unívoca, pero en la jurisprudencia internacional la residencia habitual en general se define como el centro de gravedad de la vida del menor, haciendo referencia a los efectivos lazos familiares y sociales del mismo.

La definición del Estado de residencia habitual atiende a una valoración de hecho y no de derecho, tanto que puede considerarse así incluso el Estado en el que el menor haya sido introducido ilegítimamente, esto es, en contra de la voluntad de sus padres. Este no coincide ni con el Estado del que es nacional ni con el Estado de residencia censal, ni del menor ni de sus padres⁶⁰².

En esta valoración asume particular importancia, aunque no decisiva el elemento temporal, dado que se trata de una valoración de hecho y que se realiza caso por caso: el Estado en el que el

⁶⁰² FRANCHI, M., *Protezione dei minori e diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 133.

menor se encuentra debe ser considerado «Estado de residencia habitual» tras un cierto período de tiempo, que en la jurisprudencia viene siendo en torno a seis meses⁶⁰³.

Por lo tanto el menor extranjero que se encuentra de forma irregular en el territorio italiano puede ser considerado «habitualmente residente» en Italia en consideración de los lazos efectivos que se crean entre el menor y el territorios, del tiempo transcurrido, de su voluntad y de la de sus padres.

En tal caso, cuando el menor venga considerado «habitualmente residente» en territorio italiano, el Estado italiano deviene competente en general para adoptar todas las medidas de protección en relación al mismo, y en los casos en los que el menor se encuentre amenazado por un serio peligro, podrá incluso adoptar medidas que modifican otras eventualmente adoptadas por el Estado de nacionalidad del menor y relaciones de autoridad *ex lege*.

Se deben también determinar las normas italianas aplicables, una vez establecido que la Convención de la Haya no contiene una definición de las medidas encaminadas a la protección del menor, ni un elenco exhaustivo ni tan siquiera indicativo. Se considera que se deben entender comprendidas en el ámbito de la Convención la tutela ex arts. 343 y ss. del Código civil, las actuaciones urgentes de protección adoptadas por las autoridades públicas ex art. 403 CC, los acogimientos

⁶⁰³ Ibidem.

heterofamiliares ex arts. 2 a 5 de la ley sobre la adopción, y las resoluciones judiciales relativas al ejercicio de la patria potestad ex arts. 330 y ss. del CC⁶⁰⁴.

Puede surgir asimismo el problema de la inaplicabilidad en Italia de medidas e instituciones desconocidas por el propio ordenamiento. Así, la Convención de la Haya prevé que el Estado del que el menor es ciudadano puede, tras haber informado al Estado de residencia del menor, adoptar en base a su propia legislación interna medidas relativas a la protección del menor, ocupándose también de su aplicación⁶⁰⁵. Dichas medidas son preferentes y sustituyen a las emanadas de las autoridades italianas, que deben reconocerlas⁶⁰⁶. Esto determina, con la finalidad de extender al máximo el sistema de protección del menor, el ingreso en el sistema italiano de instituciones realmente diversas, como el trust⁶⁰⁷, propio de países de Derecho anglosajón o el instituto islámico de la kafalah⁶⁰⁸.

En casos de extrema urgencia, las autoridades del Estado en el que se encuentra el menor deben adoptar las medidas de

⁶⁰⁴ MIAZZI, L., «La condizione giuridica dei bambini stranieri in Italia», en *Minori Giustizia*, n. 3, 1999, pp. 119-120.

⁶⁰⁵ Art. 4 de la Convención de la Haya de 5 de octubre de 1961.

⁶⁰⁶ Art. 7 de la Convención de la Haya de 5 de octubre de 1961.

⁶⁰⁷ El trust se refiere principalmente al patrimonio del menor y no ha funciones propiamente protectoras.

⁶⁰⁸ *Kafalah* literalmente significa acogimiento y consiste en el instituto por medio del cual el menor es acogido por una pareja unida en matrimonio con la finalidad de proporcionar al niño un ambiente familiar. El menor no se integra en la familia acogedora, no asume el apellido y no participa en los derechos hereditarios. La *kafalah* se asimila al acogimiento, mientras que la adopción está vetada por el Corán.

protección «necesarias»⁶⁰⁹; tales medidas son inevitablemente de carácter provisional, destinadas a cesar apenas el Estado de pertenencia del menor haya adoptado las medidas definitivas.

Las autoridades italianas pueden disponer actuaciones urgentes en relación con los menores extranjeros presentes en su territorio: en base a las disposiciones previstas en el Código civil y en la ley sobre la adopción⁶¹⁰, en particular el art. 37-bis, modificado por la ley 476/98, que extiende al menor extranjero en estado de abandono la aplicación de la ley italiana; en base al art. 9 de la Convención de la Haya, según el cual las autoridades italianas pueden intervenir en todos los casos de urgencia relativos a un menor extranjero aunque únicamente esté presente en territorio italiano⁶¹¹.

A cerca de cuales sean las medidas de urgencia aplicables en el ordenamiento italiano y cual debe ser la autoridad competente para adoptarlas ha intervenido la ley n. 64/94⁶¹², que en su artículo 3 establece que la adopción de medidas provisionales y urgentes previstas por la Convención de la Haya

⁶⁰⁹ Art. 9 de la Convención de la Haya de 5 de octubre de 1961.

⁶¹⁰ Art. 17 de la ley n. 218, de 31 de mayo de 1995.

⁶¹¹ Art. 42 de la ley n. 218, de 31 de mayo de 1995.

⁶¹² Ley de 15 de enero de 1994, n. 64 «Ratificación y ejecución de la Convención europea sobre el reconocimiento de las decisiones en materia de acogimiento de menores y de restablecimiento del acogimiento, abierta a la firma en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980, y de la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, abierta a la firma en la Haya el 25 de octubre de 1980»; normas de actuación de las mencionadas convenciones, además de la Convención en materia de protección de menores, abierta a la firma en la Haya el 5 de octubre de 1961, y de la Convención en materia de repatriación de menores, abierta a la firma en la Haya el 28 de mayo de 1970».

corresponde al Tribunal de menores del lugar donde el menor resida⁶¹³..

Tuttavia, il Regolamento del Comitato per i minori stranieri, all'art. 3, comma 5 dispone che: «In caso di urgenza, per situazioni in relazione alle quali sia improcrastinabile l'intervento a tutela della salute psicofisica del minore, i poteri del Comitato sono esercitabili dal presidente o da un componente da lui delegato, salva la ratifica da parte del Comitato nella prima riunione successiva all'esercizio dei poteri medesimi. I provvedimenti non ratificati perdono efficacia dal momento in cui sono stati adottati».

Además, el Reglamento del Comité para los menores extranjeros, en su art. 3.5 dispone que: «en caso de urgencia, en situaciones en relación a las cuales sea imprescindible la intervención para tutelar la salud psicofísica del menor, los poderes del Comité pueden ser ejercidos por el presidente o un miembro delegado por éste, siempre sujeta a ratificación por parte del Comité en la primera reunión posterior al ejercicio de los propios poderes. Las medidas no ratificadas pierden eficacia desde el momento en que fueron adoptadas»

⁶¹³ Según MIAZZI, L. «La condición jurídica de los niños extranjeros en Italia», cit. p. 120, una interpretación restrictiva de esta norma, con la exclusión de la adopción de resoluciones urgentes respecto de los menores que no son habitualmente residentes en Italia, limitándola a aquellos de competencia del Tribunal de menores, sería contraria al principio de máxima extensión de la protección del menor. Según este autor, por este motivo debe considerarse aplicable también el acogimiento dispuesto por un ente territorial y la actuación de la autoridad pública ex art. 403 CC.

V.3.3 Tutela, actuaciones sobre la patria potestad y acogimiento del menor extranjero no acompañado y en situación de abandono

El ordenamiento italiano prevé una serie de actuaciones de protección del menor en los casos en que los padres que ejercen la patria potestad falten de manera temporal o definitiva. Dichas actuaciones tienen una aplicación diversa y a veces amplia también en lo referente a los menores extranjeros, en particular aquellos no acompañados.

En base al art. 343 del Código civil cuando ambos padres hayan muerto o por otras razones no puedan ejercitar su potestad, se abre la tutela. El tutor, nombrado por el Juez tutelar, además de cuidar al menor, lo representa en todos los actos civiles y administra sus bienes. La apertura de la tutela, en estos casos, es obligatoria, por eso debe aplicarse incluso en respecto de los menores extranjeros, cualquiera que sea su posición jurídico-administrativa.

Además no es claro si, con cada menor no acompañado por sus padres, debe abrirse siempre la tutela. A favor de una interpretación positiva, además de lo dispuesto en el art. 343 CC, se ha pronunciado el Tribunal de apelación de Torino con un Auto de 10 de diciembre de 1999, el cual reconoce la importancia para el menor extranjero de disponer de la representación de un tutor

en el ámbito del procedimiento en el que se decide sobre su interés de permanecer en Italia o de ser repatriado. El Auto en cuestión, de hecho, dispone que: *«Atribuir la representación por parte de un tutor a un menor extranjero, que se encuentre en Italia sólo, es importante tanto para que puedan hacer valer sus derechos (al estudio, a la salud, a la educación, a una casa donde poder vivir, a un crecimiento equilibrado, etc.), como para su asistencia cuando cometa un delito, y también específicamente para que el tutor pueda representar el interés del menor en los procedimientos administrativos y judiciales que deben llevar a una decisión sobre la permanencia en Italia o la repatriación para la reagrupación con su familia. Uno de los cometidos del tutor de un menor extranjero no acompañado debe ser el de representarlo en la delicada elección entre su repatriación y su acogida en nuestro país».*

Por el contrario, a favor de una respuesta negativa podría argumentarse lo dispuesto en el art. 3 apdo. 6 del Reglamento del Comité para los menores extranjeros que prevé la solicitud al Juez tutelar para que se abra una tutela no como regla general sino sólo «en caso de necesidad», o como hipótesis eventual, manifestando que: «en caso de necesidad, el Comité comunica la situación del menor al juez tutelar competente, para el eventual nombramiento

de un tutor provisional». Es cierto, como expone TURRI⁶¹⁴, «que una disposición reglamentaria no tiene fuerza para derogar la ley, pero también lo es que expresa un sentir y una orientación que están, por desgracia, ampliamente difundidos en nuestro país y que se manifiestan de diversas formas».

Sin embargo, es necesario también apuntar que la Circular del Ministerio del Interior de 9 de abril de 2001, que integra de un modo más que discutible el citado Reglamento, en este punto lo contradice, previendo que el Comité para los menores extranjeros deba «interesar» siempre al Juez tutelar para el nombramiento de un tutor (que no se sabe por qué, define como «provisional»).

Sobre todo en estos casos con la institución del Comité para los menores extranjeros han surgido algunos problemas de competencia. Anteriormente se entendía que era competencia del Juez tutelar realizar la valoración del interés del menor de permanecer en Italia, según lo dispuesto en el art. 371 apdo. 1 n. 1 CC, pero parece que dicha competencia ha pasado al Comité, que según la ley adopta la resolución de repatriación del menor inmigrante no acompañado, con el eventual *nulla osta* previo del Tribunal de menores, cuando exista un procedimiento judicial en curso relativo al menor⁶¹⁵.

⁶¹⁴ TURRI, G., «Un tutore per i minori stranieri non accompagnati», en *Minori Giustizia*, n.1, 2005, pp. 130-131.

⁶¹⁵ Esto según lo previsto en el Decreto legislativo n. 113, de 13 de abril de 1999, que ha modificado el artículo 33 del Texto refundido de la Ley de extranjería italiana.

La figura del tutor es muy importante, en cuanto representa los intereses del menor en el ámbito de todos los procedimientos de asistencia y de protección del menor. El menor, al no tener ningún representante legal en Italia, necesita de manera imprescindible de la figura de un tutor, especialmente para ser asistido en el procedimiento que declara si debe tener lugar o no la repatriación y en las actuaciones relativas a la conversión del permiso de residencia al cumplir los dieciocho años de edad⁶¹⁶. Por este motivo es práctica habitual que el tutor de los menores extranjeros se concrete en la persona que en las instituciones representa al órgano de protección o en el responsable de las entidades que se ocuparan del menor concretamente, incluso en los casos en que se trate de entidades privadas o de voluntariado.

Se ha mostrado necesaria, por tanto, la presencia de una figura externa a la relación de apoyo que se establece entre el menor inmigrante no acompañado, la entidad de acogida y la entidad obligada a prestarle asistencia. Y resulta aún más oportuno el tutor en una situación en la cual no siempre se encuentra asegurada la realización del superior interés del menor⁶¹⁷.

Basta pensar, para darse cuenta, en las razones que han inspirado la prohibición a los responsables y trabajadores de las

⁶¹⁶ BUTTICCI, A. «Minori stranieri non accompagnati. Elementi quantitativi e giuridici di una realtà in evoluzione», cit., p. 24.

⁶¹⁷ Vid. TURRI, G., «Un tutore per i minori stranieri... », cit., p. 133.

entidades de acogida de ser tutores de los menores acogidos en las mismas⁶¹⁸, además de en las crecientes experiencias que han arrojado a la palestra el conflicto de intereses existente entre las entidades de asistencia y los menores. Nos referimos a la posición que asumen algunos de los entes locales acogedores, cuando se trata de gestionar casos de repatriación. Entre ellos hay quién ha ocultado al menor la resolución y ha colaborado con la policía en su ejecución, con el objetivo de evitar la fuga del menor antes de ser repatriado.

TURRI⁶¹⁹, pone de manifiesto que «para tener tutores fiables y útiles, es necesario por fuerza acogerse al recurso del voluntariado y conseguir que surjan estos voluntarios, no sin establecer un serio proyecto de formación, ya sea previo, es decir,

⁶¹⁸ La Ley 149/2001 introdujo importantes modificaciones en la Ley 184/83 en relación con la figura del tutor. En concreto, se prohíbe a los titulares de las instituciones educativas o de las comunidades familiares cumplir este papel, salvo transitoriamente y por un máximo de 30 días, a la espera por tanto de que sea nombrado el tutor. El art. 3 de la ley 184/83, ha sido sustituido por el siguiente: «1. Los representantes legales de las comunidades de tipo familiar y de las entidades de asistencia públicas o privadas ejercitan los poderes tutelares sobre el menor acogido, según las normas del capítulo I del Título X del Libro primero del Código Civil, hasta que se proceda al nombramiento de un tutor en todos aquellos casos en los que el ejercicio de la patria potestad de los padres o del tutor no sean posibles. 2.. En los casos previstos en el apdo. 1, *en los treinta días siguientes al acogimiento del menor, los representantes legales deben proponer mediante instancia el nombramiento de un tutor. Estos y los que prestan servicios incluso de forma gratuita para las comunidades de tipo familiar y las entidades de asistencia públicas o privadas no pueden ser llamadas a desempeñar dicha función*».

⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 134. Este autor explica que en la Provincia de Trento se está llevando a cabo un proyecto que va en esta dirección, con voluntarios que son nombrados tutores de menores extranjeros no acompañados y que están en contacto entre ellos, organizando encuentros para confrontar sus experiencias, y para reflexionar y mejorar en el ejercicio de las funciones que han asumido como tutores. Además se han constituido en asociación sin ánimo de lucro de utilidad social para dar estabilidad y una cierta estructura al grupo.

anterior a la asunción de la función de tutor, o continuado que acompañe al tutor en el curso del ejercicio de la tutela».

Existen otros aspectos más concretos para los que resulta útil la tutela para el menor no acompañado. Por ejemplo, el relativo a la consecución del permiso de residencia al llegar a la mayoría de edad. Es sabido que el art. 32 del Texto refundido n. 286/1998 sobre la inmigración legítima esta consecución. Este punto ha sido aclarado por la Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano 198/2002, de 25 de mayo⁶²⁰. Por lo tanto, si al menor no acompañado no se le nombra un tutor, esta posibilidad disminuye y se desvirtúa. Las actuaciones sobre la patria potestad son competencia del Tribunal de menores.

La Ley 184/83 sobre la adopción, en su art. 2, regula el acogimiento familiar y subsidiariamente el acogimiento en una

⁶²⁰ Así, el Tribunal Constitucional manifiesta «puede considerarse que el art. 25 de la Ley n. 189, de 30 de julio de 2002, posterior a la ordenanza de remisión, ha integrado el art. 32 del D.leg. n. 286, de 25 de julio de 1998, previendo que el permiso de residencia pueda ser otorgado, en determinadas condiciones, también “a los menores extranjeros no acompañados que hayan sido admitidos por un período no inferior a dos años en un proyecto de integración social y civil gestionado por un ente público o privado” siempre que cumplan algunas condiciones determinadas por las leyes. Como es evidente, sería del todo irrazonable una norma que consintiese el otorgamiento del permiso de residencia en situaciones como la descrita y no lo hiciese, sin embargo, a favor del menor extranjero en situación de tutela.

Parece claro por tanto que una interpretación meramente literal del art. 32.1 del D.leg. n. 286, de 25 de julio de 1998, conduciría a un conflicto seguro con los valores que caracterizan la Constitución italiana y particularmente con los previstos en los artículos 30.2 y 31.2, y conllevaría dudas fundadas de razonabilidad.

No resta más que concluir que el art. 32.1 del D.leg. n. 286, de 25 de julio de 1998, se refiere también a los menores extranjeros sujetos a tutela conforme al Título X del Libro primero del Código civil, y que por tanto esta disposición no presenta ningún problema de constitucionalidad».

comunidad de tipo familiar con la finalidad de asegurar al menor que se encuentra temporalmente privado de un ambiente familiar idóneo la necesaria manutención, educación e instrucción.

El art. 4 de la Ley 184/83 prevé que el acogimiento familiar sea dispuesto: por el servicio local, previa manifestación de su consentimiento por parte de los padres o bien del padre o madre que ejerce la patria potestad en solitario, o del tutor (acogimiento consensual); o bien del Tribunal de menores, en el caso de que las personas que ejercen la patria potestad se opongan a la constitución del acogimiento; en tal caso se aplican los artículos 330 y siguientes del Código civil italiano (acogimiento judicial).

El Reglamento de desarrollo de la Ley 476/98, del Decreto del Presidente de la República 492/99⁶²¹, «salvando» las disposiciones del D.leg. 113/99⁶²², atribuyen al Comité las competencias «relativas a la entrada, la residencia, la asistencia y el acogimiento temporales y repatriación asistida de los menores presentes por cualquier causa en el territorio del Estado y privados de asistencia y representación». Esto conlleva algunos problemas

⁶²¹ Decreto del Presidente de la República n. 492, de 1 de diciembre de 1999 «Reglamento relativo a las normas para la constitución, organización y funcionamiento de la Comisión para las adopciones internacionales, en desarrollo del art. 7 apartados 1 y 2, de la Ley n. 476, de 31 de diciembre de 1998».

⁶²² Decreto Legislativo 13 aprile 1999, n. 113 «Disposizioni correttive al testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 47, comma 2, della legge 6 marzo 1998, n. 40» (publicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 97 del 27 aprile 1999).

Decreto legislativo n. 113, de 13 de abril de 1999 «Disposiciones de modificación del Texto refundido de las normas relativas a la inmigración y las normas sobre la condición del extranjero, en desarrollo del art. 47.2 de la ley n. 40 de 6 de marzo de 1998 (publicado en la *Gazzetta Ufficiale* –Boletín Oficial del Estado italiano– n. 97, de 27 de abril de 1999).

referentes a la competencia sobre las resoluciones de acogimiento en el caso de los menores extranjeros no acompañados, que no parecen que puedan ser tomadas ya por los servicios sociales o por el Tribunal de menores, sino por el Comité para los menores extranjeros.

En efecto, algunos Tribunales de menores, como el Tribunal de menores de Milán, se han manifestado en este sentido, sosteniendo que en adelante no eran competentes para dictar acogimientos de menores extranjeros no acompañados, en tanto que la competencia sería ya exclusivamente del Comité para los menores extranjeros⁶²³. Es evidente, además, que un reglamento no puede modificar una ley, y que por lo tanto debe ser pacífica la opinión de que las resoluciones de acogimiento deban ser dictadas, según las modalidades previstas por la Ley 184/1983, por los Tribunales de menores o los servicios sociales locales.

