

EL FISCAL Y LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD. GUÍA PRÁCTICA



FUNDACIÓN
ARANZADI LEX NOVA



EL FISCAL
Y LA PROTECCIÓN JURÍDICA
DE LOS MENORES DE EDAD
GUÍA PRÁCTICA

CONSUELO MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA
Coordinadora

EL FISCAL Y LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS MENORES DE EDAD

GUÍA PRÁCTICA



FUNDACIÓN
ARANZADI LEX NOVA



1.ª edición, octubre 2013

© Fundación Aequitas
P.º General Martínez Campos, 46, 6.º
28010 Madrid
Tel. 913 087 232
E-mail: info@aequitas.org

© Fundación Aranzadi Lex Nova
General Solchaga, 3
47008 Valladolid
Tel. 983 457 038
E-mail: contacto@fundacionlexnova.org

© Portada: Fundación Aranzadi Lex Nova

Impresión:
Gráficas Eujoa, S.A.
33199 Meres, Siero
Principado de Asturias

Depósito Legal: VA. 733/2013
Printed in Spain - Impreso en España

El texto de todas las resoluciones jurisprudenciales citadas o reproducidas en esta obra tiene como fuente los documentos oficiales distribuidos por el CENDOJ. Esta publicación se limita a transcribirlos total o parcialmente, respetando la literalidad y sentido de los documentos oficiales.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del Copyright.

AUTORES

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel

Teniente-Fiscal de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado

FERREIRÓS MARCOS, Carlos Eloy

Fiscal Delegado de Menores de la Fiscalía Provincial de Alicante

GARCÍA HERNÁNDEZ, Gema

Fiscal Delegada de Menores de la Comunidad Autónoma Valenciana

GARCÍA INGELMO, Francisco Manuel

Fiscal adscrito a la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores

HUÉLAMO BUENDÍA, Antonio

Fiscal adscrito a la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores

MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo

Fiscal de Sala Coordinadora de Menores

RUBIO VICENTE, Carmen

Fiscal Delegada de Menores de la Fiscalía Provincial de Córdoba

SORIANO IBÁÑEZ, Benito

Fiscal Delegado de Menores de la Fiscalía Provincial de Teruel

VALPUESTA CONTRERAS, Daniel

Fiscal Delegado de Menores (Protección) de la Fiscalía Provincial de Sevilla

ÍNDICE GENERAL

	Página
Autores	7
Abreviaturas	15
Presentación	17

I

EXPEDIENTES DE PROTECCIÓN

DANIEL VALPUESTA CONTRERAS

1.1. Planteamiento	21
1.2. Conceptos	22
1.3. Regulación	23
1.4. Otras competencias del fiscal en el ámbito de la protección jurídica de menores	26

II

LABOR DE SUPERVISIÓN POR EL MINISTERIO FISCAL DE LA ACTIVIDAD PROTECTORA DE LA ADMINISTRACIÓN

CARMEN RUBIO VICENTE

BENITO SORIANO IBÁÑEZ

2.1. Cuestiones generales	29
2.1.1. Actuación protectora de la Administración	29
2.1.2. Actuación supervisora del Ministerio Fiscal	30
2.2. Expedientes de protección para verificar situaciones de riesgo	32
2.2.1. Impulso de la actividad protectora	32
2.2.2. Riesgo grave o urgente. Medidas del artículo 158 CC	33

	Página
2.2.3. Guarda de hecho	36
2.2.4. Guarda administrativa o voluntaria	37
2.3. Expedientes de protección de menores tutelados	38
2.3.1. Acogimientos	40
2.3.2. Inspección de Centros de Protección	41
2.3.3. Centros de protección para menores con trastornos de comportamiento	42
2.3.4. Seguimiento de la intervención administrativa posterior a la declaración de desamparo. Extinción de la tutela	43