Al menor no acompañado se le aplica por tanto la ley italiana en materia de acogimiento, pero ¿según qué modalidad? Es importante que se establezcan reglas y praxis comunes para determinar si el acogimiento de los menores extranjeros no acompañados tiene que ser dictado: mediante acogimiento judicial dispuesto por el Tribunal de menores, cuando los padres o el tutor denieguen su consentimiento; o bien mediante acogimiento

⁶²³ ROZZI, E. (dir.), *I minori stranieri non accompagnati e irregolari, tra accoglienza in Italia e rimpatrio*, ASGI (Asociación de Estudios Jurídicos sobre la Inmigración –Associazione Studi Giuridici sull’Immigrazione), Turín, 2000, p. 31.

consensual, dispuesto por los servicios sociales locales previo consentimiento por parte de los padres o del tutor. El acogimiento consensual es la opción preferible en cualquier caso, sin embargo, con los menores extranjeros no acompañados existen serias dificultades de carácter jurídico para obtener dicho consentimiento. Las soluciones que podrían adoptarse en estos casos, en nuestra opinión son las siguientes:

- El Juez tutelar nombra un tutor, que posteriormente consiente el acogimiento.

- El consentimiento al acogimiento puede manifestarse por parte de la entidad pública de asistencia (o, en general, por el ente local) en cuanto ejerce los poderes de tutela ex art. 402 de Código civil italiano.

- Se puede plantear también la posibilidad de que los padres presten pro sí mismo el consentimiento al acogimiento ante notario, legalizando dicho documento posteriormente en la representación diplomática o consular italiana en el país de origen del menor.

A propósito del acogimiento consensual, el Tribunal de menores y la Fiscalía de menores de Venecia en un documento conjunto han manifestado que: «Dado que el menor no acompañado que han inmigrado sólo (o eventualmente de acuerdo con los familiares que se han quedado en el país de origen), es en todo caso un menor en relación con el cual sus padres no pueden ejercer la patria potestad, el caso podrá ser comunicado al Juez tutelar del lugar donde el menor haya sido acogido para la

apertura de la tutela conforme al art. 343 CC. El tutor nombrado de este modo podrá dar el consenso para el acogimiento familiar, siempre que ésta sea la resolución acordada por el Servicio Local conformen a lo dispuesto en el art. 4 de la Ley 184/83. Cuando al menor haya sido acogido en entidad asistencial pública el ente local en cuanto a prestador de la asistencia puede ser considerado Entidad Pública de Asistencia que ejercita los poderes de tutela sobre el menor acogido o asistido según disponen los arts. 3 y 5 de la Ley 184/83».

Debemos hacer referencia también a la modificación del art. 37-bis de la Ley 184/83 que se ocupa de los menores extranjeros presentes en el territorio italiano, que ha llevado a cabo la Ley 476/98⁶²⁴, la cual ha introducido y hecho efectivos los principios establecidos en la Convención de la Haya de 29 de mayo de 1993, es decir, el respeto de los derechos fundamentales del niño, la prevención del rapto, venta y tráfico de menores, la determinación de la responsabilidad del Estado de origen en caso de una fundamentación escasa de la subsistencia de los requisitos para la adopción y del Estado que recibe al menor en caso de que haya

⁶²⁴ Ley n. 476, de 31 de diciembre de 1998, «Ratificación y ejecución de la Convención para la tutela de los menores y la cooperación en materia de adopción internacional, hecha en la Haya el 19 de mayo de 1993. Modificaciones a la Ley n. 184/1983, en materia de adopción de menores extranjeros» (Publicada en la G.U. n. 8 de 12 de enero de 1999).

faltado cumplir la obligación de verificar la idoneidad jurídica y psico-social de los adoptantes⁶²⁵..

El art. 37-bis establece que «al menor extranjero que se encuentra en el territorio del Estado en situación de abandono se le aplica la legislación italiana en materia de adopción, de acogimiento y las actuaciones necesarias en caso de urgencia». Esta dicción, respecto de la anterior normativa y en particular del art. 37, sustituye el término «estado de abandono» por el de «situación de abandono», subrayando de este modo una tendencia política y legislativa favorable a ampliar el ámbito de actuación de la ley⁶²⁶.

En el pasado la doctrina mayoritaria era favorable a una aplicación de la norma de carácter limitado, sólo para los extranjeros adoptados para los que no hubiese tenido éxito el

⁶²⁵ La persecución de dichos objetivos ha sido posible sobre todo gracias a la creación de un órgano de control del procedimiento de adopción, la Comisión Central para las Adopciones Internacionales, encargada de coordinar la cooperación entre las autoridades judiciales y administrativas, además de potenciar la red capilar de servicios y la previsión de criterios rigurosos, a los cuales habrán de sujetarse los entes que aspiran a operar en este sector, con el objeto de obtener la autorización para el desempeño de sus actividades.

El art. 38 de la Ley 184/83, tras su modificación por la Ley 476/98, instituye en el seno de la Presidencia del Consejo de Ministros la Comisión para las adopciones internacionales. Se trata de una comisión intergubernamental, presidida por un magistrado con experiencia en el campo de los menores, nombrado por el Presidente del Consejo, que tiene entre sus competencias la de colaborar con las autoridades centrales para las adopciones internacionales de terceros Estados a los fines del cumplimiento de las convenciones internacionales en materia de adopción, de proponer la estipulación de acuerdos bilaterales en materia de adopción internacional. Cada adopción internacional concreta se somete a la revisión de la Comisión que certifica su conformidad con las normas de la Convención y autoriza la entrada y la residencia permanente del menor extranjero adoptado o acogido con vistas a su adopción.

⁶²⁶ MOROZZO DELLA ROCCA, P., *La riforma dell'adozione internazionale*, UTET, Torino, 1999, p. 188.

período de acogimiento preadoptivo, o para los que no hubiese resultado eficaz o ejecutable la adopción dictada en el extranjero. El art. 37-bis, por el contrario, se concibe actualmente como aplicable a cualquier menor en situación de abandono y presente en Italia. Se pretende, por tanto, ampliar el campo de acción de la norma, incluso a todas las medidas aplicables en materia de «acogimiento y medidas urgentes», esto es, también a las situaciones que no están dirigidas a un procedimiento de declaración adoptabilidad.

Por lo tanto, no puede ya sostenerse que la «situación de abandono» a la que se refiere la norma contenida en el art. 37-bis, se refiera al procedimiento de declaración de adoptabilidad y no incluya otras situaciones de abandono material en las cuales puede encontrarse el menor extranjero que esté en Italia no acompañado, pero no por ello privado de relaciones significativas con su familia.

El ordenamiento italiano contiene dos nociones del estado de abandono: el menor privado de asistencia porque ha sido abandonado o se ha perdido; o el menor respecto del cual se haya acreditado una total e irreversible falta de asistencia moral y material por parte de los parientes obligados a prestársela.

A los menores extranjeros que se encuentren incluidos en una de las dos acepciones del estado de abandono en Italia que se han mencionado, independientemente de cualquier procedimiento de adopción internacional, se les aplica el art. 42 de

la ley 218/95, que dispone, en materia de jurisdicción y de ley aplicable para la protección de menores, el reenvío a la Convención de la Haya de 1961, que se incorporó al ordenamiento italiano con la Ley n. 742 de 24 de octubre de 1980.

El Tribunal de menores, cuando se encuentre frente a una situación que presenta las características de un caso de abandono en el cual son necesarias actuaciones de protección distintas de la adopción, tendrá que realizar un juicio complejo, en el que deberá tener en cuenta también las posibles pruebas y la casuística jurisprudencial. De hecho, en palabras de SACCHETTI⁶²⁷ el Tribunal al abrir el procedimiento de adoptabilidad, debe tener siempre presente que el «abandono» no puede ser algo hecho por el menor, sino por sus parientes. También en el caso del menor no reconocido, su condición de abandono es relevante jurídicamente a los fines de la adoptabilidad sólo en cuanto que sea reveladora de un hecho, incluso de carácter omisivo, atribuible a sus padres.

Pese a que la aplicación del art. 37-bis implica una delicada operación interpretativa, se ha afirmado la necesidad de la su aplicación, porque pretende garantizar siempre y en todo caso el interés del menor, independientemente de su nacionalidad.

En la aplicación del art. 37-bis, el juez encuentra no obstante límites. De hecho, a pesar de su carácter de norma especial y prevalente respecto a las normas italianas de Derecho

⁶²⁷ SACCHETTI, L., «L'irruzione albanese e il trattamento giuridico degli adolescenti stranieri nello Stato», en *Diritto di famiglia e delle persone*, 1992, pp. 481 ss.

internacional privado, dicho artículo aparece también como norma general y derogable, cuando en un futuro se firmen acuerdos bilaterales sobre la condición de los menores extranjeros en situación de abandono en Italia⁶²⁸.

Dichos acuerdos, han supuesto en numerosas ocasiones concretas la recepción por parte de Italia de una obligación de repatriación de los menores provenientes del país concreto. Al respecto podemos poner como ejemplo la Ley 502/94 con la que Italia asumió la obligación de repatriar un nutrido grupo de niños evacuados de Ruanda y acogidos de manera provisional en su territorio⁶²⁹. Algo distinto parece el caso en que fue constituido un Comité para los menores albaneses no acompañados, en el momento en que el Estado italiano tuvo que afrontar de improviso la llegada de una ola de inmigrantes proveniente de Albania a comienzos de los años 90; el Comité tenía el objetivo de coordinar las actuaciones asistenciales y judiciales en relación con los niños y adolescentes albaneses⁶³⁰.

Una vez aclarado que el menor extranjero en estado de abandono se le aplica la misma ley que al menor italiano debemos

⁶²⁸ MOROZZO DELLA ROCCA, P., cit., p. 199.

⁶²⁹ El Tribunal de apelación, sección de menores, en un pronunciamiento de 16 de enero de 1995, subrayó el carácter meramente asistencial de dicha ley, evitando así afrontar el problema de los límites de eficacia de futuras derogaciones legislativas al principio establecido en el anterior art. 37 de la ley sobre la adopción.

⁶³⁰ Sucesivamente con el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros del 7 de abril de 1994 se constituyó el Comité interministerial para la tutela de los menores extranjeros.

preguntarnos si, para calificar el estado de abandono o de perjuicio del extranjero, el juez debe utilizar como vara de medir los valores de nuestra cultura occidental al igual que hace con los menores italianos.

La operación valorativa del juez no podrá prescindir de la interpretación combinada del art. 37-bis con los principios fundamentales de la Constitución italiana y las convenciones internacionales. En este sentido, el art. 20 de la Convención de Derechos del Niño de Nueva York de 1999 es el principal punto de referencia, ya que indica el área de actuación del Estado, mediante la descripción de una suerte de estado de abandono⁶³¹, delineando incluso sus modalidades: «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».

Sobre este tema se ha manifestado CAVALLO⁶³², sosteniendo que para el menor adoptado «respeto de su identidad significa reconocimiento y aceptación de sus raíces existenciales, que constituyen un parámetro, del cual no es objetivamente lícito prescindir, de la vida psicológica del ser humano».

Respetar la identidad del menor extranjero significa tener en cuenta, en la valoración del caso concreto, la cultura de

⁶³¹ «1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado» (art. 20 de la CDN)

⁶³² CAVALLO, R., «Il rispetto dell'identità del minore nella famiglia adottiva e affidataria», en *Minori giustizia*, n. 4, 1996, p. 38.

pertenencia. Diversas culturas llevan a los individuos a actuar de modo distinto; tales conductas necesitan una decodificación, que debe tener en cuenta la cultura a la que pertenece el menor, con la finalidad de comprender cual es el motivo que lleva a un determinado comportamiento que, quizás, aparentemente, contrasta con los cánones de nuestra cultura occidental⁶³³. En una cultura, como por ejemplo la nuestra, donde ciertos principios de carácter higiénico o ciertos principios de absoluta no violencia física en relación con los niños están bien radicados, quién falta a dichos valores demuestra una clara desatención por el menor. En otro tipo de cultura, una eventual menor atención de los mismos principios es un comportamiento que puede parecerse en cierto modo prevaricante e incluso violento, mientras que para dicha cultura, una vez decodificada, esconde una fuerte relación afectiva.

La jurisprudencia de los últimos años no se aleja de esta óptica. Así se considera que no existe abandono, en consideración también «de las costumbres y de la mentalidad de la etnia de pertenencia», en el caso de los padres que forma parte de las comunidades nómadas de Nápoles las cuales, después de haber dado en acogida a su hija a una edad tempranísima a un matrimonio italiano, y no haberse preocupado durante mucho

⁶³³ LOSANA, C., «Stranieri e italiani nell'adozione», in AA.VV., *Adozione internazionale e famiglia multi-etnica*, Giuffrè, Milano, 1997.

tiempo de ella, haberla visto pocas veces y durante poco tiempo, requirieron que les devolviesen a la niña⁶³⁴.

Más concretamente, se ha afirmado que no se debe llegar a declarar el estado de adoptabilidad del menor, cuando no exista un comportamiento dirigido al abandono voluntario, sino un insuficiente cumplimiento de las funciones paternas que es reconducible a las dificultades de inserción social y económicas de los progenitores de terceros Estados y provenientes de un país considerado del tercer mundo, en un contexto socio-económico caracterizado por valores, costumbres y tradiciones que les son extrañas⁶³⁵. También en Nápoles se desestimó que existiese abandono o violación de los deberes parentales para una menor de más de dieciséis años, perteneciente a una comunidad nómada que, por la tarde, había sido sorprendida claramente ejerciendo la mendicidad, visto que era una menor que a dicha edad es considerada más que madura por la comunidad a la que pertenece y visto también que es un estilo de vida habitual de dichas comunidades nómadas⁶³⁶.

El juez, en la valoración del caso concreto, debe por lo tanto tener en cuenta que la desatención y el abandono son situaciones que pueden tener su origen en la cultura de pertenencia del menor. Sin embargo, en el respeto de dichos principios, no podemos olvidar que la identidad étnica es un valor que siempre

⁶³⁴ Sentencia del Tribunal de menores de Nápoles de 17 de octubre de 1990.

⁶³⁵ Sentencia del Tribunal de apelación de Turín, sección de menores, de 15 de diciembre de 1993.

⁶³⁶ Sentenza Tribunale per i minorenni di Napoli, 17 dicembre 1996.

debe subordinarse al preeminente interés del menor. En tal caso el Tribunal Supremo ha afirmado que «la protección de las minorías étnicas no puede jamás suponer un acogimiento tal que provoque en el menor una gravísima desorientación psicológica y afectiva, dado que la graduación de los intereses a proteger impone que se de preferencia a la exigencia de un equilibrio psico-afectivo del menor respecto de la tutela de su identidad étnica»⁶³⁷.

V.3.4 El menor extranjero no acompañado y la normativa en materia de extranjería

Toda la disciplina de la entrada, permanencia, la devolución y la expulsión de los extranjeros, comprendidos los menores de edad, ha sido profundamente modificada por la Ley n. 40 de 6 de marzo de 1998⁶³⁸.

El artículo 1 de la Ley prevé que ésta se aplique «a los ciudadanos de Estados no pertenecientes a la Unión Europea y a los apátridas», por ello, los sujetos a quienes se dirigen las normas

⁶³⁷ Sentencia del del Tribunal Supremo de Csación n. 4936, de 4 de mayo de 1991.

⁶³⁸ Ley 40/1998, «Regulación de la inmigración y normas sobre la condición de extranjero» (publicada en la G.U. n. 59 de 12 de marzo de 1998, suplemento ordinario n. 40). En ejecución de lo previsto por el art. 47 de esta Ley, el Gobierno dictó posteriormente el D.leg. n. 286, de 25 de julio de 1998, que contiene el Texto Refundido de las normas relativas a los extranjeros».

y disposiciones de esta Ley son los extracomunitarios o nacionales de terceros Estados.

Puesto que nuestro objetivo en este apartado es el análisis de la aplicación de la ley sobre la inmigración al menor extranjero y en concreto al menor no acompañado es oportuno, antes de describir y analizar la normativa, introducir brevemente la composición y funciones del Comité para los menores extranjeros.

V.3.4.1 El Comité para los menores extranjeros

El art. 33 del Texto Refundido instituye, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros el Comité para los menores extranjeros con la función de «supervisar las modalidades de residencia de los menores extranjeros temporalmente admitidos en el territorio italiano y de coordinar las actividades de las administraciones interesadas». El Comité está compuesto por nueve representantes, provenientes, uno del Departamento de Asuntos Sociales de la Presidencia de l consejo, del Ministerio de Asuntos Exteriores, del Ministerio del Interior, y dos de la Asociación Nacional de Municipios Italianos y de las organizaciones más representativas que operan en el sector de los problemas de la familia y de los menores extranjeros no acompañados (art. 3 DPCM 535/99).

Con la entrada en vigor del D. leg. 113/99, las competencias del Comité para los menores extranjeros no son

relativas sólo a los «menores acogidos»⁶³⁹, es decir, a los menores temporalmente admitidos en el ámbito de programas solidarios de acogimiento provisional, sino también a los menores inmigrantes no acompañados.

De este modo, el Comité, respecto de los menores no acompañados presentes en territorio italiano, se ocupa de censarlos, de determinar si tienen el estatus de menores no acompañados, promueve la búsqueda de los familiares de los menores⁶⁴⁰, y puede disponer la repatriación asistida, puede incluso, proponer al Departamento de Asuntos Sociales la estipulación de acuerdos y financiar programas dirigidos al acogimiento y a la repatriación de menores no acompañados.

La extensión de las competencias del Comité ha provocado diversos problemas relativos a las actuaciones jurídicas sobre menores extranjeros no acompañado; se ha producido una superposición de normas diversas, en contraste entre ellas y faltas de la necesaria coordinación. En particular, mientras la disciplina establecida por la Ley 184/83, tras su modificación por la Ley 476/98 de reforma de la adopción internacional, pone de manifiesto una elección a favor de la plena tutela jurisdiccional a

⁶³⁹ Respecto a los «menores acogidos» en el ámbito de los programas solidarios de acogimiento temporal, decide sobre las peticiones de entes, asociaciones y familias para la entrada, el acogimiento temporal y la repatriación de los mismos.

⁶⁴⁰ En esto el Comité se sirve de la colaboración de las administraciones públicas y de organismos nacionales e internacionales con los que el Departamento de Asuntos Sociales puede suscribir acuerdos.

través del art. 33, apdo. 5 que prevé, cuando por cualquier medio se haya producido la entrada de un menor en el territorio del Estado fuera de las situaciones consentidas, que se informe al Tribunal de menores el cual, valorada la situación, puede elegir entre adoptar medidas de protección, cuando se den los requisitos para ello, o una repatriación asistida; y a través del art. 37-bis con la prescripción de que al menor extranjeros en situación de abandono se le apliquen todos los mecanismos de protección establecidos para el menor italiano. Contradictoriamente se puede destacar, por el contrario, que con el art. 5 del D. leg. n. 113 de 13 de abril de 1999, se ha atribuido exclusivamente al Comité para los menores extranjeros el poder de establecer las modalidades de acogimiento asistido y de su reagrupación con la familia de origen, sin indicar criterios para tales actuaciones.

Este problema ha sido subrayado por muchos operadores del sector, en cuanto que se crea un solapamiento entre los órganos judiciales y las autoridades administrativas, haciendo posibles, por otra parte, prácticas diferenciadas que vienen a incidir sobre los derechos subjetivos de los menores, los cuales se encuentran tutelados expresamente en los convenios internacionales. La atribución a un ente administrativo para la adopción de una resolución de alejamiento del territorio italiano, susceptible de incidir, incluso realizándolo coactivamente, sobre la libertad personal del extranjero, sin que exista intervención de la autoridad judicial suscita dudas de legitimidad respecto a la

reserva de jurisdicción prevista en el art. 13 de la Constitución italiana.

V.3.4.2 Permanencia en Italia del menor y situación al cumplimiento de la mayor edad

El extranjero que entra de forma regular en Italia puede residir si cuenta con una carta de residencia (similar al permiso de residencia permanente que se otorga en España) o con un permiso de residencia. El menor extranjero no puede tener un permiso de residencia autónomo respecto del de sus padres o familiares. La ley dispone que el hijo menor de catorce años sea inscrito en el permiso de residencia o en la carta de residencia del progenitor con el que convive; análogamente el menor acogido menor de catorce años se inscribe en el permiso o carta de residencia del acogedor. Al menor de más de catorce años se le otorga un permiso de residencia autónomo por motivos familiares hasta el cumplimiento de la mayoría de edad.

Uno de los problemas que se presentan en la aplicación de la Ley sobre la inmigración a los menores de terceros Estados es, a los efectos de su regularización, en entender si es necesaria en todo caso su identificación y sobre todo la determinación de su edad; o si, por el contrario, puede haber casos, en relación con el otorgamiento del permiso por minoría de edad, en que dicho

permiso pueda ser concedido incluso en ausencia de una identificación clara. El permiso de residencia por minoría de edad, en base a lo dispuesto en el art. 28 del Reglamento de la Ley sobre la inmigración y de la Circular del Ministerio del Interior de 23 de diciembre de 1999, tiene como fin proporcionar un documento de residencia legal en los casos en que no sea posible otorgar ningún otro permiso de residencia, de manera que no se deje al menor en una situación de irregularidad que, en cuanto tal, puede considerarse como perjudicial para el mismo.

La Circular del Ministerio del Interior de 13 de noviembre de 2000 establece que el permiso de residencia por minoría de edad debe otorgarse «a los menores extranjeros *no acompañados*», según la definición que de estos da el DPCM n. 535, de 9 de diciembre de 1999, para los cuales la propia ley prevé la posibilidad de repatriación asistida una vez localizados sus familiares en el país de origen, o bien en la hipótesis en que el Tribunal de menores, habiendo sido informado en su debido momento, no determine formalmente el acogimiento de los sujetos interesados, conforme al art. 2 de la Ley 184/83. También se recurre al permiso de residencia por minoría de edad, cuando, en ausencia del mencionado pronunciamiento de acogimiento, el Juez tutelar competente haya nombrado simplemente un tutor según lo establecido en el Código civil».

Como consecuencia de lo expuesto, cabría pensar que los requisitos son mínimos y que por tanto a todo menor que no fuese titular de otro tipo de permiso se le otorgaría el permiso de

residencia por minoría de edad, independientemente de la documentación de que disponga y de su situación administrativa.

A este propósito, resultan interesantes las «Observaciones del Presidente del Comité para los menores extranjeros», aprobadas por el Comité para los menores extranjeros el 2 de mayo de 2000: «Se nos pregunta si para el otorgamiento del permiso de residencia es necesaria una identificación segura, por parte de las autoridades de Seguridad Pública o sí por el contrario son suficientes, al menos de manera temporal, las declaraciones del menor, eventualmente apoyadas por documentación incluso de carácter poco fiable. Parecería preferible la primera hipótesis porque de ese modo se tendería a hacer salir a los menores de la clandestinidad, que es el aspecto más peligroso de su estancia en Italia, pero quedaría pendiente el hecho de que el clandestino que han no ha sido identificado con seguridad se encontraría en el limbo: no puede ser expulsado pero no puede tener un permiso de residencia. ¿Podría crearse un permiso de residencia otorgado a una identidad incluso cuando no ha sido comprobada con seguridad pero referenciado a otros medios de identificación (fotografías, huellas digitales)?⁶⁴¹».

⁶⁴¹ Podemos hacer referencia, como norma que afronta un problema análogo, al Reglamento que desarrolla el Texto refundido 286/98, relativo a la matrícula escolar y el otorgamiento del título a la conclusión de sus estudios a los menores privados de documentación: »los menores extranjeros indocumentados o bien con documentación irregular o incompleta son matriculados con reserva. La matrícula con reserva no impide la consecución de certificados de haber finalizado los cursos de estudio de cualquier nivel o grado. Si en ausencia de pruebas en contrario sobre la identidad declarada del

Por tanto, ¿cómo se comportarán las Comisarías de Policía frente a un menor que no posea documentos de identidad? Cuando el menor sea sin sombra de duda menor de dieciocho años, la Policía debería poder otorgarle el un permiso de residencia que incluyese los datos declarados por éste.

Cuando por el contrario el menor esté próximo a los dieciocho años, se plantea el problema de verificar su efectiva minoría de edad. Los exámenes que se utilizan para la determinación de la minoría de edad, como hemos visto, no resuelven el problema, en cuanto es clara la escasa precisión y fiabilidad de estos exámenes. En este sentido, es aquí de aplicación todas las soluciones que se ofrecían en las Instrucciones de la Fiscalía General del Estado en España.

Fundamental en la tutela del menor extranjero resulta la norma según la cual el Tribunal de menores puede, por motivos de gravedad relativos al desarrollo psicofísico del menor y a sus condiciones de salud, autorizar el otorgamiento de un visado de entrada y del permiso de residencia a favor de un familiar del menor por un período determinado, incluso en detrimento de otras disposiciones legales. Estas autorizaciones se comunican a la representación diplomática o consular del país correspondiente.

La duración varía según el tipo de permiso de residencia, ya que no todos los tipos de permiso garantizan una estabilidad: para

alumno, el título es otorgado al interesado con los datos identificativos existentes en el momento de la matrícula» (Reglamento, Decreto del Presidente de la República 394/99, art. 45 apdos. 1 y 2.

el permiso de residencia por minoría de edad ni el Texto Refundido 286/98 ni su reglamento de desarrollo, ni las Circulares del Ministerio del Interior han establecido su duración.

Al cumplimiento de la mayoría de edad, el art. 32 del T.r. sobre la inmigración establece que puede otorgarse un permiso de residencia por motivos de estudio o de trabajo o por exigencias sanitarias o de cuidados médicos.

Sobre este tema el legislador intervino también con la Ley n. 189/2002, que dejó inalterada la previsión del apdo. 1 del art. 32, titulado «Normas relativas a los menores acogidos al cumplimiento de la mayoría de edad», donde se prevé la posibilidad de otorgar un permiso de residencia por motivos de estudio, de acceso a un empleo, de trabajo subordinado o autónomo, o por exigencias sanitarias o de cuidados médicos, al cumplimiento de la mayoría de edad, al extranjero que haya sido beneficiario de un permiso por motivos familiares de los previstos en el art. 31, apdos. 1 y 2 y « a los menores acogidos conforme a la previsión del art. 2 de la Ley n. 184, de 4 de mayo de 1983».

Esta última expresión «menor acogido ex art. 2 de la Ley 184/83», comprende por tanto, además del menor acogido por un ciudadano extranjero (caso que ya preveía el art. 31 del T.r. 286/98, también: al menor acogido por un ciudadano italiano; al menor acogido en una comunidad de tipo familiar; e incluso también quizás al menor acogido en una centro asistencial de menores público o privado. Pese a no tratarse de un acogimiento

familiar, se trata en cualquier caso de un tipo de acogimiento recogido por el art. 2 de la Ley 184/83, equiparado al acogimiento familiar desde el punto de vista de las potestades y obligaciones del acogedor⁶⁴², y el art. 5 establece que «las disposiciones de los apartados precedentes (acerca del acogimiento familiar) se aplican, cuando sean compatibles, en el caso de menores acogidos por una comunidad habitacional o internos en un centro».

Si se acepta esta interpretación, los menores acogidos en una comunidad familiar y los menores acogidos en un centro público o privado (un acogimiento residencial, al fin y al cabo), deberían poder convertir su permiso de residencia al cumplimiento de la mayoría de edad según lo previsto por el art. 32, cualquiera que sea el permiso de residencia que se les haya otorgado.

La aplicación concreta de la norma había dado origen a muchas dificultades y cambios de posicionamiento, frente a una interpretación restrictiva del Ministerio del Interior, que, por una parte, había concluido por privilegiar en muchos casos la concesión del permiso «por minoría de edad»⁶⁴³, en lugar de por motivos familiares conforme al art. 31; por otra parte, con la Circular de 13 de noviembre de 2000, excluyó la posibilidad de

⁶⁴² L'art. 3 della legge sull'adozione stabilisce che «All'istituto di assistenza spettano i poteri e gli obblighi dell'affidatario di cui all'articolo 5 (cioè l'affidamento familiare)».

⁶⁴³ Ad esempio: minori affidati in Italia a parenti entro il quarto grado; minori non accompagnati sottoposti a tutela.

incluir dichos permisos en las previsiones del art. 32, una vez alcanzada la mayoría de edad.

Tal interpretación había sido censurada, por otra parte, por las primeras decisiones administrativas en esta materia que, sin dejar de subrayar los perfiles de inconstitucionalidad que el art. 32 presentaría si se interpretaba de forma tal que comportase una disparidad irrazonable de tratamiento entre situaciones sustancialmente análogas (menores no acompañados acogidos conforme a la Ley 184/83 o «solamente» sujetos a tutela) ha sostenido la posibilidad de aplicar de forma extensiva la norma en cuestión, juzgando por tanto ilegítimas las denegaciones de concesión del permiso de residencia basadas únicamente sobre la titularidad precedente de un permiso por minoría de edad, en lugar de por motivos familiares⁶⁴⁴.

Las prescripciones del art. 32 del T.r. 286/98 relativas a la conversión del permiso de residencia al llegar a la mayoría de edad se refieren de forma específica a los menores acogidos ex arts. 2 o 4 de la Ley 184/83, no previendo nada similar para los titulares del permiso de residencia por minoría de edad. Esta jurisprudencia administrativa por este motivo deducía imposibilidad de convertir el permiso de residencia por minoría de edad al cumplimiento de la mayoría de edad de la falta de inclusión de dicho permiso entre los citados por el art. 32 del T.r. 286/98. Pero no es

⁶⁴⁴ Sentencia del Tribunal Administrativo Regional del Piemonte, n. 952/2002; y Sentencia del Tribunal Administrativo Regional (TAR) de la Toscana n. 880/2002.

claro como el T.r. podría haber incluido el permiso de residencia por minoría de edad entre los permisos convertibles, dado que dicho permiso de residencia fue introducido únicamente por el Reglamento de desarrollo, entrando en vigor más de un año y medio después de la aparición de la Ley 40/98.

En cualquier caso subsistía una grave laguna normativa, la cual podía ser completada con una Circular del Ministerio del Interior. Debemos recordar aquí que la Constitución italiana establece en su art. 10 que «La condición jurídica de extranjero se regula por ley de conformidad con las normas y tratados internacionales».

El legislador, de este modo, con la Ley 189/2002 introdujo en el art. 32 del T.r., después del apartado primero, tres nuevos apartados: 1-bis, 1-ter y 1-quater. En base a tales apartados, la posibilidad de conceder, al cumplimiento de la mayor edad, según el apdo. 1 del art. 32, un permiso por motivos de estudio, de acceso al empleo, o bien de trabajo subordinado o autónomo, se extiende también a otros «ex menores», siempre que el Comité para los menores extranjeros no haya adoptado en relación con ellos una decisión de repatriación.

Para entrar dentro de estas previsiones, los menores extranjeros deberán encontrarse en Italia desde al menos tres años, haber seguido durante al menos dos años un proyecto de integración social y civil gestionado por un ente público o privado que tenga representación nacional y que además este inscrito en el registro adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros,

disponer de alojamiento y asistir a clases, o bien desempeñar una actividad laboral o disponer de un contrato de trabajo, incluso si todavía no ha iniciado la actividad.

La Ley 189/2002, por tanto, parece extender a los nuevos mayores de edad que estaban en posesión de un permiso de residencia por minoría de edad la posibilidad de permanecer en Italia con un nuevo título de residencia. No obstante, el apdo 1-ter establece condiciones que no puede quedar exentas de críticas: si bien, desde una óptica concreta, la obligación para el menor de desarrollar una actividad laboral o asistir a clases resulta coherente con la política migratoria de los gobiernos más recientes, tendente a la lucha contra la clandestinidad y a un fuerte control, también es cierto que limitar la extensión de la norma sólo a aquellos que se encuentren en Italia desde al menos tres años antes aparece, a nuestro parecer, altamente discriminatorio.

No podemos olvidar que el principio del «superior interés del menor», establecido por la CDN, una vez incluido en el ordenamiento italiano, ha asumido caracteres de constitucionalidad y de nada pueden servir las teorías de aquellos que sostienen que el Estado respeta la Convención de Nueva York previendo la imposibilidad de expulsar a un menor y el otorgamiento de un permiso de residencia por minoría de edad, sin estar obligado en modo alguno a prever la posibilidad de residencia regular en territorio italiano tras el cumplimiento de los dieciocho años de edad.

Se trata de una posición errónea al no tener en cuenta el hecho de que la posibilidad de proyectar su propio futuro tiene una importancia enorme para el menor: no se puede ignorar, por tanto, que lo que ocurra al cumplimiento de la mayoría de edad tendrá una profunda influencia para la vida del menor, incluso durante la minoría de edad. Así, un menor no acompañado que llegase a la edad de dieciséis años a Italia y consiguiese obtener un permiso de residencia por minoría de edad, incluso disponiendo de trabajo o inserto desde un primer momento en un proyecto de integración social y asistiendo de forma regular a clases, sería sin embargo expulsado al cumplir la mayoría de edad.

Ahora bien, es claro que, para el menor que a los 18 años perderá su permiso de residencia y será expulsado, cualquier recurso de inserción escolar, formativa, laboral o relacional en Italia pierde significado, ya que se inserta en una especie de limbo a la espera de la expulsión. Esto significa, por una parte, que al menor se le cercena cualquier perspectiva de inserción positiva y respetuosa con las leyes en Italia. Y, por otra parte, implica que muchos menores se alejarían de estos itinerarios de inserción tan positivos, que han arrojado muy buenos resultados en los últimos años, y permanecerían en situación de clandestinidad, con grandes posibilidades de terminar explotados y gravemente expuestos al riesgo de caer en actividades delictivas⁶⁴⁵.

⁶⁴⁵ SILVA ritiene che «una conseguenza del nuovo quadro normativo venutosi a creare a seguito della emanazione della legge 189/2002, (...) è la elevata probabilità che i nuovi flussi di minori immigrati non accompagnati avranno una età più bassa, ovvero

Esta cuestión ha sido puesta de manifiesto también por el Comité para los menores extranjeros que, en una nota de 14 de octubre de 2002, relativa al menor que entra en Italia con dieciséis años, dice que no puede dejar de observar la imposibilidad de llevar a cabo con estos menores proyectos de una duración de tres años ni mucho menos demostrar su presencia en Italia durante al menos tres años. Por este motivo, el Comité, después de afirmar que el ámbito de aplicación de la nueva normativa se limita a los menores que cumplen los requisitos descritos, establecen como única alternativa a la expulsión del sujeto, una vez alcanzada la mayoría de edad, el otorgamiento de un permiso de residencia por acogimiento.

Cuando el Comité, tras las indagaciones necesarias, estime que no es oportuna para el menor la posibilidad de la repatriación asistida, omite un «no ha lugar a proceder a la repatriación»,

saranno composti prevalentemente da infraquindicenni, per aggirare le restrizioni menzionante, con maggiori rischi per l'equilibrio della loro crescita, e con un carico economico molto superiore per gli enti che dovranno prendersi carico della loro accoglienza e del loro inserimento fino al raggiungimento della maggiore età» (SILVA, C., e CAMPANI, G. (a cura di), *Crescere errando. Minori immigrati non accompagnati*, FrancoAngeli, Milano, 2004, p. 53.

SILVA considera que «una consecuencia del nuevo marco normativo que se ha creado tras la aparición de la Ley 189/2992, (...) es la elevada posibilidad que los nuevos flujos de menores inmigrantes no acompañados lleguen a una edad más baja, o bien estén compuestos preferentemente de menores de quince años, para evitar las restricciones mencionadas, con mayores riesgos para el equilibrio de su crecimiento, y con una carga económica muy superior para los entes que deberán encargarse de su acogida y de su inserción hasta el cumplimiento de la mayoría de edad (SILVA, C., e CAMPANI, G., dirs., *Crescere errando. Minori immigrati non accompagnati*, FrancoAngeli, Milano, 2004, p. 53.

emitiendo una resolución «en la que se indica a la autoridad judicial de menores que debe disponer el acogimiento del menor conforme a la Ley 184/83, y a las comisarías que deben otorgar un permiso de residencia por acogimiento que al alcanzar la mayoría de edad vendrá convertido por las propias comisarías en un permiso de residencia por motivos de estudio o de trabajo»⁶⁴⁶.

Así el Comité concreta en el nombramiento de un tutor y en el permiso de residencia por acogimiento la única posibilidad para un menor no acompañado de convertir su permiso al cumplimiento de la mayoría de edad y evitar así una posterior expulsión.

El Tribunal Administrativo del Piamonte, en el pasado, había atendido a los recursos de quienes, en posesión de permiso de residencia por minoría de edad, habían visto denegada la conversión por parte de las Comisarías de Policía⁶⁴⁷. El TAR reconocía así el carácter de temporalidad del permiso de residencia por minoría de edad, pero achacaba a la administración pública el no haber realizado las indagaciones necesarias para verificar que el sujeto, convertido ya en mayor de edad, cumplía los requisitos exigidos por el art. 5 del T.r. sobre la inmigración para el otorgamiento de un permiso de residencia por motivos de estudio o de trabajo. Ahora que el art. 32, apdo 1-ter, relativo al supuestos de los menores que se convierten en mayores de edad, ha especificado cuales son los requisitos exigidos para la

⁶⁴⁶ Nota del Comité para los menores extranjeros emitida el 14 de octubre de 2002. La nota se dirige a emanar las primeras indicaciones para la interpretación del art. 25 de la Ley n. 189 de 30 de julio de 2002.

⁶⁴⁷ Sentencias del TAR del Piamonte, número 1605/01 y número 1006/02.

conversión, pensamos que el recuso contra la resolución de denegación de la conversión del permiso de residencia por minoría de edad, emitido por la Comisaría, debe ser necesariamente denegado si la disposición legal ha sido respetada.

Il comma 1-quater introdotto dalla Camera, infine, precisa che i permessi rilasciati «ai sensi del presente articolo» e quindi, anche quelli rilasciati in base al primo comma dell'art. 32, che riguardano per lo più minori giunti in Italia con ricongiungimento familiare o addirittura nati in Italia, verranno detratti dalle quote di ingresso definite annualmente.

El apartado 1-quater introducido en la Ley, finalmente, precisa que los permisos otorgados «conforme al presente artículo» y, por lo tanto, también aquellos otorgados en base al apdo. 1 del art. 32, relativos sobre todo a los menores que han llegado a Italia mediante reagrupación familiar o incluso nacidos en Italia, serán detraídos de las cuotas de entrada definidas anualmente.

V.3.4.3 Los menores acogidos «de hecho» por parientes dentro del cuarto grado

Como se ha dicho, según la interpretación del Presidente del Comité, el menor extranjero acogido «de hecho» por un pariente próximo se considera un menor no acompañado. El

sujeto, de hecho, se encuentra en Italia sin un adulta que sea competente, según lo establecido por el art. 5 de la ley italiana de adopción, para representarlo y asistirlo.

El menor que se encuentra en Italia bajo la responsabilidad no reconocida formalmente de una pariente hasta el cuarto grado se considera por la legislación italiana de extranjería como un «menor no acompañado». Que el pariente sea residente legal en Italia o por el contrario clandestino no parece que conlleve diferencias respecto de la situación del menor, la cual entra dentro de las previsiones del art. 28 del Reglamento de desarrollo del DPR 394/99: en virtud de la prohibición de expulsión de los menores de edad, establecido en el art. 19 del Texto refundido sobre inmigración y extranjería, el Comisario de policía otorgará al menor un permiso de residencia por minoría de edad.

Nos encontramos frente a uno de los casos en que se ha generado una superposición de competencias administrativas y judiciales. Si, por una parte, el ordenamiento italiano permite aplicar a estos sujetos todo un elenco de medidas protectoras: desde el otorgamiento de un permiso de residencia⁶⁴⁸, a la posibilidad de la entrada en territorio italiano de los padres biológicos, previstos por la propia normativa sobre inmigración, junto con la aplicación del art. 37-bis de la ley sobre adopción, con la intervención por tanto del Tribunal de menores que valorará la «situación de abandono», y al mismo tiempo declarará la

⁶⁴⁸ Art. 32 del Texto refundido n. 285 de 25 de julio de 1998.

adoptabilidad y «necesidad de asistencia». Por otra parte se prevé la competencia del Comité para los menores extranjeros que tiene el poder de decidir a cerca de la repatriación asistida de estos sujetos.