III

PROTECCIÓN REFORZADA DE COLECTIVOS VULNERABLES

CARLOS ELOY FERREIRÓS MARCOS

3.1. La niña	45
3.1.1. Introducción	45
3.1.2. Menores gestantes	45
3.1.3. Niñas en situación de prostitución	46
3.1.4. Ablación de órganos genitales	48
3.1.5. La explotación de las niñas	50
3.1.6. Matrimonios forzados y matrimonios de menores	51
3.2. Niños y niñas con discapacidad	57
3.2.1. Ideas generales	57
3.2.2. Situaciones de riesgo y desamparo	58
3.2.3. El acogimiento familiar de niños y niñas con discapacidad	58
3.2.4. El acogimiento residencial de los menores con discapacidad	59
3.2.5. Acogimiento residencial de niños y adolescentes con trastornos de conducta	61
3.2.6. Derecho a la enseñanza obligatoria	63
3.3. Menores con padres privados de libertad	65
3.3.1. Módulos de madres	65
3.3.2. Madres en centros de reeducación	67

	Página
3.3.3. Régimen de visitas de menores internos en centros de protección que las realizan a progenitores internos en establecimientos penitenciarios	67
3.3.4. Internamiento en centro de extranjeros	69
3.4. Menor edad y juventud	72
3.4.1. Introducción	72
3.4.2. La rendición de cuentas de menores sometidos a tutela administrativa	73
3.4.3. Ayudas sociales para los jóvenes que finalizan el período de protección por razón de desamparo	77

IV

LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES CONCRETOS

CONSUELO MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA

GEMA GARCÍA HERNÁNDEZ

4.1. Derecho a la identidad	79
4.1.1. Cuestiones generales	79
4.1.2. Menores extranjeros no acompañados (MENAS)	81
4.1.2.1. Determinación de la edad	82
4.1.2.2. Identificación	83
4.2. Derecho al libre desarrollo de la personalidad	84
4.2.1. Ideas generales	84
4.2.2. Derecho a ser escuchado: la audiencia del menor	86
4.2.3. La relevancia del consentimiento de los niños y adolescentes ..	88
4.2.4. Participación en la esfera pública	89
4.3. Derecho a la salud	98
4.3.1. El consentimiento informado de menores de edad	98
4.3.2. Intervenciones médicas en situación de «riesgo grave»	101
4.3.3. Intervención del Fiscal respecto de los ensayos clínicos y la investigación biomédica sobre menores de edad	103
4.4. El derecho a la educación	104
4.4.1. Sujetos obligados	104

	Página
4.4.2. Carácter progresivo de la intervención	105
4.4.3. Intervención punitiva	105
4.4.4. Mención específica de la denominada home school	106
4.5. Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen	107
4.5.1. Marco normativo	108
4.5.2. La intromisión ilegítima	109
4.5.3. El consentimiento y su revocación	110
4.5.3.1. El derecho a revocar el consentimiento.	111
4.5.4. Aspectos procesales	112
4.5.4.1. Ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal	112
4.5.4.2. Tratamiento de los menores hijos de personajes famosos	113
4.5.4.3. Tratamiento de los menores con notoriedad pública propia	113
4.5.4.4. Competencia territorial	114
4.5.4.5. Las medidas cautelares	114
4.5.4.6. Procedimiento	115

V

JUDICIALIZACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE PROTECCIÓN

ANTONIO HUÉLAMO BUENDÍA
 CONSUELO MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA
 CARLOS ELOY FERREIRÓS MARCOS

5.1. Introducción	117
5.2. Representación y defensa de menores en juicio	121
5.3. Entrada en domicilio para la ejecución de los actos de la Entidad pública en materia de protección de menores	122
5.4. Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores	123
5.4.1. Planteamiento	123
5.4.2. Competencia	124
5.4.3. Medios de impugnación	125
5.4.4. Procedimiento común a todos los medios de impugnación	129