Para el menor extranjero no acompañado, pero acogido de hecho por parientes dentro del cuarto grado, se puede presuponer, aplicando el art. 37-bis de la legislación italiana sobre adopción, la no subsistencia del estado de abandono. En base al art. 9 de la Ley 184/83, de hecho, para los menores acogidos por parte de parientes dentro del cuarto grado no es necesaria una resolución por parte del juez⁶⁴⁹. Se excluye por tanto la posibilidad para el Tribunal de menores de abrir el procedimiento de declaración de adoptabilidad del menor. La aplicación del art. 9 de la Ley 184/83 a la situación del menor extranjero acogido de hecho por un pariente hasta el cuarto grado conlleva que no se pueda entender que éste, pese a ser considerado «no acompañado», se encuentra en situación legal de abandono⁶⁵⁰.

⁶⁴⁹ El art. 9 establece que para los parientes hasta el cuarto grado no subsisten la obligación de informar al Juez tutelar el acogimiento del menor, incluso cuando ésta sea por un tiempo superior a seis meses, período máximo que se establece para el resto de los casos de acogimiento de hecho.

⁶⁵⁰ In questo senso, PASTORE e CONSOLE, ritengono che «I minori irregolari conviventi con parenti entro il quarto grado non dovrebbero considerarsi in stato di abbandono e la loro posizione dovrebbe essere equiparata a quella dei minori affidati con provvedimento formale, con conseguenze anche sul tipo di permesso di soggiorno di cui può beneficiare il minore». (PASTORE, M., e CONSOLE, M., «L'immigrazione e i rapporti familiari», in VV.AA., ZATTI, P. (Dir.), *Trattato di diritto di famiglia, Vol. Sesto, Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia (a cura di LENTI, L.)*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 671.

Existe, por otro lado, una orientación jurisprudencial un tanto difusa que, argumentando a contrario el art. 9, apartado 4 de la Ley 184/83, considera que, cuando un pariente hasta el cuarto grado acoga a un menor extranjero y le preste asistencia, con el consentimiento de sus padres, no será necesario una resolución formal del Tribunal de menores «para hacer eficaz el acogimiento»⁶⁵¹.

Frente al problema de conversión del permiso de residencia por minoría de edad cuando el menor alcanza la mayoría de edad, por parte de los operadores en esta materia, se ha planteado la cuestión de si el menor que se encuentra en Italia junto con un pariente próximo, por los mismos motivos por los que no puede ser declarado en situación de abandono, no pueda tampoco ser considerado un menor no acompañado.

El T.r. 286/98, en su art. 29, apdo. 2 prevé que «a los fines de reagrupación se consideran menores los hijos de edad inferior a 18 años. Los menores adoptados o acogidos sometidos a tutela se equiparan a los hijos». Se puede decir, por tanto que, en la

En este sentido, PASTORE y CONSOLE, entiende que «el menor irregular que convive con parientes hasta el cuarto grado no debe considerarse en estado de abandono y su posición debería ser equiparada a los menores acogidos mediante una resolución formal, con consecuencias incluso sobre el tipo de permiso de residencia del que puede beneficiarse el menor» (PASTORE, M., y CONSOLE, M., «L'immigrazione e i rapporti familiari», en VV.AA., ZATTI, P. (Dir.), *Trattato di diritto di famiglia, Vol. Sexto, Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia* (coord. LENTI, L.), Giuffrè, Milano, 2002, p. 671.

⁶⁵¹ Cfr. con las Sentencias del Tribunal de Apelación de Turín, sección de menores, de 10 de diciembre de 1999, y del Tribunal de Menores de Venecia, de 20 de mayo de 1999; vid. Además, sobre este punto MIAZZI, L. «La tutela del minore straniero affidato a parenti entro il quarto grado», *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 4, 1999, p. 65.

definición de «menores acogidos» se pueden incluir no sólo los menores acogidos con un pronunciamiento de una autoridad, italiana o extranjera, sino también los menores acogidos de hecho por parientes hasta el cuarto grado.

Al equiparar al menor acogido al hijo a los efectos de reagrupación familiar, el art. 29 del T.r. 286/98, parece querer aplicarse también a los menores acogidos de hecho por un pariente hasta el cuarto grado, incluso en ausencia de un pronunciamiento formal que, en base al art. 9 de la Ley 184/83, no debe exigirse.

Además, parece confirmar la interpretación según la cual en la definición de «menores acogidos» podrían entenderse incluidos también los menores acogidos de hecho por un pariente hasta el cuarto grado, y también lo dispuesto por el art. 33, apdo. 1 de la Ley 184/83, tras su modificación por la Ley 476/98, que, al establecer la prohibición de entrada para los menores no acompañados de al menos uno de sus padres o un pariente hasta el cuarto grado, prevé *a contrariis* la posibilidad de entrada del menor, incluso acompañado de parientes hasta el cuarto grado.

Esta interpretación viene posteriormente reafirmada por el hecho de que el art. 19 del T.r. 286/98, establece el «derecho» del menor de seguir a su acogedor cuando este es expulsado, incluso cuando se haya aplicado el caso concreto del menor acogido de hecho por un pariente hasta el cuarto grado. No se comprende, de hecho, por qué la expresión «menor acogido» en el art. 19 del T.r.,

puede referirse solamente al acogimiento formal, mineral que el concepto de «acogedor», del art. 19 comprendería también el acogimiento de hecho.

Por lo tanto, en el caso en que se aceptase la interpretación según la cual el menor acogido de hecho por un pariente hasta el cuarto grado idóneo para proporcionarle asistencia debe ser incluido en la definición de «menor acogido» que hace el art. 29.2 del T.r. 286/98, el menor, en tanto que equiparado al hijo, debería inscribirse en el permiso de residencia o carta de residencia del acogedor hasta la edad de catorce años, y recibir el permiso de residencia por motivos familiares al cumplir los catorce años⁶⁵².

Por ejemplo, el Tribunal de Turín⁶⁵³, ha afirmado la necesidad de interpretar «el reenvío operado por el art. 31 del D.leg. 286/98 al estatus formal de acogido como reenvío meramente descriptivo a casos concretos que tengan características asimilables a la condición del menor integrado de forma estable en un contexto familiar afectivo y educativo, no ya como restrictivo y limitante», y por esto ha reconocido a los menores, que hayan convivido de forma estable con parientes hasta el cuarto grado que residan legalmente en el territorio italiano y capaces de proporcionar a los menores el adecuado apoyo material y educativo, el derecho al otorgamiento de un permiso por motivos familiares, de los previstos por el art. 31 del

⁶⁵² ROZZI, E. (dir.), *I minori stranieri non accompagnati e irregolari, tra accoglienza in Italia e rimpatrio*, cit., p. 63.

⁶⁵³ Tribunal de Turín, Sentencias de 31 de mayo de 2001 y 14 de septiembre de 2001.

D.leg. 286/98, incluso en ausencia de un procedimiento formal de acogimiento.

Si, por el contrario, no se acepta la interpretación anterior, y nos referimos únicamente al art. 31, la situación de los menores acompañados de parientes hasta el cuarto grado resultaría poco clara a causa sobre todo de la falta de coordinación entre el T.r. 286/98 y la Ley 184/83.

Como hemos subrayado anteriormente, el T.r. 286/98, en su art. 31 establece que el menor acogido por un ciudadano extranjero mediante una resolución formal de acogimiento (consensual o judicial), ex art. 4 de la Ley 184/83, sea inscrito en el permiso de residencia del acogedor o reciba el permiso de residencia por motivos familiares, mientras que nada se prevé respecto al menor acogido de hecho por un pariente hasta el cuarto grado.

En los casos en los que existe resolución de acogimiento, no existe problema alguno, y se podrá aplicar el art. 31 del T.r. 286/98. En los casos en que por el contrario los Tribunales de menores y los Servicios Sociales locales se declaren incompetentes para dictar la resolución, se crea una laguna: el menor acogido de hecho por un pariente hasta el cuarto grado no puede obtener el permiso de residencia por motivos familiares porque en base al T.r. 286/98 sería necesaria una resolución formal de acogimiento, que sin embargo, en base a la Ley de adopción se sostiene que no puede ser adoptada.

Para resolver claramente esta situación habría sido necesaria una actuación legislativa que hubiese modificado los arts. 31 y 32 del Texto refundido, para incluir de forma explícita o al menos no excluir a los menor acogido de hecho por un pariente hasta el cuarto grado. Además la Ley 198/2002 ha dejado inalterados los artículos mencionados, y al actuar así parece indicar que el legislador, arriesgándose a incurrir en inconstitucionalidad, se haya mostrado contrario a una interpretación extensiva y favorable a los menores acogidos de hecho de los arts. 31 y 32. Puede configurarse de este modo, una disparidad de trato entre menores que, desde un punto de vista objetivo y no formal, se encuentran en situaciones análogas: ambos viven bajo la responsabilidad de un pariente próximo, y por tanto sería una situación inconstitucional conforme a los artículos 3 y 31 de la Constitución italiana.

En base a esto debe considerarse que como única alternativa posible, que permita al menor evitar la repatriación asistida o una expulsión al cumplir la mayoría de edad, queda tan sólo que se dicte una resolución formal de acogimiento conforme al art. 4 de la Ley 184/83.

Respecto del acogimiento judicial, algunos jueces efectivamente han declarado acogimientos a favor de parientes

hasta el cuarto grado, en ocasiones motivando la ausencia del consentimiento de los padres por las circunstancias existentes⁶⁵⁴.

Sin embargo, otros Tribunales de menores se han declarado incompetentes para resolver la petición de acogimiento por parte de parientes hasta el cuarto grado, tras haber verificado la idoneidad para cuidar del menor, al no producirse una situación perjudicial para éste. El Tribunal de menores, de hecho, tiene la función de controlar el ejercicio de la patria potestad y la tutela del menor para evitar conductas perjudiciales por parte de los padres, con las consiguientes limitaciones o privación de la patria potestad, mientras no parece sostenible que, existiendo un pariente idóneo para cuidar al menor, se pueda considerar que existe una conducta perjudicial para el menor por parte de los padres.

En lo relativo al acogimiento consensual, es decir, el dispuesto por parte de los Servicios Sociales locales previo consentimiento de los padres, el problema es distinto. En general, el menor se confía al pariente por parte de los propios padres y por lo tanto existe su pleno consentimiento. El consentimiento de los padres falta por lo tanto no en sentido sustancial, sino en sentido formal: falta por lo tanto un acto con el que los padres manifiesten su consentimiento expreso a los Servicios Sociales. En este caso deberá clarificarse, naturalmente, de que forma los

⁶⁵⁴ Autos del Tribunal de menores de Venecia de 21 de diciembre de 1998 y 28 de diciembre de 1998, entre otros.

padres podrán manifestar su consentimiento al acogimiento del menor ante los Servicios Sociales. Una modalidad consiste en que el Juez tutelar nombre un tutor al menor que posteriormente de el consentimiento al acogimiento, o bien que el consentimiento sea expresado por el ente asistencial público, en general el municipio, en cuanto es el que ejerce los poderes de tutela sobre el menor *ex art. 402 del CC*. No obstante, obtener directamente el consentimiento de los padres sería en cualquier caso la opción preferible, pese a ser más compleja⁶⁵⁵.

Existen otros motivos que han inducido a los Tribunales⁶⁵⁶ y a los Jueces tutelares a declararse incompetentes a resolver las solicitudes de acogimiento por parte de parientes hasta el cuarto grado. En base al art. 9 de la Ley 184/83, el pariente hasta el cuarto grado ha tiene el deber de informar sobre el acogimiento de hecho al Juez tutelar, pero dicha norma no parece excluir que pueda hacerlo, solicitando una resolución formal.

La formalización del acogimiento representaría una mayor garantía para tutelar el interés del menor en cuanto comportaría un control por parte de las instituciones italianas sobre la identidad e la idoneidad del pariente que se va a ocupar del menor.

⁶⁵⁵ A este respecto se ha hablado de un acto formal que los padres podrían realizar de forma oficial, en el ámbito de las funciones notariales que a ésta competen, en la Embajada italiana que exista en el país de origen, pero los problemas logísticos que se derivarían de esta opción son muchos.

⁶⁵⁶ Auto del Tribunal de menores de Turín de 22 de julio de 1999, y Auto del Tribunal de menores de Venecia de 10 de mayo de 1999.

En caso contrario, no existiría verificación alguna del hecho de que el adulto que ha acogido de hecho al menor sea realmente un pariente hasta el cuarto grado, ni de que los cuidados que presten al menor sean realmente idóneos desde el punto de vista moral y material. La aplicación del art. 9 a un menor italiano que se encuentra en la misma situación conlleva la presunción de que no subsiste el estado de abandono (que sin embargo puede ser declarado cuando el niño es acogido por terceras personas por un período superior a seis meses), pero que no excluye la existencia de elementos de desatención por parte de los parientes en el cuidado y la atención al menor.

Los operadores a cuyo conocimiento llegase la existencia de un menor acogido de hecho tienen por lo tanto la responsabilidad de realizar esta valoración, aunque se trata de una situación en que existe una total ausencia de control, situación que algunos entienden discutible en lo que respecta a los menores italianos, y que resulta aún más incierta cuando se trata de menores extranjeros cuyos padres residen fuera del país.

El control por parte de los Servicio Sociales podría ser una justa vía intermedia entre la ausencia total de control y el control que ejercita la autoridad judicial de menores que encuentra su fundamento en una previa y supuesta situación de perjuicio⁶⁵⁷. La formalización del acogimiento, por tanto, comporta la asunción por

⁶⁵⁷ ROZZI, E. (a cura di), *I minori stranieri non accompagnati e irregolari...*, cit., p. 124.

parte del pariente de deberes claramente establecidos por la ley, como por ejemplo la convivencia entre el menor y el acogedor, y el control continuado por parte de los Servicios Sociales.

V.3.4.4 Permanencia o repatriación asistida

El menor extranjero que, por sí sólo, intenta entrar en Italia o entra en Italia sin cumplir los requisitos exigidos, es rechazado en la frontera, si es posible, o internado en los centros de permanencia temporal previstos por la ley. Además, si el menor no acompañado de padres o parientes hasta el cuarto grado se encuentra en el territorio del Estado italiano, o cuando haya sido admitido temporalmente o en tanto que haya sido detectado poco tiempo después de su entrada, el Estado tiene como obligación protegerlo en vía de urgencia ex art. 9 de la Convención de la Haya de 1961, y por tanto parece que debe preverse la competencia del Tribunal de menores o del Comité para los menores extranjeros.

En el caso, en cambio, de que el menor se encuentre todavía en la frontera, la Ley 184/83, modificada por la Ley 476/98, prevé en su art. 33, 1 que: «Salvando las disposiciones ordinarias relativas a la entrada en el Estado para fines familiares, turísticos, de estudio y de cura, no se consiente la entrada en el Estado a los menores que no estén provistos de visado de entrada expedido conforme al artículo 32, o bien, que no estén acompañados de al

menos, un progenitor o de parientes dentro del cuarto grado» Y el propio art. 33, en su apartado 3 establece que «Aquellos que han acompañado a la frontera a un menor, al que no se le ha consentido la entrada en Italia deben correr con los gastos de su repatriación inmediata al país de origen. Los puestos fronterizos avisarán inmediatamente del caso a la Comisión para que se ponga en contacto con el país de origen del menor para asegurarle la mejor ubicación conforme a su superior interés».

La Comisión a la que se hace referencia en el reseñado artículo es la Comisión para la adopción internacional y la norma sobre el rechazo de los menores en la frontera es claramente una norma ideada para combatir la plaga del tráfico de menores con fines de adopción, lucha que se concreta con el control sobre la entrada de menores en Italia de una autoridad estatal. No parece, por tanto, una norma idónea para regular el fenómeno de la inmigración clandestina cuando esta se refiere a menores de edad, especialmente los adolescentes, los cuales eligen por sí mismos emigrar a Italia con la esperanza de encontrar mejores perspectivas vitales.

Por otra parte el Texto refundido no hace referencia a la hipótesis de los menores que solos o acompañados intentan entrar en territorio italiano sin cumplir los requisitos exigidos y tampoco dice nada en relación a la modalidad que deba usarse para su rechazo en frontera o expulsión. Sigue siendo válido aquí lo dispuesto en el art. 33 de la Ley 184/83, con todas las dudas y

puntos oscuros que del mismo derivan: ¿la competencia sobre estos casos será directamente de la Comisión o, por analogía con lo previsto en el art. 18 del DPR. 492/99, para los menores presentes en territorio nacional, deberá ser informado el Comité para los menores extranjeros? Además, ¿cómo se concilia la exigencia de repatriación inmediata con la intervención de la Comisión para ponerse en contacto con el país de origen e investigar las circunstancias del menor?

Parece muy dudoso, en cualquier caso, que pueda adoptarse cualquier tipo de decisión que garantice el interés superior del menor en un plazo tan rápido que permita su repatriación inmediata. Y además, a la espera de que se tome la decisión, ¿al menor se le permitirá entrar en Italia, como parece prever el art. 33 de la Ley 476/98, o por el contrario será retenido en la frontera?⁶⁵⁸. No parece defendible que sea más conforme al interés del menor la retención en la frontera respecto de la posibilidad de entrada en Italia.

En lo relativo a la expulsión de los menores, el art. 19, apartado 2 del Texto refundido prevé una prohibición de expulsión de los menores de dieciocho años, salvo cuando existan motivos

⁶⁵⁸ Tal posibilidad se prevé en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, que establece que en dichas situaciones los menores puedan «permanecer en la frontera hasta que se tome una decisión en relación con su admisión en el territorio nacional, o una decisión de repatriación», estableciendo no obstante que el Estado debe garantizar «la ayuda y apoyo material necesarios para satisfacer las necesidades elementales, como la manutención, un alojamiento adaptado a su edad, y asistencia médico-sanitaria.

de seguridad pública y salvando el derecho del menor a seguir al padre o acogedor expulsados del país⁶⁵⁹.

En caso en que los padres sean objeto de una resolución de expulsión, existe la excepción del derecho del menor a seguir al padre o acogedor expulsado; de hecho es indudable el derecho del menor a ser educado dentro de su propia familia⁶⁶⁰ y, según el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 «Los Estados vigilarán para que el niño no sea separado de sus padres en contra de su voluntad a menos que se entienda que dicha separación es necesaria en interés del niños». Sin embargo en relación a esta última norma hay que destacar que, mientras por permiso de residencia se hace referencia al acogimiento formal ex art. 4 de la Ley 184/83, para la expulsión el tipo de acogimiento no viene especificado. Esta ambigüedad consiente una interpretación que incluya también los acogimientos de hecho a parientes hasta el cuarto grado: existen casos, de hecho, en que el menor es expulsado siguiendo a un pariente hasta el cuarto grado que lo tiene acogido de hecho.

Nos encontramos frente a una disparidad de trato del menor que, pese a la firme intención del menor de continuar residiendo en Italia, en caos de expulsión de su pariente próximo se ve constreñido a seguirlo como si fuese hijo suyo a acogido por él;

⁶⁵⁹ Analogo divieto vi è per le donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio.

⁶⁶⁰ MIAZZI, L., «La condizione giuridica dei bambini stranieri in Italia», cit., p.

mientras que si el permiso de residencia del adulto fuera regular, la existencia de una relación de parentesco no serviría para hacerle proseguir su residencia al cumplir la mayoría de edad.

Respecto de la expulsión de inmigrantes a los que sigue un menor, se pueden dar casos en que el menor adolescente haya adquirido la autosuficiencia necesaria para continuar residiendo en Italia incluso sólo y que exprese su intención de no seguir al padre o acogedor expulsado. Se puede afirmar que de la prioridad del interés superior del menor se deriva que cualquier consideración relativa al control de la inmigración clandestina deberá ser secundaria respecto a la valoración del interés del menor, por lo que incluso el derecho a la unidad familiar y el derecho a vivir en su propio país de origen no pueden ser considerados como criterios absolutos, sino que deberán ser valorados como modos de llevar a cabo el superior interés del menor, caso por caso.

Lo mismo debe considerarse y con mayor razón cuando el menor estuviese, a diferencia del adulto que ejercita la patria potestad sobre él, en posesión de los requisitos necesarios para obtener un permiso de residencia por motivos de trabajo o de estudio. Es necesario además recordar que la CDN, en su art. 12, establece el derecho del menor a «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». Una situación del mismo tipo, con un m que manifiesta su intención de permanecer en Italia separándose así del

progenitor expulsado, no debería prescindir absolutamente de la intervención de los Tribunales de menores.

Y esto porque el dictar una resolución de acogimiento, que fuese posiblemente consensual, permitiría al menor, además de tener un lugar seguro y adecuado a sus necesidades, tener mayores garantías para su futuro⁶⁶¹.

Debe por el contrario excluirse la posibilidad de que el menor pueda ser declarado en estado de abandono en cuanto este último es un hecho que depende del comportamiento de los padres, como expresión de un comportamiento de desatención y de la voluntad de no asumir los propios deberes de guarda y cuidado. Esta última es una situación que puede en cualquier caso verificarse; es trata naturalmente de casos desesperados en que los padres, en el momento de salir del territorio italiano, prefieren no llevarse consigo al hijo o hijos. La existencia de una situación de abandono en tal caso es evidente y la apertura del procedimiento para la declaración del estado de adoptabilidad por parte del Tribunal debería ser, consecuentemente con la información por parte de los puestos fronterizos, inmediata.

El medio que ha elegido por tanto el ordenamiento italiano, para el alejamiento del menor no acompañado e irregular del territorio nacional es la repatriación asistida. Según lo establecido

⁶⁶¹ De hecho, el menor que es acogido en base a los artículos 2 a 4 de la Ley 184/83 tiene derecho a obtener el permiso de residencia por acogimiento, que a su vez garantiza al cumplimiento de la mayoría de edad su conversión en un permiso de residencia por motivos de trabajo o estudio.

en el art. 1 del Reglamento del Comité para los menores extranjeros por repatriación asistida se entiende: «el conjunto de medidas adoptadas con la finalidad de garantizar al menor la asistencia necesaria hasta la reagrupación con sus familiares o hasta confiarlo a las autoridades responsables de su país de origen, conforme a las normas internacionales, a la ley, a las resoluciones de la autoridad judicial y al presente reglamento. La repatriación asistida debe dirigirse a garantizar el derecho a la unidad familiar del menor y a adoptar las consecuentes medidas de protección».

Se atribuye de este modo al Comité la posibilidad de valorar, con la finalidad de proteger y garantizar el derecho a la unidad familiar, si el procedimiento de repatriación asistida es, en interés del menor extranjero no acompañado, preferible al consentimiento del propio menor.

Es importante recordar que la Ley 184/83, conforme a la redacción dada por la Ley 476/98, parece atribuir implícitamente en su art. 33 al Tribunal de menores la decisión entre permanencia (que debería llevarse a cabo mediante los instrumentos previstos en el art. 37-bis: acogimiento, adopción y medidas necesarias en caso de urgencia), o la repatriación, que sin embargo no dispone el propio Tribunal, sino el Comité.

La redacción del artículo 33, sin embargo, es extremadamente ambigua y confusa: prevé que, cuando subsistan los requisitos de abandono, se aplique el art. 37-bis; en caso contrario deberá informarse sobre el menor a la Comisión para las

adopciones internacionales, la cual deberá ponerse en contacto con el país de origen y «proceder conforme al art. 34», artículo que, por otra parte, no tiene nada que ver con la repatriación. El Reglamento de la Ley 476/98 tiene su origen por tanto en la innovación introducida por el D.leg. 113/99 y, de una forma muy discutible desde el punto de vista de la jerarquía de fuentes, modifica la propia ley de la que debería ser una simple norma de desarrollo: la Comisión para las adopciones internacionales deberá comunicar a su vez al Comité para los menores extranjeros los nombres de los menores de los que le haya informado el Tribunal de menores.

Las disposiciones de la Ley 476/98 y del T.r. 286/98, según su redacción por el D. leg. 113/99, parecen contradecirse. Así, la Ley 476/98, parece establecer que el Comité debe intervenir solo después de que el Tribunal de menores haya decidido no adoptar una resolución de adopción, acogimiento o una medida de las necesarias en caso de urgencia, y por lo tanto parece excluir que el Tribunal debe revocar dicha resolución: incluso, en el caso en que el Tribunal haya dictado su resolución ex art. 37-bis, parecería que no tener ni tan siquiera que informar sobre el menor al Comisión para las adopciones internacionales (y esta a su vez al Comité para los menores extranjeros) y por lo tanto no debería tener lugar decisión alguna del propio Comité. En base a dicha disposición, por tanto, la decisión entre permanencia en Italia y

repatriación parece estar atribuida en primera instancia al Tribunal de menores.

El Texto refundido 286/98, según su redacción por el D.leg. 113/99, por contra, al atribuir al Comité para los menores extranjeros la competencia de adoptar la resolución de repatriación, limita la actuación de la autoridad judicial al otorgamiento del *nulla-osta* en caso en que exista un procedimiento jurisdiccional en curso, que parece obligado salvo que existan exigencias procesales inderogables: parece entonces que, una vez adoptada por el Comité la decisión de repatriación del menor, la autoridad judicial de menores no podrá hacer otra cosa que adecuarse a ella, revocando la tutela, el acogimiento o la medida adoptada en caso de urgencia que eventualmente se hubiese adoptado con anterioridad. La competencia para decidir a cerca del interés del menor de permanecer en Italia o de ser repatriado parece que se atribuya solamente por tanto al Comité para los menores extranjeros.

La diferencia sustancial entre estas dos normas en conflicto entre ellas, está en el hecho de que, aunque ambas parecen ocuparse de la misma categoría de sujetos «menores extranjeros», los definen de dos formas distintas: el art. 37-bis de la Ley sobre adopción afirma la competencia del Tribunal de menores para el menor extranjero que se encuentra en Italia «en situación de abandono», mientras que el art. 33 del T.r. sobre inmigración, por su parte, atribuye al Comité para los menores extranjeros el poder de decidir entre la permanencia en Italia o la

repatriación para «los menores extranjeros no acompañados». Menores extranjeros no acompañados y menores extranjeros en situación de abandono son dos definiciones que provienen por tanto de dos leyes diversas, ambas de 1998 y ambas aparentemente dirigidas a resolver una situación de dificultad concreta en la que se encuentra el sujeto menor de edad y a proteger sus derechos.

Si tuviésemos que decidir la cuestión de si la definición de menor no acompañado coincide con la de menor en estado de abandono, en nuestra opinión la respuesta sería negativa. Las dos definiciones no pueden coincidir, en primer lugar porque han sido concebidas para solucionar dos tipos de problemas distintos, y en segundo, porque el contenido característico de ambas se distingue claramente.

La ley sobre la adopción se dirige a proteger el derecho del menor a vivir en el ámbito de su propia familia, pero cuando ésta no exista o, aún existiendo, demuestre no estar en situación de proporcionar al propio hijo los cuidados necesarios y la asistencia que precisa, debe prevalecer el derecho del menor a crecer en un ambiente familiar idóneo y se procederá a la declaración de adoptabilidad del menor y a la consiguiente adopción. El texto legislativo sobre la inmigración, en lo que respecta a los menores, tiende por su parte a regular el crecimiento y desarrollo de un fenómeno, el de la inmigración clandestina de menores, relativamente nuevo y reciente.

El ámbito y los objetivos de las dos normativas son muy distintas, pero también en el plano sustancial ambas definiciones se distinguen de forma notable. El art. 1, apdo. 2, del Reglamento del Comité para los menores extranjeros, ofrece una definición de menor no acompañado que, al menos intencionalmente, es más clara y concreta⁶⁶². La definición del estado de abandono por el contrario es una definición muy genérica, abstracta y abierta a la interpretación del juez, el cual debe verificar la existencia del estado de abandono caso por caso en el respeto del principio más amplio del interés del menor.

Es claro, por lo visto hasta ahora, que la definición de menor no acompañado no coincide con la de «menor en situación de abandono». ROZZI⁶⁶³ manifiesta que «podrán existir menores no acompañados que no se encuentran sin embargo en situación de abandono, porque son acogidos por adultos idóneos para ocuparse de ellos; así como naturalmente podrán existir menores acompañados de padres que pese a ello se encuentra en estado de abandono moral y material».

Debemos preguntarnos si el menor no acompañado puede ser considerado un menor en situación de abandono, tal como el abandono es entendido por la ley italiana sobre la adopción, o si bien la definición de estado de abandono pueda tener una acepción lo suficientemente amplia para comprender en ella toda

⁶⁶² De esta categoría, por ejemplo, se excluye explícitamente a los menores solicitantes de asilo, que no serán ya competencia del Comité para los menores extranjeros, sino de la Comisión central para el reconocimiento del estatus de refugiado.

⁶⁶³ ROZZI, E. (dir.), *I minori stranieri non accompagnati e irregolari...*, cit., p. 9.

la categoría de menores extranjeros que se encuentran en Italia y que están «privados de la asistencia y representación de por parte de sus padres o de otros adultos» que son «legalmente responsables» de ellos.

Si así fuese no deberían existir dudas sobre el hecho de que el Tribunal de menores deba ser competente para decidir sobre ellos en virtud del art. 37-bis de la Ley 184/83, y que en interés del menor deban aplicarse todas las instituciones tutelares establecidas para el menor italiano, desde el acogimiento a la declaración de adoptabilidad, decididas directamente por la autoridad judicial. Esto querría decir que se atribuye prioridad absoluta al acogimiento del menor, tal y como ha establecido el art. 33 de la Ley 184/83, y sólo de forma subsidiaria, después de que el juez haya declarado de no existe el estado de abandono, proceder mediante un procedimiento administrativo regulado en el Reglamento del Comité para los menores extranjeros a la repatriación asistida del menor.

L'insussistenza dello stato di abbandono nel caso di un minore non accompagnato può essere determinata da un duplice ordine di motivi:

primo, la presenza sul territorio italiano di un adulto che si prenda cura del minore, che con esso viva e che per esso eserciti i poteri propri della potestà genitoriale. In questi casi se si riscontra l'esistenza di un provvedimento di affidamento con carattere formale non vi sono problemi, ma, anche in assenza di un tale atto,

la legge 184/83 esclude lo stato di abbandono nel caso in cui tali soggetti siano legati al minore da una rapporto di parentela entro il quarto grado;

La inexistencia del estado de abandono en el caso de un menor no acompañado puede venir motivada por dos tipos de motivos:

- primero, la presencia en territorio italiano de un adulto que se ocupe del menor, que viva con él y que ejercite sobre él los poderes propios de la patria potestad. En estos casos si se comprueba la existencia de una resolución de acogimiento formal no existe problema alguno, pero, en ausencia de dicho acto, la Ley 184/83 excluye el estado de abandono en el caso en que la persona o personas que acogen de hecho al menor estén ligadas al mismo por una relación de parentesco hasta el cuarto grado.

- segundo, por la existencia de un fuerte vínculo con la familia de origen, por la voluntad del menor de volver al país de origen o la voluntad de la propia familia de volver a acogerlo.

En el primer caso, incluso si conforme a la ley italiana en materia de adopción no existe situación de abandono, se puede entender que la competencia del Tribunal de menores no termine con la declaración de inexistencia del estado de abandono. Se debe intentar, como ya hemos manifestado, que el acogimiento de hecho del menor por un pariente hasta el cuarto grado se oficialice mediante una resolución formal de manera que el menor pueda obtener un permiso de residencia por acogimiento, el cual al cumplimiento de la mayoría de edad se podría convertir en otro

por un motivo diverso, evitando así es objeto de la decisión discrecional de las comisarías de policía.

En el segundo caso, sin embargo, el mayor problema consiste en llevar a cabo respecto de la familia del niño, que se encuentra en el país de origen de éste, las averiguaciones necesarias para descubrir si existe aún una relación entre el menor y su familia, y si dicha relación es fuerte y cualitativamente buena. El hecho de que el desarrollo de estas investigaciones sea encargada al Tribunal, cuando deba verificar el estado de abandono, o bien al Comité, con objeto de realizar la repatriación asistida del menor, no debería conllevar grandes diferencias. En ambos casos, de hecho, es indispensable tener contactos con las autoridades de seguridad pública del país de origen del menor y con sus servicios sociales; en ambos casos se corre el riesgo, en el período de espera de respuestas concretas sobre el contexto socio-familiar del niño, de una dilatación de los plazos del procedimiento en curso; en ambos casos existe el peligro de obtener informaciones poco concretas y sobre la base y tomando estas como única base tomar decisiones que incidan de forma determinante sobre el futuro del menor.

Y también en relación con las averiguaciones se vuelve a plantear el problema de la superposición de competencias entre el Tribunal de menores y el Comité. Falta de hecho claridad respecto de la distribución de competencias en cuanto a la averiguación de las circunstancias relativas a la situación del menor tanto en Italia

como en su país de origen, y en particular se prevén acuerdos entre los dos órganos para que no se repitan las indagaciones⁶⁶⁴.

Desde el punto de vista normativo se establece que las indagaciones sobre la situación del menor en Italia y en el país de origen, si son dispuestas por el Tribunal de menores sean llevadas a cabo por los servicios sociales locales y por las autoridades de seguridad pública⁶⁶⁵, delegando en las autoridades consulares competentes cuando los padres o parientes hasta el cuarto grado residan en el extranjero⁶⁶⁶; si son dispuestas por el Comité para los menores extranjeros son llevadas a cabo por las «administraciones públicas competentes y por los organismos nacionales e internacionales que sean idóneos», con los que el Ministerio de Asuntos Sociales puede estipular acuerdos para tal fin⁶⁶⁷.

⁶⁶⁴ Con este objetivo, el prof. VERCELLONE declaraba en las Observaciones del Presidente del Comité para los menores extranjeros de 2 de mayo de 2000 que «si se abre el procedimiento se deben llevar a cabo absolutamente todas las investigaciones para localizar a la familia (...) parece oportuno que el Tribunal y el Comité se intercambien la información de que dispongan y, quizás, que las indagaciones realizadas en el extranjero sean desarrolladas por el Comité que en cualquier caso las debe llevar a efecto *ex* art. 5 del Reglamento y que probablemente tendrá medios más adecuados, sobre todo cuando actúen antes las organizaciones internacionales con las que existan acuerdos al respecto».

⁶⁶⁵ Art. 10 de la Ley n. 184 de 4 de mayo de 1983.

⁶⁶⁶ Art. 12 de la Ley n. 184 de 4 de mayo de 1983.

⁶⁶⁷ Reglamento del Comité para los menores extranjeros, art. 2 apdo. 2. El Ministerio de Asuntos Sociales a suscrito acuerdos para llevar a cabo las averiguaciones familiares y las repatriaciones con varias ONGs: desde 1997 está en vigor un acuerdo con el Servicio Social Internacional, respecto de los menores provenientes de Albania, recientemente extendida también a Marruecos, Moldavia y Rumania; desde el año 2001 existe también un acuerdo análogo con el ICS (Consorcio Italiano de Solidaridad), respecto de las investigaciones en Albania, Rumania, Moldavia, Macedonia, Bosnia, Servia y Kosovo, a finales de 2001 se firmaron acuerdos para indagación y

Las líneas directrices del Comité para los menores extranjeros de 11 de enero de 2001 disponen que «las autoridades competentes que tengan conocimiento de la existencia de un menor extranjero no acompañado deben: determinar su identidad y en concreto su edad; si existen y dónde se encuentran los familiares del menor, intentando obtener directamente de estos toda la información que sea útil en relación con los menores, como sus condiciones de vida, los motivos de su entrada en territorio italiano, su nivel de estudios, las actividades de formación y laborales que haya desempeñado, y las intenciones para el futuro tanto del menor como de sus padres o tutores, incluso en relación con la repatriación».

El problema asume gran relevancia si tenemos en cuenta la importancia que la decisión sobre el interés del menor de permanecer en Italia o por el contrario ser repatriado se adopte en un plazo breve.

La personalidad en formación, de hecho, es mucho más frágil que la de adulto. Un período de fuerte incertidumbre e inestabilidad sobre el propio futuro puede inducir al menor, cuya identidad personal y social no están todavía solidamente construidas, a abandonar cualquier vía positiva de integración e iniciar caminos de delincuencia: situación que, a su vez, influirá

repatriaciones con AIBI (Amigos de los niños), CEFA (Comité Europeo para la Formación y la Agricultura), ENGIM (Ente Nacional Giuseppinni del Murialdo), LVIA (Asociación Internacional de Voluntarios Laicos) y VIS (Voluntariado Internacional para el Desarrollo).

fuertemente sobre la formación de su propia identidad, con efectos negativos sobre todo su recorrido vital.

En el marco del procedimiento de acogida o de repatriación otro aspecto muy importante es la participación del menor y las formas de realizarla. No es necesario decir mucho más respecto al deber de escuchar al menor establecido en el art. 12 de la CDN, conforme a la cual el menor debe ser oído en todo procedimiento administrativo o judicial del que sea objeto. El Reglamento del Comité para los menores extranjeros en sus arts. 6 y 7 asegura que en el procedimiento de repatriación asistida el menor «sea previamente oído»⁶⁶⁸.

El Reglamento del Comité para los menores extranjeros, sin embargo, no establece claramente cuál es el órgano que deba oír al menor ni en que momento del procedimiento. Es evidente que dicho órgano no puede ser el Comité para los menores extranjeros, tanto por el elevado número de menores de los que se ocupa, como por simples problemas de logística, y porque un órgano de ámbito nacional no es el más adecuado para valorar la situación del menor en territorio italiano. Así, según las Líneas

⁶⁶⁸ Art. 7.2: «Con excepción de las medidas previstas en el art. 6, el Comité dispone la repatriación asistida del menor no acompañado presente en Italia, asegurando que éste haya sido oído previamente, también por los órganos interesados en su acogimiento, en el curso del procedimiento».

Art. 6.2 «Al objeto de garantizar el adecuado acogimiento del menor el Comité puede proponer al Ministerio de Asuntos Sociales la estipulación de acuerdos con las administraciones públicas y los organismos tanto nacionales como internacionales que desarrollan actividades inherentes a los menores no acompañados de conformidad con los principios y objetivos que garantizan el superior interés del menor, la protección contra toda forma de discriminación y el derecho del menor de ser oído».

Directrices del Comité para los menores extranjeros de 11 de junio enero de 2001, se señala a las autoridades locales y a los Servicios Sociales Municipales como los órganos más apropiados para desempeñar esta tarea.

Respecto a la ejecución de la resolución de repatriación el Reglamento del Comité para los menores extranjeros, en su art. 7, establece que deberá producirse «en condiciones que aseguren en todo momento el respeto de los derechos que garantizan al menor las convenciones internacionales, las leyes y las resoluciones de la autoridad judicial, y que aseguren el respeto de la integridad física y de las condiciones psicológicas del menor, hasta que sea entregado de nuevo a su familia o a las autoridades responsables».

Los criterios sobre los que se fundamenta la decisión sobre si responde al interés del menor quedarse en Italia o ser repatriado constituyen una de las problemáticas más complejas y delicadas de toda la cuestión de los menores extranjeros no acompañados.

Al igual que en el caso español, en la individualización de los criterios generales a adoptar para que se produzca una decisión acorde con el interés del menor, no pueden dejar de tenerse en cuenta toda una serie de factores propios y característicos de la condición del menor no acompañado. Nos referimos, por ejemplo, a la recogida de información por parte de los padres que ayuden a determinar en que condiciones se encuentran: si existen, si están en disposición de mantener al

menor, cuál es su voluntad, etc. La elección, por ello, deberá siempre fundarse en una valoración caso por caso, que tenga en cuenta la situación específica de cada menor.

De la afirmación de la prioridad del interés superior del menor⁶⁶⁹ se deriva que toda consideración respecto al control de la inmigración irregular deberá ser secundaria respecto de la valoración del interés del menor.

En desarrollo de este principio, el propio Texto refundido 286/98 prohíbe in general la expulsión del menor, resolución que se fundamenta en la violación de las normas de entrada y de residencia de los extranjeros y por tanto en el «interés» del Estado, y procede en su lugar a la repatriación asistida, procedimiento que se fundamenta en el interés del menor. La expulsión, de hecho, es una resolución en base a la cual el extranjero es simplemente devuelto a su país de origen, sin preocuparse de la situación en que se encontrará a su regreso, salvo que exista riesgo de que sufra persecución⁶⁷⁰.

⁶⁶⁹ Questo principio è inserito nell'rt. 28, comma 3 del Testo unico 25 luglio 1998, n. 286.