	Página
5.5. Jurisdicción voluntaria	132
5.5.1. Medidas de protección en procedimiento de jurisdicción voluntaria innominado	132
5.5.2. Constitución y cese del acogimiento familiar	135
5.5.2.1. Cese del acogimiento	138
5.5.3. Constitución de la adopción	138
5.5.4. Procedimiento para interesar la autorización judicial al ingreso de menores tutelados en Centros de Protección para menores con trastornos del comportamiento	139
5.6. Privación de la patria potestad	142
5.6.1. Privación del ejercicio de la patria potestad en el proceso penal	142
5.6.2. Privación de la patria potestad en el proceso civil	147
5.6.2.1. El supuesto de hecho	147
5.6.2.2. Efectos	149
5.6.2.3. Procedimiento aplicable	150

VI

PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS MENORES VÍCTIMAS Y TESTIGOS

FRANCISCO MANUEL GARCÍA INGELMO

6.1. Protección en procesos penales	154
6.1.1. Denuncia y exploración del menor en dependencias policiales	155
6.1.2. Declaración de menores en fase de instrucción	155
6.1.3. Declaración de menores en el juicio oral	156
6.1.4. Pautas sobre el interrogatorio a menores	157
6.1.5. Proscripción de careos con testigos menores en la instrucción y juicio oral	157
6.1.6. Las posibilidades de prescindir de la declaración del menor en el plenario: testimonios de referencia y prueba preconstituida ...	158
6.1.7. Pruebas periciales sobre veracidad del testimonio del menor ..	160
6.2. Protección en procesos civiles	160

VII

SUSTRACCIÓN PARENTAL DE MENORES

JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA CORTINA

7.1. Ideas generales	163
7.2. Marco jurídico general	164
7.3. El sistema del Convenio de La Haya de 1980	165
7.4. Otros instrumentos	167
7.5. Aspectos procedimentales internos	167
7.6. Medidas cautelares frente a la sustracción internacional de menores	168
7.7. Sustracciones internas	168
7.8. Sustracción de menores con trascendencia penal: tratamiento	169

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CDPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades fundamentales
CH80	Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la Sustracción internacional de Menores
CP	Código Penal
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
FGE	Fiscalía General del Estado
LAI	Ley 54/2007, de 7 de diciembre, de Adopción Internacional
LAP	Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LODE	LO de Educación
LOEX	LO de Extranjería
LOPJM	LO de Protección Jurídica del Menor
LORPM	LO de Responsabilidad Penal del Menor
LRJAE	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado
LRJAPAC	Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común
PIDCyP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

PRESENTACIÓN

Constituye un honor y un grato placer atender a la amable invitación de las prestigiosas Fundaciones AEQUITAS y ARANZADI LEX NOVA para la elaboración de este trabajo destinado a servir de guía de la intervención del Fiscal en la difícil materia de la protección de menores.

Probablemente, esta faceta sea de las menos conocidas por el público. Aunque las menciones del Ministerio Fiscal en el Código Civil en materias de patria potestad y tutela eran frecuentes, la intervención del Fiscal en lo que concierne a la protección administrativa de menores no surgió hasta que una Circular de 1984 estimó la obligación de éste de intervenir en el entonces vigente procedimiento para la facultad protectora de los antiguos Tribunales Tutelares de Menores. La razón principal fue la nueva estructuración del Ministerio Fiscal tras la Constitución y la publicación de su Estatuto Orgánico (en adelante, EOMF).

Con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores, se introdujo el sistema actual de tutela automática de menores desamparados a cargo de la entidad pública.

Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero —que estimó la inconstitucionalidad del artículo 15 de la ley de Tribunales Tutelares de Menores— y la posterior modificación efectuada en este texto por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, dieron lugar a un importante problema de organización de las Fiscalías debido a la intervención necesaria en los procesos de reforma, situación que, finalmente, desembocaría en la actual Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Al amparo de estos cambios legislativos, ya con la citada Ley 4/1992, en algunas Fiscalías se crearon Servicios de Menores hasta que la Disposición Final Cuarta de la Ley Orgánica 5/2000 obligó a crear Secciones de Menores compuestas por miembros de la Carrera Fiscal especialistas, con las dotaciones de funcionarios administrativos necesarios. Paralelamente, también sólo en algunas provincias, las personas destinadas a los servicios de Menores fueron encargándose del despacho de los asuntos de reforma y de los de protección.