⁶⁷⁰ Naturalmente, el riesgo de sufrir persecuciones constituye un límite a la expulsión y la devolución, pero también y con mayor motivo para la «repatriación asistida». Dicho límite lo destaca la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 27 de junio de 1997, en su art. 5.4: «en ningún caso se puede proceder a la repatriación de un menor a un tercer país si la repatriación es contraria a la Convención sobre el estatus de refugiado, a la Convención europea para la salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, a la Convención contra la tortura y otras penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a la Convención sobre Derechos del Niño, salvando las eventuales reservas formuladas por los Estados miembros en el acto de ratificación o en los protocolos relativos al mismo».

La repatriación asistida, por el contrario, se fundamenta en la valoración del interés superior del menor, y conlleva el respecto del derecho del menor a la protección, y por tanto que le menor sea acogido por adultos responsables que se ocupen de él.

Tal y como se ha visto en las páginas precedentes, tanto el derecho internacional, a través de la Convención de Derechos del Niño, como la legislación italiana vigente tienden a privilegiar el interés del menor, y su derecho a ser protegido, a vivir con su familia de origen y, cuando ésta no resul

La CDN establece también el derecho del menor a mantener su propia identidad nacional (art. 7) e impone que se tengan en cuenta su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico al dictar resoluciones de protección en los casos en que el menor se encuentre privado de un ambiente familiar adecuado (art. 20.3). Tales referencias, sin embargo, no implican que el menor tenga que estar en su país de origen, sino que el Estado en que se encuentra el menor se esfuerce para que el menor pueda mantener su propia identidad nacional, religiosa, cultural y lingüística.

Anche se la valutazione va fatta sempre caso per caso, si può affermare che, in base alla Convenzione di New York e alla legge 184/83, si possa considerare tendenzialmente più rispondente all'interesse del minore vivere in un ambiente familiare sostitutivo in un paese diverso dal proprio paese d'origine che non vivere in un istituto di assistenza nel proprio paese di origine.

Aunque la valoración se realiza siempre caso por caso, se puede afirmar que, en base a la Convención de los Derechos del Niño y a la Ley 184/83, se puede considerar tendencialmente más adecuado al interés del menor el vivir en un ambiente familiar sustitutivo en un país distinto del propio que no vivir en un centro asistencial en su país de origen.

En la valoración posterior de las situaciones del menor en Italia ciertamente no puede minusvalorarse la disponibilidad de avocaciones y familias para acoger al menor, así como las oportunidades formativas y laborales que se le pueden ofrecer al menor.

También la edad constituye obviamente un factor muy importante, que es relevante respecto a muchos de los factores anteriormente indicados, y en particular respecto a:

- la exigencia del menor de vivir en su propia familia de origen: es evidente que para un adolescente dicha exigencia es mucho menor que para un niño;

- la conducta perjudicial para el menor por parte de los padres en la decisión de emigrar: en el caso padres que envían a un niño sólo a un país extranjero a trabajar es más probable que pueda hablarse de conducta perjudicial que en el caso de un adolescente;

- la voluntad del menor: cuanto más maduro sea el menor, más importante será tener en cuenta su voluntad.

Todas estas cuestiones tienen un fuerte peso en el ámbito del procedimiento de adoptabilidad que puede desarrollar un

Tribunal de menores en relación con un menor «no acompañado». Lo demuestra una Sentencia del Tribunal de menores de Venecia que, en el caso de una joven albanés, afirma que el menor extranjero presente en Italia, que haya abandonado su país de origen, con el presumible consentimiento de su familia de sangre, por motivos políticos, de emigración o de trabajo, no puede ser considerado como temporalmente privado de un ambiente familiar adecuado ni en estado de abandono cuando mantenga relaciones a distancia con los propios familiares, que continúan prestándole asistencia moral, mientras que la asistencia material queda impedida, de hecho, por la distancia⁶⁷¹. Esta interpretación es criticable, porque si la asistencia material se ve impedida, concurren las circunstancias legales para declarar al menor en situación de abandono, como ya manifestamos respecto de la situación análoga de desamparo en el ordenamiento español.

⁶⁷¹ Tribunal de menores de Venecia, Sentencia de 19 de mayo de 1992.

CONCLUSIONES

En estas líneas, consideramos necesario hacer un breve resumen de las cuestiones más destacadas que hemos puesto de relieve en la presente tesis, a pesar de ser conscientes de la imposibilidad de concentrar en un espacio tan limitado todos los planteamientos que se han expuesto a lo largo del trabajo. Hemos realizado un especial énfasis en la importancia de la intervención de los poderes públicos en las situaciones de desprotección de los menores, que ha sido frecuentemente dejada a un lado para poner el acento sobre las instituciones protectoras del menor reguladas tradicionalmente en el Derecho civil. Esa intervención debe dirigirse, en primer lugar, al apoyo a las familias en su entorno social, y si es necesario, porque existe una situación de riesgo, una intervención directa en la familia, para evitar situaciones que puedan causar perjuicios a los menores, impedir que se produzca una privación de la asistencia moral y material que los menores tienen derecho a recibir. Para ello, el análisis de los principios que deben regir estas actuaciones de los poderes públicos resulta imprescindible, y también una delimitación lo más exacta posible del concepto de desamparo y de los casos en que puede producirse.

La situación de desamparo es la más grave que puede sufrir un menor, puesto que la intervención pública exige en este

caso que el menor sea separado de su familia de origen. La gravedad de esta medida nos ha llevado a estudiar de forma comparada la situación de desamparo en los ordenamientos español e italiano, así como el procedimiento para declararla y los mecanismos de control previstos en el ordenamiento cuando se produce.

Por último, hemos intentado aportar soluciones respecto de la situación de los menores inmigrantes no acompañados en España y en Italia, un supuesto concreto en el que, aunque resulta evidente la situación de desprotección del menor, no siempre se consideran en situación de desamparo, y existe una fuerte tensión en la determinación del tratamiento a otorgarles, sobre su permanencia o su retorno al país de origen, puesto que entran en conflicto la legislación que les otorga protección como menores y la legislación que los controla como inmigrantes.

Respecto al objeto de estudio, hemos optado en este estudio por referirnos a la protección de «los menores», es decir, los menores de edad, identificándolos con los menores de dieciocho años. Resulta el término más preciso y el que debe ser usado en los textos jurídicos, puesto que términos como niño, infancia, o adolescencia, en muchos casos pueden llevar a confusión sobre su ámbito de aplicación.

La protección de los menores ha dejado de ser una tarea exclusiva de las familias, o en su defecto, de instituciones religiosas. En el marco del Estado Social, la Administración pública ha pasado a tener una intervención cada vez más amplia en

actuaciones y servicios de carácter social, entre los que se encuentran los de apoyo a la familia y al menor. La protección del menor es un ámbito más extenso que el de la acción social, puesto que implica medidas de ámbito penal, laboral, procesal, sanitario o educativo, aunque nos hemos centrado fundamentalmente en la acción social como ámbito en el que la Administración pública va a ayudar a cumplir las tareas encomendadas constitucionalmente a la familia en el cuidado de los hijos.

Tanto en el artículo 39 de la Constitución española, como en los artículos 30 y 31 de la Constitución italiana, se instaura un sistema mixto en lo que se refiere a la protección de los menores. Ambos textos constitucionales encomiendan a los poderes públicos asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y apoyarla en el cumplimiento de sus responsabilidades respecto a los menores. En primer lugar, la familia cumple una fundamental labor social con la crianza y educación de los hijos, por lo que el Estado ayuda a esta labor con medidas que permitan la misma existencia de la familia. La familia debe cubrir todas las necesidades físicas, afectivas e intelectuales del menor, para que éste pueda desarrollarse adecuadamente conforme a sus posibilidades y su edad, de manera que la segunda tarea de la Administración pública es apoyar a la familia, para proporcionarle, en las situaciones en que no se dan las condiciones para que cumpla sus funciones, la asistencia económica o terapéutica

necesaria, evitando así que por motivos económicos o por otras causas, se produzca una situación de riesgo o desprotección para los menores que forman parte de ella.

Los poderes públicos, cuando no ayudan a la familia correctamente, no consiguen los fines que se proponía con las medidas de apoyo, o la familia impide su actuación, permaneciendo la privación de asistencia del menor, deben asegurar que el menor se encuentre integrado dentro de una familia, abriéndose la posibilidad de que éste pueda ser apartado de su familia biológica y situado en otra distinta, temporal o definitivamente. Por tanto los poderes públicos deben asegurar que la familia cumpla sus funciones y otorgar la protección necesaria al menor cuando no las cumple.

En sus actuaciones de protección de los menores, los poderes públicos se encuentran sujetos a unos principios que constituyen los puntos de referencia de toda la disciplina, y que han sido introducidos (en mayor o menor medida) en los ordenamientos español e italiano, provenientes de los Convenios internacionales en materia de protección de menores, entre los que destaca especialmente la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. De este modo, en España, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, así como las leyes de protección del menor de las Comunidades autónomas, los ha recogido de forma expresa, mientras que en Italia, la Legge 4 maggio 1983, num. 184, tras su modificación por Legge 28 marzo 2001, num. 149, se refiere

fundamentalmente al derecho del menor a una familia, y de este derecho, así como de los Convenios internacionales en esta materia, se extraen el resto de principios.

Concretando estos principios, podemos referirnos, en primer lugar, al derecho de todos los menores, independientemente de sus circunstancias personales y sociales, a recibir la necesaria protección por parte de los poderes públicos en condiciones de igualdad y sin que puedan sufrir discriminación. Esto tiene una aplicación muy importante en el ámbito de los menores inmigrantes, puestos que, a pesar de su situación administrativa irregular en el territorio del Estado, tienen también derecho a recibir protección por los poderes públicos. Este principio se conecta con otro que es el centro de todo el sistema de protección de menores, el principio del «interés superior del menor» que obliga tanto a las instituciones públicas, como privadas, a los tribunales o a las autoridades administrativas, en todas las medidas que adopten en relación con los menores, a considerar este interés por encima de cualquier otro que pueda concurrir, incluso por encima del interés de sus propios familiares. Dicho principio El problema, o en ocasiones la ventaja, del «interés superior del menor», es su falta de concreción. Como principio general, tiene una naturaleza genérica y abierta, se trata de un concepto jurídico indeterminado, que sirve para dar unidad al sistema de protección de menores y completa los vacíos y deficiencias de las normas. Para poder concretar qué es mejor

para un menor, el Derecho debe acercarse a disciplinas científicas como la psicología evolutiva, la psicopedagogía, debe incorporar las técnicas de «lo social», apartándose del normativismo positivista. Entendemos que para regular correctamente el ámbito social y familiar, el legislador debe aproximarse e incluir las técnicas de las ciencias sociales, sustituyendo el Derecho tradicional por otro más flexible, que se adapte mejor al espacio familiar. Así, para concretar el interés del menor en el momento de la toma de decisiones que le afecten, debe adoptarse la solución que tenga en cuenta sus derechos fundamentales, las necesidades derivadas de su desarrollo físico y espiritual, su autonomía, y sus características y circunstancias personales.

Otro principio fundamental, es la obligación de escuchar al menor en todo procedimiento administrativo o judicial, antes de adoptar cualquier decisión que le afecte, para poder tener en cuenta su opinión (conforme a su edad y madurez) al determinar que actuación es la más adecuada para proteger sus intereses, según el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño. En la aplicación de este principio, que está presente a lo largo de la Legge 184/1983, las leyes de las Comunidades Autónomas pueden ser una importante aportación para el ordenamiento italiano, pues concretan la forma en que debe realizarse dicha audiencia, respetando los criterios de discreción, intimidad, seguridad y ausencia de presión.

Las actuaciones dirigidas a la protección del menor deben tener en cuenta que el ambiente más adecuado para su desarrollo

y educación es la familia, por lo que un principio fundamental será que el menor permanezca con su familia, salvo que sea perjudicial para él, en cuyo caso, se intentará siempre la reintegración del menor en su familia de origen, o, si esto no es posible, su integración en una familia distinta. En este sentido, la apuesta del ordenamiento italiano es más intensa y debe guiar al ordenamiento español, puesto que ha previsto que el «ricovero in istituto» sea superado antes del 31 de diciembre de 2006, e impide en la actualidad que los menores de seis años sean objeto de esta medida, sustituyéndose en todo caso por el acogimiento en familia o en una comunidad de tipo familiar. No obstante, en el caso de adolescentes y especialmente de los menores inmigrantes no acompañados, esto puede resultar una utopía.

Las actuaciones de protección del menor se guían por el principio de subsidiariedad progresiva, es decir, el alcance o intensidad de la intervención de los poderes públicos vendrá condicionado por el grado de desatención o desprotección que sufra el menor en el seno de su familia, y resulta en este sentido importantísimo que esté presente en todo momento el principio de proporcionalidad. Por este motivo, dependiendo de la gravedad de la falta de asistencia del menor, la Ley Orgánica de Protección jurídica del menor, distingue entre dos situaciones distintas: la de «riesgo», que no exige el alejamiento del menor de su núcleo familiar, y la de «desamparo», en la que el menor es separado de su familia. Ambas situaciones son declaradas a través de una

decisión de la Administración autonómica competente, y, al menos en el caso de la situación de riesgo, creemos que sería interesante otorgar esta competencia en Italia a los Servicios locales, puesto que ya disponen el acogimiento familiar del menor cuando se encuentra privado de un ambiente familiar idóneo, y de este modo surgiría una obligatoriedad, a partir de la declaración de riesgo, de establecer un plan de actuación individualizado para el menor y su familia, como prevén las normas de las Comunidades autónomas, así como la posibilidad de control tanto por los tribunales como por el Ministerio Fiscal de la actuación administrativa en el ámbito familiar.

En España, a partir de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código civil en materia de adopción y 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, se ha producido una «administrativización» en materia de protección de menores. La Administración pública ha pasado a desarrollar competencias desde un primer momento en la protección del menor, desplazando la actuación de los Tribunales, que sólo actúan con funciones de control de las decisiones administrativas o en el momento final de la adopción de un menor. Corresponde a la Administración pública apreciar y declarar la situación de «desamparo», la situación más grave de desprotección en la que puede encontrarse un menor, que conlleva que la propia Administración asuma su tutela *ex lege*, colocando al menor fuera de su familia de origen, y la suspensión

de la patria potestad de los padres. La definición del desamparo establecida en el Código Civil español, como situación «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» (art. 172.1 del Código Civil, según su redacción por la LO 1/1996), lo sitúa como un concepto abstracto que exige el análisis detallado de cada uno de sus elementos.

El carácter de situación «de hecho», del desamparo significa otorgarle un carácter objetivo, se trata de una situación de necesidad del menor que es independiente del comportamiento culpable o no de sus padres. Esto distingue la declaración de desamparo de las medidas de limitación de la patria potestad, que corresponden a una óptica propia del Derecho civil que entiende dichas medidas desde el concepto de culpabilidad, mientras que la declaración de la de desamparo de un menor es un acto administrativo (o judicial en el caso italiano), que encuentra su motivación en el derecho del menor a recibir protección por parte de los poderes públicos cuando esta no es posible en el ámbito de su familia.

La situación de desamparo del menor puede ser causada, dependiendo de si la falta de cumplimiento de los deberes de protección de los padres, tutores o guardadores del menor es de carácter involuntario, esto es, inimputable a los que ostentan la

guarda sobre el menor, que sería el caso *imposible ejercicio*, o si existe una cierta voluntariedad en la infracción, en que estaríamos ante el *incumplimiento o inadecuado ejercicio* de los deberes legales para con el menor. En el primer caso, el imposible ejercicio, podemos distinguir la imposibilidad económica de atender al menor, de la incapacidad de mantener al menor, es decir, los casos en que los encargados del menor no pueden cumplir su función por causa de una incapacidad de tipo personal (una enfermedad, p.e.), causas de fuerza mayor, que, si son de carácter temporal, excluyen, en el ordenamiento italiano, la situación de abandono del menor. En cualquier caso, tanto en España como en Italia, la falta de recursos económicos de la familia no puede, en teoría, ser causa de desamparo o abandono, puesto que las Administraciones públicas están obligadas a evitar esas situaciones con actuaciones de ayuda y sostenimiento de la familia. Carecería de sentido declarar a un menor en situación de desamparo por carencias en su cuidado motivadas por las necesidades económicas de sus padres, y como medida de protección establecer un acogimiento y remunerar al acogedor. No obstante, sería necesario también generalizar en el ordenamiento español el principio de prioridad presupuestaria de las actuaciones en materia de protección de menores, recogido en algunas leyes autonómicas, como la Ley 14/2002, de atención y protección a la infancia de Castilla y León, evitando que las diferencias de recursos entre las distintas Comunidades autónomas produzcan desigualdades entre los menores. En Italia, esto sería

particularmente necesario, pues la asistencia social en este ámbito, según el art. 1.2 de la legge 184/1983, se realiza «nei limiti delle risorse finanziarie disponibili», impidiendo cualquier posibilidad de exigencia de los recursos necesarios por parte de las familias. El desamparo y el abandono deben tener, según la jurisprudencia y la doctrina, el carácter de *ultima ratio*, e interpretarse por tanto las circunstancias que dan lugar a ellos de forma restrictiva, teniendo en cuenta primordialmente las necesidades del menor, pero sin olvidar los derechos e intereses de la familia, e incluyendo entre los elementos de juicio, al interpretar los supuestos de desamparo o abandono, no sólo criterios económicos o cobertura de necesidades materiales, sino también aspectos culturales, siempre que se respeten, como ha establecido la jurisprudencia, los mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común.

El incumplimiento o inadecuado ejercicio de las tareas encomendadas por la Constitución y las leyes a los padres, constituye una segunda causa de la situación de desamparo, que en este caso, tiene un carácter voluntario, implicando un comportamiento doloso o culposo por su parte, como ocurre en los casos de maltrato físico, negligencia en la cobertura de las necesidades básicas del menor, abusos sexuales, maltrato emocional, maltrato prenatal, o explotación laboral. Estos son los casos más claros en que se va a producir el desamparo o abandono del menor.

Por último, para que se produzca la situación de desamparo, debe producirse una «privación de la necesaria asistencia material o moral» del menor. En principio, como hemos visto, en el marco del Estado social, la falta de cobertura de las necesidades materiales del menor no debería producirse, salvo que la familia rechace la ayuda ofrecida por las Administraciones públicas o cuando la dependencia de la familia de los servicios sociales se convierte en crónica, y no existe un esfuerzo de los padres por superarla.

Una cuestión importante, es si debe existir un nexo causal entre la actuación de los padres y la privación de asistencia material o moral del menor, o si basta que se cumpla este último requisito para que exista una situación de desamparo. La solución no es sencilla, cuando exista falta de asistencia material o moral, ésta siempre vendrá causada por un incumplimiento, voluntario o no, por parte de los padres, pero pueden existir situaciones en que pese al incumplimiento de los padres, no se producirá el desamparo porque otras personas proporcionan los cuidados necesarios al menor. En España, esta situación aparece mencionada en el ordenamiento como «guarda de hecho», pero su regulación es totalmente insuficiente, no existiendo mecanismos claros de control en estas situaciones. No parece lógico que unos padres que incumplen sus deberes respecto del menor, puedan elegir la persona que va a cuidarlos, cuando en los casos de acogimiento o adopción se controla tan intensamente la idoneidad de los acogedores o adoptantes. Además, en estas

situaciones, en que faltan los padres pero siguen teniendo la patria potestad, se produce una situación de inseguridad jurídica que puede causar perjuicios al menor.

En estos casos, será necesario una intervención de los poderes públicos para permitir una situación más estable del menor y controlar la idoneidad de las personas que lo tienen a su cuidado. Puede recurrirse al art. 239.2 del Código Civil, que prevé la constitución de la tutela a favor del menor desamparado cuando existen personas que puedan ejercerla en beneficio de éste, pero en el ordenamiento español no hay personas que estén obligadas a prestar asistencia completa (no sólo alimentos) a los menores, además de sus padres o tutores, por lo que en este sentido la solución ofrecida por el ordenamiento italiano nos parece más correcta. El concepto de «abandono» recogido en el art. 8 de la Legge 184/1983, «Sono dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni del distretto nel quale si trovano, i minori di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio», establece un nexo claro entre la falta de asistencia material o moral del menor y el comportamiento de los parientes que deben prestársela, que la doctrina ha interpretado como los parientes hasta el cuarto grado. Cuando los padres dejen al menor al cuidado de terceros distintos a estos por un período superior a

seis meses, tanto los acogedores del menor como los padres deben ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal del Tribunal de menores, produciéndose un control más claro en estas situaciones, y una mejor aplicación del principio del interés superior del menor.