La función de vigilancia de las funciones de guarda administrativa debe residenciarse en la Sección de Menores, tanto por la tradición histórica (completamente distinta de la tutela cuasi-familiar) como por la evidente necesidad de articulación

de ambas funciones (protección y reforma), criterio que fue expresándose en sucesivas Memorias de la Fiscalía General del Estado. A estas complejas tareas se fueron uniendo otras cuestiones de indudable trascendencia social y protección de los derechos fundamentales como la defensa del derecho a la enseñanza obligatoria frente al absentismo escolar, de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores, o cuestiones tan complejas como la prestación del consentimiento informado en las intervenciones sanitarias que exigieron la coordinación con los fiscales que atendían los servicios civiles en materias de Familia.

Es importante reseñar, en este sentido, que las Secciones de Menores ni abarcan todas ni muchas funciones importantes de protección del menor se llevan a cabo de forma exclusiva. Por ejemplo, según la configuración que se haya desarrollado en cada Fiscalía Provincial, la Sección puede no intervenir en la mayor parte de los procesos civiles en los que se requiere de intervención del Fiscal para la protección del menor (funciones de defensa en los diferentes procesos civiles, contencioso-administrativos, procesos matrimoniales, sucesorios, jurisdicción voluntaria por patria potestad, etc.).

No ha sido fácil avanzar en esta labor. El momento económico y las dificultades materiales y de personal que tradicionalmente ha sufrido el Ministerio Fiscal no lo han permitido.

En los últimos años, sin embargo, sucesivos pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado han venido a reforzar estas buenas prácticas. En particular, la Instrucción 3/2008, de 30 de julio, de la FGE «sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores» que, aunque partía de la imposibilidad práctica de asunción de la totalidad de todos los asuntos, mantuvo un principio general de coordinación y de llevanza de unos contenidos mínimos y la Instrucción 1/2009, de 27 de marzo, de la FGE «sobre la organización de los servicios de protección de las secciones de menores», indicativa de que la integración de las funciones de protección dentro del ámbito de actuación de las Secciones de Menores fue asumiéndose progresivamente, extendiendo el apartado tercero del artículo 20 EOMF las competencias del Fiscal de Sala Coordinador de Menores tanto al área de reforma como al de la protección y, por ello, se aboga definitivamente por un esquema que abarcara ambos aspectos, respetando la organización interna de las Fiscalías.

Esta progresión y la firme implicación del Ministerio Fiscal en este ámbito en constante expansión no habrían sido posibles sin el esfuerzo de muchos componentes de la Carrera Fiscal que han protagonizado acciones pioneras para la defensa de los derechos de los menores, dando lugar al nacimiento de una generación de Fiscales especialistas. Sin su entusiasmo, su alta cualificación técnica y sin sus ganas de trabajar todo lo anterior nunca habría llegado a nacer.

Las presentes páginas tienen el propósito de ofrecer una exposición resumida de las materias que abarca actualmente la labor de los Fiscales especialistas en

protección de menores. Nuestra intención ha sido ofrecer una visión global y no exhaustiva en forma de guía introductoria.

He contado para ello con la colaboración de un grupo de Fiscales especialistas, cuyos nombres justo es mencionar, que han accedido a participar en este trabajo de forma desinteresada.

Presentamos así esta guía sobre «el Fiscal y la Protección Jurídica de los Menores de Edad» con la esperanza firme de contribuir a un objetivo irrenunciable para cualquier sociedad justa y desarrollada: la plena efectividad de los derechos de todos sus miembros, particularmente, de aquellos que no pueden hacerlos valer por sí solos. Sólo así la infancia será para todos lo que puede ser: uno de los períodos más hermosos de la vida.

Consuelo MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA

Fiscal de Sala Coordinadora de Menores



EXPEDIENTES DE PROTECCIÓN

DANIEL VALPUESTA CONTRERAS

1.1. PLANTEAMIENTO

La Constitución de 1978 (CE) consagra, como principio rector de la Política Económica y Social (artículo 39), la protección social, económica y jurídica de la familia, afirma que los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos y señala que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Por otra parte, el artículo 124 configura al Ministerio Fiscal como el órgano que constitucionalmente tiene asignada la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley.

Como consecuencia obligada de ambos mandatos, se asigna al Ministerio Público un relevante papel en la preservación de los derechos e intereses de un sector de la ciudadanía en el que concurre la doble eventual indefensión derivada, de un lado, de su minoría de edad y por tanto limitada capacidad de obrar y, de otro, de la ausencia de núcleo familiar que les preste la adecuada asistencia material o moral.

De acuerdo con ello, entre las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal por el artículo 3 de su Estatuto Orgánico (en adelante, EOMF) están las de: «3. Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas acciones exija su defensa» y «7. 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».

1.2. CONCEPTOS

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de Adopción, representa el equivalente, en materia de Protección de Menores, a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre Incapacidad y Tutela, lo que significa la sustitución de la Tutela de Familia por la Tutela de Autoridad y por tanto, de acuerdo con el mandato constitucional, el compromiso público de atención al menor en aquellos casos de inexistencia o incumplimiento de la misión protectora naturalmente correspondiente a la familia.

De acuerdo con ello, se constituye la llamada «Tutela Automática» de los menores en situación de desamparo, definiéndose ésta como 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 material o moral...».

Desde la promulgación de dicha norma, siempre que en el ámbito judicial o administrativo se habla de «Menores de Protección» o de «Medida de Protección», se está aludiendo al menor declarado en desamparo y bajo tutela de la Administración y a la modalidad de Acogimiento (residencial o familiar, simple, permanente o preadoptivo) subsiguiente a dicha declaración.

Por su parte, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), introduce la distinción, dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre situaciones de riesgo y de desamparo que «dan lugar a un grado distinto de intervención de las administraciones públicas. Mientras en las situaciones de riesgo, caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo, en las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, aquélla se concreta en la asunción por la entidad pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria».

Dos puntualizaciones deben hacerse respecto a los menores en situación de riesgo:

- 1.º No existe, a diferencia de los supuestos de desamparo, una declaración formal, ni administrativa ni judicial, de riesgo, de tal suerte que dentro de esta categoría podríamos englobar los supuestos más dispares: absentismo escolar, trastornos mentales o alimentarios, drogadicción o alcoholismo, fugas domiciliarias, etc.

2.º El abordaje de las situaciones de riesgo, desde el punto de vista administrativo, corresponde a los servicios sociales de las corporaciones locales, mientras el de las de desamparo está en manos de la Administración autonómica. La competencia de las Administraciones Locales no exime de la intervención de la Entidad pública, que debe coordinarse/colaborar con ella.

En las Fiscalías suele utilizarse, incluso con soportes físicos diferentes (en color y formato), la denominación «Expediente de Investigación» para los relativos a menores en situación de riesgo y «Expediente de Protección» para los referidos a menores declarados en desamparo.

1.3. REGULACIÓN

La norma básica de los expedientes de protección *stricto sensu* se encuentra en el artículo 174 del Código Civil (CC), modificado por la Ley 21/1987 de Adopción, a excepción del apartado 2, cuyo tenor actual procede de la LOPJM que amplió el número de resoluciones administrativas que obligatoriamente ha de notificar la Entidad Pública de Protección al Ministerio Fiscal.

Dispone dicho artículo:

«1. Incumbe al Ministerio Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta sección.

2. A tal fin, la entidad pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor.

El Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promoverá ante el juez las medidas de protección que estime necesarias.

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».

Como se desprende de este tenor literal, el catálogo de notificaciones a realizar al Ministerio Fiscal por parte de la Entidad Pública no admite una relación cerrada, abarcando las modificaciones de la modalidad de acogimiento acordado, la de las personas que van a ejercerlo, los cambios de centro, las alteraciones o suspensiones del régimen de visitas del menor con su familia biológica, las fugas, tratamientos médicos prescritos, etc.