En el sistema español, han sido las Comunidades Autónomas las que han asumido la mayoría de las funciones que anteriormente correspondían a los Tribunales de menores, a través de las competencias en materia de «asistencia social» y «protección y tutela de menores», incluidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía como competencias de carácter exclusivo. Cada comunidad autónoma ha establecido sus propias normas y su propio sistema de protección del menor, y han tratado de dar un contenido más preciso al concepto de desamparo, enumerando las causas concretas que lo provocan. En nuestra opinión, aunque en ocasiones esto pueda resultar positivo al aportar criterios interpretativos a los órganos administrativos que deben decidir si la situación del menor es de desamparo, no lo es cuando puede establecer diferencias en el concepto de desamparo en las distintas Comunidades. Por este motivo, pese a las críticas, era necesario que el legislador estatal asegurase una definición común para todas las Comunidades Autónomas del concepto de desamparo, y opinamos que tiene sentido que lo haya definido en el art. 172.1 del Código civil (puesto que la legislación civil es competencia exclusiva del Estado), y no en la Ley Orgánica de Protección jurídica del menor.

La homogeneidad existente en el ordenamiento italiano, se rompe en ocasiones en el caso español, y por ello resultan criticables ciertas diferencias entre las normas autonómicas, que pueden provocar desigualdades en el tratamiento de los menores, como ocurre con la regulación de las medidas a adoptar respecto de los menores en situación de conflicto social, o la posibilidad de declaración provisional del desamparo en casos de carácter grave y urgente, que sólo recogen algunas de ellas. Pese a ello, no se puede poner en duda que las diferentes normas autonómicas han ido aportando nuevas soluciones, garantizando la posición del menor en todos los ámbitos de actuación, contribuyendo sin duda a crear sistemas de protección de menores cada vez más coordinados y completos.

Precisamente, el motivo para otorgar a la administración autonómica las competencias en materia de protección de menores y para la apreciación y declaración de las situaciones de desamparo del menor, es la mayor agilidad y capacidad de actuación puntual y urgente de los órganos administrativos frente a los judiciales. Sin embargo, también supone dotar a la Administración de un amplio poder discrecional en la apreciación de las circunstancias que dan lugar al desamparo. En esta apreciación, resulta necesaria la ponderación entre dos valores dignos de tutela, de un lado, la necesidad de protección del menor y la celeridad que requiere la actuación administrativa en estos casos, y de otra parte, el derecho de los padres a tener a sus hijos

en su compañía. Pese a la necesidad de una actuación rápida de la Administración, creemos que debe exigirse en todo momento que se siga el procedimiento administrativo establecido para la declaración de desamparo y las comprobaciones legales mínimas que conlleva, llegando al menos a tener una apariencia de certeza la existencia de la situación o conducta causante del mismo, y que los motivos alegados por la Administración para separar al menor de su familia constituyan al menos una «base razonable» para declarar el desamparo.

Especialmente difícil es la ponderación de intereses en los casos más graves, de maltrato físico o abuso sexual, puesto que se prevé en varias leyes autonómicas la actuación preventiva de la Administración, declarando el desamparo como medida provisionalísima incluso antes de iniciarse el preceptivo procedimiento. Si se declara el desamparo preventivo del menor, sin realizar unas mínimas indagaciones de su situación y posteriormente se comprueba que no existían razones suficientes para separar al menor de su familia, los padres podrán exigir responsabilidad patrimonial a la Administración pública por su actuación.

Comparando la situación de «abbandono», definida en la legge 184/1983, con la de desamparo, podemos ver que, lógicamente, ambas figuras son similares en cuanto a sus causas, pero cuentan con importantes diferencias. Así, en la ley italiana no se considera que exista situación de abandono cuando ante la falta de asistencia por parte de los padres, los parientes hasta el

cuarto grado se ocupan del menor, o cuando concurra fuerza mayor de carácter temporal. Los casos de fuerza mayor, de imposibilidad temporal de los padres de prestar asistencia al menor (por ingreso en prisión, enfermedad, etc), se resuelven en el ordenamiento español a través de la «guarda administrativa», mediante la cual, la Administración asume temporalmente el cuidado del menor a petición de los padres, pero no su tutela, de forma que estos no ven suspendida su patria potestad. La posibilidad de que los padres soliciten el acogimiento no aparece expresamente en el ordenamiento italiano, pero creemos que resulta posible, y que los padres deberían dirigirse para ello a los servicios sociales locales.

En el sistema italiano, la constatación y apreciación de la situación de abandono corresponde a los Tribunali per i minorenni, y sus consecuencias son diversas a las del desamparo, ya que supone la declaración de «adottabilità» del menor, y conlleva una nota de irreversibilidad de la situación que no se produce en el caso del desamparo. En el caso español, cuando se declara el desamparo, la Administración asume la tutela del menor, pero esto no significa que la situación sea irreversible y que se produzca la adopción del menor, puede declararse el desamparo igualmente cuando la privación de asistencia material o moral del menor sea temporal. En tal caso, la guarda del menor se ejerce disponiendo la Administración un acogimiento familiar o residencial, y si las circunstancias que dieron lugar al desamparo desaparecen, se

reintegrará al menor en su familia. Si la situación en la familia de origen no cambia, el acogimiento familiar podrá convertirse en preadoptivo y dar lugar a la adopción.

En la ley italiana, cuando el menor se encuentra «temporaneamente privo de un ambiente familiare idoneo», es decir, la situación es coyuntural, reversible, los servicios sociales locales disponen su acogimiento, que tiene una duración máxima de veinticuatro meses. En este caso, el menor no se encuentra en situación de abandono, por lo que los padres continúan teniendo la patria potestad sobre él, y tendrán que mantener el contacto y las relaciones con el menor, así como contribuir económicamente a la cobertura de sus necesidades en la medida de sus posibilidades, para que la situación del menor no termine convirtiéndose en situación de abandono.

En los casos en que los padres hayan sido privados de la patria potestad y exista un acogimiento en comunidad de tipo familiar o en una institución, los representantes legales de estas instituciones ejercen, en principio, los poderes tutelares sobre el menor, como ocurre en el ordenamiento español, pero posteriormente, deben promover el nombramiento judicial de un tutor ajeno a ellos. Creemos que este nombramiento de tutor debería realizarse también respecto de los menores desamparados en situación de acogimiento residencial en España, puesto que de este modo se protegería mejor su superior interés, al contar con una persona que pueda defender desde una posición

neutral los intereses cuando estos entre en conflicto con los de la Administración.

Podemos concluir, que el mayor peso de la Administración pública en el sistema español de protección de menores, provoca también una intromisión más acusada en el ámbito familiar de la Administración que en el caso italiano, que resulta más favorable al mantenimiento de los poderes de tutela sobre le menor salvo que la situación sea irreversible.

La declaración de desamparo en el ordenamiento español es un acto administrativo, que conlleva un procedimiento, y el necesario control de la actuación de la Administración. Sin embargo, la Ley Orgánica 1/1996 ha atribuido a los tribunales del orden jurisdiccional civil la competencia para determinar la corrección de la actuación de la Administración cuando los padres, tutores o guardadores de un menor se oponen a la declaración de desamparo o a otras decisiones de la Administración para la protección de los menores. Además, no es necesario que para poder acudir a los tribunales, tengan que realizar una reclamación administrativa previa. La competencia de la jurisdicción civil en las cuestiones de fondo, entendemos que no excluye la posibilidad de que los tribunales del orden contencioso-administrativo puedan ser competentes para conocer de los vicios formales de las resoluciones administrativas en esta materia, en cuestiones como la falta de motivación, la competencia del órgano o la notificación defectuosa.

La ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil 1/2000, ha regulado un proceso especial, más rápido y ágil, para oponerse a todas las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, y al contrario que en el ordenamiento italiano, no ha establecido un plazo para la impugnación, quizás por el carácter temporal que puede tener el desamparo en el ordenamiento español y la posibilidad de que cesen las causas que han dado lugar a él. Sin embargo, como se ha visto a lo largo del trabajo, esto conlleva el peligro de que, en los casos en que medidas originariamente de carácter provisional, como el acogimiento, se prolongan en el tiempo, a pesar de ser posible la restitución del menor a su familia de origen, ésta ya no sea conveniente para el interés del menor, porque se encuentra ya totalmente integrado en su nueva familia.

Hemos hecho una especial referencia en nuestro estudio, a un colectivo de menores en una situación particular de desprotección: los menores extranjeros no acompañados, menores inmigrantes que se encuentran en territorio español o italiano en situación irregular y sin compañía de un adulto responsable de ellos.

Son muy variadas las cuestiones que se han planteado respecto al tratamiento jurídico de estos menores, y no podemos referirnos aquí a todas ellas, pero podemos apuntar aquí algunas de las conclusiones a las que hemos llegado en los temas más relevantes. La problemática básica de estos menores es que se ven afectados por dos tipos de normas diferentes, que responden

a fundamentos muy distintos: por un lado, la legislación que les otorga protección por su condición de menores, y por otra, las restricciones que la legislación de extranjería les impone por su condición de inmigrantes en situación irregular.

Por su condición de menores, no pueden ser objeto de medidas sancionadoras, no pueden ser expulsados a pesar de haber entrado ilegalmente en el país. Por esto, tiene gran importancia la comprobación de la edad real del supuesto menor cuando no está documentado, a través de las pruebas radiológicas oportunas. La única medida de alejamiento que puede aplicarse a estos menores es la denominada repatriación asistida, es decir, el retorno del menor con el objetivo de la reagrupación con su familia.

La legislación de extranjería española, se refiere expresamente a los menores extranjeros no acompañados y al procedimiento a seguir cuando son localizados. Podemos afirmar que estos menores se encuentran en una situación que cumple los requisitos del desamparo, pero surgen una serie de importantes problemas. En primer lugar, una vez que se determina su edad, pasan a disposición de los Servicios de protección de menores de las Comunidades Autónomas, que normalmente los coloca en un centro de acogida, pero sin tener en este momento ningún soporte jurídico para las actuaciones que realicen respecto del menor. Por ello creemos que resulta necesario que desde el momento en que se compruebe que el menor no se encuentra acompañado por un

adulto, se proceda a declarar el desamparo, para que la Administración asuma su tutela.

Sin embargo, no ocurre así, en primer lugar, se realizan las averiguaciones sobre la situación personal y socio-familiar del menor, y se toma una decisión respecto a la permanencia del menor en España o su repatriación al país de origen. La repatriación sólo puede producirse si se dan las condiciones para su reagrupación familiar o para su adecuada protección por los Servicios de protección de menores de su país de origen. Estos Servicios, por lo general, no tienen los medios para prestar la asistencia necesaria al menor, y en cuando a la familia de origen, en los casos en que puede ser localizada, se opone a la repatriación, ya que en muchas ocasiones el proyecto migratorio es un proyecto apoyado o auspiciado por la propia familia.

El menor, por lo general, también es contrario a la repatriación, pero al tratarse de una medida adoptada en su interés, no existen medios para impugnarla. En este sentido, nuestra conclusión es que resulta necesario aportar criterios para decidir en qué casos cabe la repatriación, y creemos que ésta no podrá producirse cuando de la investigación de las circunstancias del menor se deduzca que se encontraba en situación de desamparo en su familia de origen. Por otra parte, también creemos que si el menor se opone a la repatriación, debe tener un procedimiento y una persona que defienda sus intereses frente a los de la Administración.

Sólo cuando resulta imposible la repatriación del menor, se procede a declarar el desamparo, y a otorgarle una permiso de residencia «por circunstancias excepcionales», que le permite trabajar si los Servicios de protección lo estiman conveniente para su integración. La actuación administrativa protectora no tendría sentido si el menor, cuando alcanza la mayoría de edad, se convierte en un inmigrante ilegal y es expulsado, por ello debemos valorar positivamente la vinculación que realiza la legislación española entre la participación del menor en el programa de integración establecido por los Servicios de protección, y la facilitación del acceso a una situación legal cuando este cumple la mayoría de edad. Será necesario además, establecer mecanismos de seguimiento y ayuda a la integración del menor una vez adquirida la mayoría de edad para que el sistema de protección sea realmente efectivo.

Los mismos problemas se producen en Italia, pero en su ordenamiento no se identifican en todos los casos el menor en situación de abandono, y el menor no acompañado, produciéndose un solapamiento de funciones entre la autoridad administrativa que tiene atribuidas las competencias para decidir sobre la repatriación o permanencia del menor no acompañado –el Comitato per i minori stranieri–, y el Tribunale per i minorenni competente para adoptar medidas respecto a los menores extranjeros en situación de abandono.

Por otra parte, pese a que la documentación del menor extranjero no acompañado, otorgándole un permiso «por menor edad» (tras comprobarse la imposibilidad de su repatriación) es más rápida en el ordenamiento italiano que en el español, las posibilidades de que al cumplir la mayoría de edad se convierta en un permiso de residencia por motivos de estudio o de trabajo, son en nuestra opinión, demasiado restrictivas. Así, se exige que en el momento de cumplir la mayoría de edad, el menor se encuentre desde hace tres años en territorio italiano, y que haya seguido durante al menos dos años un proyecto de integración social y civil gestionado por una entidad pública o privada de ámbito nacional, además de disponer de alojamiento y estar realizando estudios, o en su caso, encontrarse trabajando o disponer de un contrato de trabajo. En nuestra opinión, la exigencia de una permanencia de tres años en Italia (desde los 15 años de edad) resulta discriminatoria, y puede provocar la inmigración de menores cada vez más jóvenes, saturando aún más los centros de protección de menores.

La necesidad de que la situación del menor inmigrante no acompañado sea puesta en conocimiento del Juez tutelar, y la posibilidad de que se le nombre un tutor, nos merece una consideración muy positiva, aunque lamentablemente, no pueda trasladarse al ordenamiento español. Estos menores, careciendo de un representante legal en Italia, necesitan de la figura de un tutor, sobre todo para recibir asistencia en el procedimiento que decide sobre su repatriación, y en las actuaciones relativas a la

conversión del permiso de residencia cuando cumplan la edad de dieciocho años.

En definitiva, la actuación de los poderes públicos adquiere cada vez mayor relevancia de cara a evitar que se produzcan situaciones de falta de asistencia de los menores –que tienen derecho a ser protegidos–, en una sociedad compleja, en la que se están produciendo profundos cambios respecto de la concepción tradicional de la familia, y los padres necesitan todo el apoyo posible para poder conciliar la vida laboral con el desarrollo adecuado de las tareas que el ordenamiento les encomienda para el cuidado de los menores

BIBLIOGRAFIA

ADROHER BIOSCA, S., «Menores extranjeros no acompañados: una nueva emigración», en *Jornadas sobre Derecho de los Menores*, LÁZARO GONZÁLEZ, I.E., Y MAYORAL NARROS, I.V. (Coords.), Universidad de Comillas: Madrid, 2003.

ALSTON, P. (ed), *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1994.

ÁLVAREZ PÉREZ, M^a. I., «La legislación autonómica de menores», en LÁZARO GONZÁLEZ, I.E., y MAYORAL NARROS, I., *Jornadas sobre derecho de los menores*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2003.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., *La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1995.

APARICIO BLANCO, P., «Protección del menor inadaptado y en conflicto social», en *Aspectos jurídicos de la protección del menor*, SÁEZ HIDALGO, I (coord.), Junta de Castilla y León, 2001.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J. «En torno a los conceptos de abandonado y expósito como sujetos de la adopción, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, vol. LX, núm. 3, septiembre 1967.

ARENAS GARCÍA, R., «Dimensión internacional de la tutela por ministerio de la Ley (la protección de los menores desamparados en el DIPr. Español)», RJC, núm. 3, 1998.

Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, *La protección jurídica del menor*, de la Asociación de Letrados de Andalucía, Comares, Granada, 1997.

AUTORINO, G., STANZIONE, P., *Le adozioni nella nuova disciplina. Legge 28 marzo 2001, n. 149*, Giuffrè, Milano, 2001.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M^a., *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Madrid, Tecnos, 1997

BARRANCO VELA, R., «La publicación de la legislación protectora de inmigrantes y menores», en Seminario de Expertos: La protección de los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes, IV Foro Andaluz de la Infancia, 2005, 17 y 18 de noviembre de 2005 (en prensa).

– Capítulo VIII: «Coordinación de los poderes públicos en materia de inmigración», en Comentario sistemático a la Ley de extranjería, Comares, Granada, 2001.

BEL ADELL, C. y DÍAZ AGUILERA, J., «La inserción sociolaboral de los menores inmigrantes», *Anales de Historia Contemporánea*, n. 19, 2003.

BENITO ALONSO, F., «Actuaciones de riesgo y desamparo de menores. Tutela por ministerio de la ley y guarda». *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. 16, 1996.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Comentario al art. 174 del Código Civil en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. III, vol. 2º, ALBADALEJO GARCÍA, M. (Dir), Edersa, Madrid, 1982.

– «¿Protección de menores "versus" protección de progenitores? [Comentario al AAP Sevilla, de 3 febrero 2000 (AC 2000, 56)]», *Aranzadi Civil*, Vol. III,

– «Comentarios a los artículos 154-161 CC» en *Comentarios a las Reformas del Derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984.

BERMÚDEZ GONZÁLEZ, M^a.M., *Los MINA: niños de la calle en la España del siglo XXI*, Ediciones Témpera, Madrid, 2004.

BOUCHARD, M., «Minori stranieri e criminalità organizzata», in CAVALLO, M., *Le nuove criminalità*, Milano, FrancoAngeli, 1995.

BREDA, M.G., MICUCCI, D., SANTANERA, F., La riforma dell'assistenza e dei servizi sociali : analisi della Legge 328/2000 e proposte attuative, UTET, Torino, 2001.

BUTTICCI, A., «Minori stranieri non accompagnati. Elementi quantitativi e giuridici di una realtà in evoluzione», in SBRACCIA, A., e SCIVOLETTO, C. (a cura di), *Minori migranti: diritti e devianza. Ricerche socio-giuridiche sui minori non accompagnati*, L'Harmattan Italia, Torino, 2004.

CACHÓN, L. (dir.) *Juventudes y empleos: perspectivas comparadas*, Instituto de la Juventud, Madrid, 2000.

CALAMANDREI, P. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (trad.: SENTIS MELENDO), Editorial bibliográfica argentina, Buenos Aires, 1945.

CAMMELLI, M., *La Pubblica amministrazione*, Il Mulino, 2004.

CAMPANATO, G., ROSSI, V., *Manuale dell'adozione nel diritto civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario*, CEDAM, Padova, 2003.

CAMPANI, G., LAPOV, Z., CARCHEDI, F. (a cura di), *Le esperienze ignorate. Giovani migranti tra accoglienza, indifferenza, ostilità*, Franco Angeli, Milano, 2002.

CAMPUZANO DÍAZ, B., «Los menores marroquíes no acompañados, del derecho a la realidad», Actas del 4º Congreso de la Inmigración extranjera en España, Gerona, 10 al 13 de noviembre de 2004 (actas editadas en soporte electrónico).

CAPDEVILA, M., FERRER, M., *Els menors estrangers indocumentats no acompanyats (MEINA)*, Barcelona : Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2003.

Caritas, Immigrazione. Dossier statistico 2001, Anterem, Roma, 2001.

– Immigrazione. Dossier statistico 2005, Scheda di sintesi, Idos, Roma, 2005.

CARRERAS LLANSANA, J., «Las medidas cautelares del art. 1428 de la LEC», en *Estudios de Derecho Procesal*, CARRERAS LLANSANA, J., FENECH NAVARRO, M., Bosch, Barcelona, 1991.

CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C., «La competencia legislativa de las Comunidades autónomas en

materia de menores», en *La protección jurídica del menor*, de la Asociación de Letrados de Andalucía, Comares, Granada, 1997.

CARRIÓ SAMPEDRO, A., «La actitud de la Fiscalía General del Estado ante la protección jurídica del menor extranjero, consideración crítica de la instrucción 3/2003», *Diario La Ley*, año XXV. Número 6003. Viernes, 23 de abril de 2004.

CASCIANO, G.F., «Diritto alla propria famiglia e affidamento familiare», in *Minori Giustizia*, 1999, I.