A este respecto, la Circular de la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) 8/2011 *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Protección de Menores* expresa:

«La singularidad funcional de la intervención del Fiscal en el ámbito de protección de menores radica en que se le encomienda una relevante función extraprocesal, la de superior vigilante de la actuación de la Administración, con obligación de comprobación semestral de la situación del menor y de ejercer su vigilancia sobre todos los centros que acogen menores, sin que ello suponga invadir las competencias de las Entidades Públicas ni llegar a suplantarlas. La especial posición del Ministerio Fiscal en el ámbito de menores exige un delicado ejercicio de equilibrio en el desempeño de sus funciones».

Debe recordarse que esta función de superior vigilancia atribuida al Fiscal es netamente extra o preprocesal, pese a que el desenvolvimiento habitual de su actividad tenga lugar ante los Tribunales y a que, como señala el EOMF, el Ministerio Fiscal esté integrado, con autonomía funcional, dentro del Poder Judicial.

Tampoco es ocioso mencionar que, siendo la adopción y ejecución de medidas de protección competencia de las Comunidades Autónomas, como indica la Instrucción 3/2008 *sobre el Fiscal de Sala coordinador de Menores y las Secciones de Menores*, «el Ministerio Fiscal, actuando conforme al principio de unidad de actuación en todo el territorio nacional, puede ser un factor de equilibrio y cohesión frente al riesgo de prácticas dispersas y descoordinadas».

Es la Instrucción 1/2009 *sobre la organización de los servicios de protección de las Secciones de Menores* de las Fiscalías la que señala los principios organizativos sobre los que construir dicho servicio, estableciendo las diligencias preprocesales previstas en el artículo 5 EOMF como el soporte procedimental de los expedientes de protección en los que se supervisan las medidas adoptadas por las Entidades Públicas de Protección de Menores que, si bien normalmente no desembocan en actuaciones procesales, potencialmente puede predicárseles tal carácter preprocesal, añadiéndose que en este tipo de diligencias concurren una serie de singularidades que las separan del régimen común de las Diligencias de Investigación y, coherentemente, su tratamiento debe ser distinto, tanto en aspectos adjetivos (denominación, registro y numeración) como en aspectos materiales, básicamente en cuanto a que deben por su propia naturaleza extraprocesal relajarse los principios de contradicción y defensa.

Tampoco tales diligencias deberán entenderse sometidas al plazo máximo de duración de seis meses, propio de las Diligencias de Investigación del Fiscal, no siendo consecuentemente necesaria la petición de prórroga al Fiscal General del Estado cuando se rebase dicho período legal.

Estas Diligencias Preprocesales son el cauce formal de:

1.º Los expedientes de protección que se inician a partir de la comunicación de la Entidad Pública de la declaración de Desamparo con correlativa asunción de tutela de un menor, para, a través de ellos, supervisar, hacer un seguimiento de las medidas adoptadas y, eventualmente, promover las actuaciones jurisdiccionales que pudieran ser necesarias en interés del menor (expedientes de protección de menores tutelados).

2.º Los expedientes que se incoan como consecuencia de la comunicación de la Entidad Pública de Protección de la asunción de la guarda de un menor (expedientes de protección de menores bajo medida de guarda).

3.º Los expedientes de protección que se abren ante la recepción por cualquier medio de la *notitia* de la existencia de un menor en situación de riesgo y que conforme a las previsiones legales (artículo 16 LOPJM) deban ser verificadas (expedientes de protección en investigación).

Pese al gran número de dictámenes e informes que emite el Fiscal en el seno de estos expedientes, han de contar siempre con la necesaria motivación, proporcionada a la entidad del acto.