CASAL BATALLER, J. «Modos emergentes de transición a la vida adulta en el umbral del siglo XXI» en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº 75, jul-sep. 1996, pp. 295-316.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil, español común y foral*, T. 5, vol. 1, Reus, Madrid, 1994.

CASTÁN VÁZQUEZ, J.M^a, «II Jornadas nacionales sobre la adopción», ADC, tomo XXI, fasc. IV, octubre-diciembre 1968.

– «Artículos 142 a 180», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, ALBADALEJO y DÍAZ ALABART (dirs.), Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, T. III. vol. 2º.

CASTRO LUCINI, F., «Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: II. El adoptado», ADC, Tomo XXI, fasc. II, abril-junio 1968.

CAVALLO, R., Il rispetto dell'identità del minore nella famiglia adottiva e affidataria, in *Minori giustizia*, n. 4, 1996.

CORRAL GARCÍA, E., «El derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia», *Aranzadi Civil*, núm. 11/2003 (artículo consultable en www.westlaw.es).

COSTANZA, M., «Adottare è un diritto di tutti?», In *Dirito della familia e delle persone*, 1994.

DE CASTRO BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, I, Ed. facsimilar de la 1ª de 1949, Madrid, Civitas, 1984.

– *Derecho Civil de España*, I, Ed. facsimilar de la 1ª de 1949, Civitas, Madrid, 1984.

DE PABLO CONTRERAS, P., Comentario al art. 172, en *Comentarios a las reformas del Código Civil, desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la ley 30/1991, de 20 de diciembre*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Madrid, Tecnos, 1993.

DE PALMA DEL TESO, A., *Administraciones Públicas y Protección de la Infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, INAP, Madrid, 2006

– «El derecho de los menores a la asistencia y protección de las Administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 4, febrero 2004.

– «La protección de los menores por las Administraciones Públicas», *Revista Jurídica de Catalunya*, n. 2, 2004.

DE PAÚL OCHOTORRENA, J. y ARRUABARRENA MADARIAGA, M^a.I., *Manual de Protección Infantil*, 2^a edición, Masson, Barcelona, 2001.

DEL MIGLIO, C., POSA, M.F., e BARONCELLI, E. (a cura di), *Infanzia straniera. Aspetti psicologici, pedagogici, sociologici e giuridici di un fenomeno in espansione*, Borla, Roma, 2004.

Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, *Informe 2003*, edita: Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, Leganés (Madrid), 2004.

DÍEZ GARCÍA, H., «Desamparo de menores y acogimiento», *Aranzadi Civil*, Vol. III. Parte Estudio, 1999.

DOGLIOTTI, M., *Adozione di maggiorenni e minori (artt. 291-314)*. L. 4 maggio 1983, n. 184, *Diritto del minore a una famiglia*, Giuffrè, Milano, 2002.

DURÁN RUIZ, F.J., «Art. 26. Prohibición de entrada», en *Comentarios a la Ley de Extranjería*, ESPLUGUÉS MOTA, C. (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

ELÍAS MÉNDEZ, C., *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Tirant Lo Blanch y Universidad de Valencia, Valencia, 2002.

ERAMO, F., *Manuale pratico della nuova adozione. Commento alla legge 28 marzo 2001, n. 149*, CEDAM, Padova, 2002.

ESCUADERO LUCAS, J.L., «La protección del menor por la Entidad pública», *Revista General de Derecho*, año LIII, núm. 637-638, octubre-noviembre 1997

– La tuición del menor abandonado (art. 172 del Código civil), Universidad de Murcia, Murcia, 1995.

FAYA BARRIOS, A.L., «La protección internacional del menor», en *La protección jurídica del menor*, Asociación de Letrados de Andalucía, Comares, 1997.

FELIU REY, M.I., *Breve estudio de las nuevas figuras introducidas por la Ley 21/1987*, de 11 de noviembre, *Actualidad Civil*, vol. III, 1989.

– Comentarios a la Ley de Adopción, Tecnos, Madrid, 1989.

FERNÁNDEZ, T.R., «Arbitrariedad y discrecionalidad», *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, tomo III, Civitas, Madrid, 1991.

FERNÁNDEZ CASADO, M^a.D., «Una aproximación al principio del interés superior del menor», en *La protección jurídica del menor*, de la Asociación de Letrados de Andalucía, Comares, Granada, 1997.

FERNÁNDEZ MASÍA, E., «Las entidades públicas y la protección de menores extranjeros en España», *Actualidad Civil*, núm. 19, 1998 (tomo II).

FERRER VANREL, M.P., «El acogimiento familiar en la Ley 21/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la “potestad” de guarda», *ADC*, tomo XLVI, enero-marzo 1993.

FINOCCHIARO, A. e M., *Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori*, Milano, 1983.

FRANCHI, M., *Protezione dei minori e diritto internazionale privato*, Giuffré, Milano, 1997.

FREIXES SANJUÁN, T. «La Constitución y el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas, en ÁLVAREZ CONDE, E. (coord.), *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998.

GARATTO, G., *Reflexión sobre aspectos sociopolíticos*. En: Actas del Seminario Europeo sobre Menores Extranjeros No Acompañados, Unión de Asociaciones Familiares. Madrid, 30 de noviembre y 1 de diciembre. 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1983.

GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Civitas, Madrid, 2004 (12ª Edición).

GARCÍA GARCÍA, E., «El sistema de protección de la infancia desde la Constitución», en LÁZARO GONZÁLEZ, I.E., y

MAYORAL NARROS, I., *Jornadas sobre derecho de los menores*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2003.

GARCÍA Y GARCÍA, I, «Notas para una construcción jurídica del acogimiento de menores en el Derecho español», *La Ley*, núm. 2128, 1998-4.

GARRIDO, R., y REQUENA, M., *La emancipación de los Jóvenes en España*. Instituto de la Juventud, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.

GIORGIANNI, L., L'adozione dei minori, in *Giurisprudenza di Merito*, 1993, IV.

GIOVANNETTI, M. «Minori stranieri in movimento: percorsi e pratiche tra integrazione e devianza», in *Multiculturalismo e sicurezza in Emilia-Romagna: seconda parte*, vol. 2º, «Quaderni di Cittàsicure», 2000, n. 21, luglio-agosto.

GITRAMA GONZÁLEZ, M., «Notas sobre la protección civil del menor en las crisis conyugales», en *La tutela de los derechos del menor*, AA.VV. GONZÁLEZ PORAS, J.M. (dir.), Córdoba, 1984.

GÓMEZ, Y., *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1990.

GÓMEZ MORÁN, L., *La posición jurídica del menor en el derecho comparado*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947.

GONZÁLEZ LEÓN, C., *El abandono de menores en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1995.

GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P., *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GONZÁLEZ POVEDA, P., *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, Pamplona, 1997.

HALVORSEN, K., Separated Children in Europe Programme. Workshop on Age Assessment and Identification Report, Bucarest, 20-22 de marzo de 2003.

HERNÁNDEZ ARISTU, J. «Jóvenes entre la familia, la formación y el empleo. Estructuras de apoyo a sus transiciones» en *Revista de Estudios de Juventud*, nº 56, marzo 2002, pp. 119-128.

HUESO MAROTO, A., «ATIME y su experiencia en el campo de la intervención social con menores extranjeros no acompañados», en *Menores extranjeros no acompañados*.

Ponencias del Seminario Europeo desarrollado por UNAF (Unión de Asociaciones Familiares), en Madrid, los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2001, UNAF, Madrid, 2001.

JIMÉNEZ ÁLVAREZ, M., «Los niños en la calle en la medina de Tánger y los menores inmigrantes marroquíes indocumentados solos en Andalucía, Rev. Ofrim, núm. 3, 1999.

IGLESIAS REDONDO, J.I., Tutela «ex lege» y acogimiento de menores (en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil), Cedecs, Barcelona, 1996.

Instituto aragonés de Servicios Sociales (I.A.S.S.) y Asociación de Desarrollo Comunitario en Áreas de Aragón (A.D.C.A.R.A.), *Guía para detectar, notificar y derivar situaciones de maltrato infantil en Aragón*, Zaragoza, 2001.

LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española*, Tomo IV, *Codificación Civil (Génesis e Historia del Código)* Vol. II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 1970.

LEAL MALDONADO, J. «Retraso de la emancipación juvenil y dificultad de acceso de los jóvenes a la vivienda» en Centro de Investigaciones Sociológicas, *La sociedad: teoría e investigación*

empírica. Libro homenaje a José Jiménez Blanco, Madrid, CIS, 2002, pp. 249-264.

LENTI, L. (a cura di), Vol. Sesto, Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia, in ZATTI, P. (dir.) Trattato di diritto di famiglia, Giuffrè, Milano, 2002.

LÓPEZ CERVILLA, J.M^a, «Tráfico ilícito de personas. La reforma del artículo 318 bis del Código Penal», Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior, 2004 (1977).

– «Tráfico ilícito de personas. La reforma del artículo 318 bis del Código Penal (y II)», Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior, 2004 (1978).

LÓPEZ PINA, A. «Principios rectores, comentario introductorio al capítulo III del título I», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV, Alzaga Villamil, O. (dir), Cortes Generales. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.

LÓPEZ LÓPEZ, A., «Inmigración ilegal de menores de edad. Tratamiento jurídico» en *Anuario de Justicia de menores*, núm. I, 2001.

LOSANA, C., «Stranieri e italiani nell'adozione», in AA.VV., *Adozione internazionale e famiglia multiethnica*, Giuffré, Milano, 1997.

LINACERO DE LA FUENTE, M^a., *Protección jurídica del menor*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2001, p. 243.

LLEBARÍA SAMPER, S., Tutela automática, guarda y acogimiento de menores (Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre), Bosch, Barcelona, 1990.

MANERA, G., «L'affidamento familiare», in *Giustizia Civile*, 1987.

– «L’Affidamento familiare: disciplina attuale e prospettive di riforma», in *Diritto della famiglia e delle persone*, 1996.

– «Brevi osservazione sulla nozione di abbandono e sulle sue conseguenze: se la mancanza in atti escluda l’abbandono», *Nuovo diritto*, 1986.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «Ámbito de protección de los menores inmigrantes. La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España», *Actualidad Civil*, 2001 (4).

MANRESA Y NAVARRO, J.M^a, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo II, 7^a ed., revisada por D. Francisco Bonet Ramón, Madrid, 1957.

MARTÍN GONZÁLEZ, M., «El grado de indeterminación legal de los conceptos jurídicos», RAP, núm. 54, 1967.

MARTÍN SERRANO, M. y VELARDE HERMIDA, O. *Informe Juventud en España, 2000*, Madrid, Instituto de la Juventud, 2001;

MARTÍNEZ, D., «Los “niños de la calle” en Ceuta», Rev. Página Abierta, núm. 119, 2001.

MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Diccionario de la Administración Española*, Sexta Ed. Tomo XII, Madrid, 1925.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», Anuario de Derecho Civil, 1992, XLV (4).

MAYOR DEL HOYO, M^a.V., *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores*, Cedecs, Barcelona, 2000.

MIAZZI, L., «La condizione giuridica dei bambini stranieri in Italia», in *Minori Giustizia*, n. 3, 1999.

– «La tutela del minore nel nuovo quadro normativo», in Convegno regionale di studi sulla condizione giuridica dei cittadini stranieri, tenuto a Trieste il 14 febbraio 2004.

– «La tutela del minore straniero affidato a parenti entro il quarto grado», *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 4, 1999.

MIRKINE-GUETZEVITH, B., *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Editorial Reus, Madrid, 1934.

MIRANDA ESTRAMPES, M., «El Ministerio Fiscal: consideraciones en torno al modelo constitucional», *Revista del Poder Judicial*, núm. 54, 1999, p. 356.

MORENO MANSO, J.M. «Maltrato infantil: características familiares asociadas a situaciones de desprotección al menor», *Intervención Psicosocial*, núm. 13 (1), 2004.

– «Maltrato infantil: un estudio comparativo sobre las distintas tipologías», *Ciencia Psicológica*, núm. 9, 2004.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., ., *El desamparo de menores*, Aranzadi, Navarra, 2005.

– «Particularidades de la protección de los menores extranjeros en función del país de origen». Seminario de Expertos: La protección de los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes, IV Foro Andaluz de la Infancia, 2005, 17 y 18 de noviembre de 2005 (inédita).

– «La protección jurídica del menor. Situación de riesgo, atención inmediata y desamparo», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 24, 2004, pp. 21-60.

MOROZZO DELLA ROCCA, P., *La riforma dell'adozione internazionale*, UTET, Torino, 1999.

MURILLAS ESCUDERO, J.M., «Aspectos jurídico de protección al menor inmigrante», *Revista Jurídica Española La Ley*, 7, 2002.

OLGIATI, V., «La criminalità dei minori extracomunitari: una indagine sul rapporto tra vulnerabilità sociale e giudicato penale», in *Sociologia del Diritto*, 1991, n. 1.

OLIVER DE JULIÁN, J.M., «El tráfico de migrantes y la trata de personas. Problemas e intentos de solución», en *Anales de Derecho*, Colección Huarte de San Juan, núm. 3, 2002.

PANTOJA GARCÍA, F., *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor y su aplicación práctica*, Ed. Constitución y Leyes S.A, Majadahonda (Madrid), 1997.

PASTORE, M., e CONSOLE, M., «L'immigrazione e i rapporti familiari», in VV.AA., ZATTI, P. (Dir.), Trattato di diritto di famiglia, Vol. Sesto, Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia (a cura di LENTI, L.), Giuffrè, Milano, 2002.

PATRONE, I., «Il diritto diseguale. Ragazzi italiani ed extracomunitari davanti al giudice minorile», in CAVALLO, M., *Le nuove criminalità*, Milano, FrancoAngeli, 1995.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «La desprotección social del menor: una visión general en materia de instituciones de protección de menores», en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley orgánica de protección del menor. Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Universidad de la Coruña, 1999.

PÉREZ RODRÍGUEZ, M., «La devolución de menores extranjeros. Especial referencia al Tratado hispano-marroquí de 30 de mayo de 1997», *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 3, 1998.

POSADA, A., *La Administración política y la Administración social*, La España Moderna, Madrid, 1894

RAMOS SÁNCHEZ, J. «Algunas consideraciones jurídicas sobre al Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre protección de

menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad», *La Ley*, t. II, 1989.

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Espasa, Madrid, vigésima segunda edición 2001 (segunda tirada, corregida, noviembre de 2004).

RICO PÉREZ, F., *La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho Civil*, Montecorvo, Madrid, 1980.

ROCA, E., *Familia y cambio social (de la «casa» a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.

ROCA AGAPITO, L., «Algunas consideraciones sobre la prostitución y la pornografía», *La Ley*, núm. 3, 2002.

RODRÍGUEZ HOYOS, P., «Menores extranjeros no acompañados», en *Aspectos jurídicos de la protección del menor*, SÁEZ HIDALGO, I (coord.), Junta de Castilla y León, 2001.

ROZZI, E. (a cura di), *I minori stranieri non accompagnati e irregolari, tra accoglienza in Italia e rimpatrio*, ASGI (Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione), Torino, 2000.

RUIZ HUIDOBRO Y DE CARLOS, J.M^a., «El menor en el Derecho. Sistema normativo y principios rectores del Derecho de los menores», en LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002.

RUIZ LEGAZPI, A., «Los problemas jurídicos de la repatriación y la expulsión de los menores extranjeros», Actas del 4^o Congreso de la Inmigración extranjera en España, Gerona, 10 al 13 de noviembre de 2004 (actas editadas en soporte electrónico).

RUIZ ORMEÑO, J.M., «La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (complementada con la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha», en *La protección de los menores. Derechos y recursos para su atención*, MARTÍN LÓPEZ, M^a.T. (coord.), Civitas, 2001.

RUIZ-RICO RUIZ, J.M., «La tutela “ex lege”, la guarda y el acogimiento de menores», *Actualidad Civil*, t. I, 1988.

– Acogimiento y delegación de la patria potestad, Comares, Granada, 1989.

SAN ANDRÉS DÍEZ, R., «Participación de los niños y las niñas en la sociedad: un derecho, un deber, un valor a educar», en *La protección de los menores. Derechos y recursos para su atención*, AAVV, MARTÍN LÓPEZ, T. (coord.), Civitas, Madrid, 2001.

SÁNCHEZ BURSÓN, J.M., «La atención de los menores extranjeros no acompañados en Andalucía», en *Menores extranjeros no acompañados*. Ponencias del Seminario Europeo desarrollado por UNAF (Unión de Asociaciones Familiares), en Madrid, los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2001, UNAF, Madrid, 2001.

SÁNCHEZ FERRER, R, Y GARCÍA SORIANO, M.V., *Suiza, sistema político y constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002.

SANCHO REBULLIDA, F., *El nuevo régimen de la familia. IV, acogimiento y adopción*, Civitas, Madrid, 1989.

SBRACCIA, A., e SCIVOLETTO, C. (a cura di), *Minori migranti: diritti e devianza. Ricerche socio-giuridiche sui minori non accompagnati*, L'Harmattan Italia, Torino, 2004.

SEGRE, S., «Immigrazione extra-comunitaria e delinquenza giovanile: un'analisi sociologica», in *Studi Emigrazione*, 1993, n. 11.

SERRA DOMÍNGUEZ, M. «Teoría general de las medidas cautelares», en *Las medidas cautelares en el proceso*, SERRANO DOMÍNGUEZ, M., y RAMOS MÉNDEZ, F., Barcelona, 1974.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., *Abandono y desamparo de menores en el Derecho civil español*, Fundación universitaria española, Madrid, 2004.

SEVA DÍAZ, «El niño desamparado desde el punto de vista psiquiátrico. Mesa redonda sobre la nueva ley de adopción», *Revista Comunicación Siquiátrica*, 1987-1988, 14.

SILVA, C., e CAMPANI, G. (a cura di), *Crescere errando. Minori immigrati non accompagnati*, FrancoAngeli, Milano, 2004.

SIMÓN RUEDA, LÓPEZ TABOADA Y LINAZA IGLESIAS, «La Población Infantil en situación de desamparo en la Comunidad de Madrid», en *Cuadernos Técnicos de Servicios Sociales*, nº 1, Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, 1998.

STERN, K. «La influencia de la Ley Fundamental de Bonn sobre las constituciones extranjeras», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 25, Valencia, 1998.

Tribunale per i minorenni e della Procura della Repubblica per i minorenni di Venezia «Informazioni, indicazioni, suggerimenti in ordine alla tutela giudiziaria dei minori» 21 giugno 2000, in *Minori Giustizia*, núm. 3, 2000.

TURRI, G., «Un tutore per i minori stranieri non accompagnati», in *Minori Giustizia*, n.1, 2005.

VALERI, M., «Minori non accompagnati», in *Studi e Osservazioni*, Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento degli Affari Sociali, Roma, 2000.

VARGAS CABRERA, B., «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87», *Anuario de Derecho Civil*, 1991 (2).

– La protección de menores en el Ordenamiento Jurídico, Comares, Granada, 1994.

– «Régimen jurídico de la adopción y funciones del Ministerio Fiscal», en *Protección Jurídica del Menor*, Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, Comares, 1997.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La protección internacional de los derechos del niño*, Secretaría de Cultura, Gobierno de Jalisco, Universidad Panamericana, México, 1999.

VALLADARES RASCÓN, E., «Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción», *Poder Judicial*, nº 9, marzo de 1988.

– «La tutela de menores en relación con el concepto legal de desamparo», en *Centenario del Código Civil*, tomo II, VVAA,

MORALES MORENO, A.M. (dir.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

VAQUER CABALLERÍA, M., La acción social (un estudio sobre la actualidad del Estado socia de Derecho), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

VARGAS CABRERA, B., «Régimen jurídico de la adopción y funciones del Ministerio Fiscal», en *Protección Jurídica del Menor*, Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, Comares, 1997.

VERGER GARAU, J., «reconstrucción y reforma de la regulación de la adopción, RJC, núm. 4, octubre-diciembre, 1968.

VITALE, G., «Il diritto di asilo e lo staus di rifugiato dei bambini stranieri non accompagnati», in *Minori e Giustizia*, 1999, n. 3.

VIVANCOS SÁNCHEZ, M., «Constitución de la tutela automática tras la declaración de desamparo», AC, núm. 48, 25 al 31 de diciembre de 2000.