Y ello porque en la supervisión que se articula a través de estos expedientes, el Fiscal no es un mero receptor pasivo de la información que le ofrece la Administración. Antes al contrario, debe superar los silencios administrativos u omisiones en la emisión de informes y habrá de rechazar los escritos estandarizados carentes de información, cuidando de que, tanto en los informes ordinarios semestrales como en los extraordinarios que en cualquier momento puedan solicitarse, la Entidad Pública de Protección de Menores haga referencia, al menos, a los siguientes extremos:

- a) Lugar de residencia del menor tutelado o sometido a guarda.
- b) Estado de salud en general, así como la atención personal y asistencial que haya podido requerir el menor.
- c) Actividades formativas desarrolladas.
- d) Actuaciones practicadas en pro de su inserción en la familia biológica o, en su defecto, perspectivas de inserción en familia alternativa.

Tales datos sólo pueden exigirse respecto a los menores sometidos a tutela o guarda de la Entidad Pública. Respecto de aquellos que se encuentren meramente en situación de riesgo también la Entidad Pública debe informar debidamente al Fiscal de las circunstancias concurrentes en cada caso y sobre las medidas adoptadas o, en su caso, sobre las causas por las que no procede la adopción de éstas.

La ya mencionada Circular 8/2011 hace referencia a «la necesidad de que las Secciones de Menores sean impulsoras de la actividad protectora de las Entidades Públicas, poniendo en conocimiento de las mismas cualquier situación de posible desprotección y actuando frente a la inactividad administrativa».

En esta función dinamizadora, las Secciones de Menores deben exigir no sólo la notificación de las resoluciones en que se adopten medidas de protección sino también la de aquellas resoluciones en las que se acuerde no adoptar una medida de protección.

Cuando el propio Fiscal promueve el expediente mediante la apertura de diligencias, comprobará si se ha recibido o no la resolución en un tiempo prudencial. Si detecta una posible inactividad, a la hora de resolver sobre la información recibida, el Fiscal debe instar el dictado de la resolución oportuna. Si la Entidad comunica su intención de no intervenir en algún supuesto, habrá de valorarse la posibilidad de formular oposición conforme a los cauces previstos en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Ello en definitiva significa la necesidad de plantear demanda judicial de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Naturalmente, no todos los expedientes que llamamos de investigación, los relativos a menores en riesgo, están abocados a desencadenar una declaración de desamparo; su misma heterogeneidad determina la pluralidad de soluciones jurídicas a dar a éstas. Pero sí es importante recordar que, con arreglo al artículo 14 LOPJM y con base en la obligación de atención inmediata a los menores, siendo posible el ingreso provisional de un menor en un centro de acogida, éste no entraña necesariamente ni en todo caso la situación previa de desamparo, pues la necesidad de atención que padece el menor puede ser provisional o transitoria.

En ocasiones muy frecuentes el expediente de investigación sí adquiere un neto carácter preprocesal cuando éste exige la interposición de denuncia o querrela, especialmente por delito de abandono de familia, como ocurre en los casos de absentismo escolar en los que la actividad del Fiscal —generalmente el requerimiento formal a los padres para que se corrija la situación— no ha conseguido resolver el problema, debiendo huirse de fórmulas estereotipadas habida cuenta de las distintas circunstancias que puedan concurrir, edad del menor, existencia de otros hermanos afectados, etc.

Igual conclusión tendrá el expediente cuando de él pueda desprenderse cualquier otro delito del que sea víctima el menor, como el maltrato en el ámbito familiar, abusos sexuales o sustracción de menores.

1.4. OTRAS COMPETENCIAS DEL FISCAL EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE MENORES

Junto con la labor de estricta supervisión de la actividad administrativa de protección que se desarrolla en los expedientes analizados, los servicios de protección de las Secciones de Menores de las Fiscalías deben desempeñar otras competencias:

- Intervención procesal en procesos judiciales relativos a impugnaciones de medidas protectoras acordadas por las Entidades Públicas respecto de menores (artículo 749.2 LEC de 2000).
- Intervención en procesos judiciales relativos a adopciones y acogimientos.
- Solicitud judicial de medidas urgentes, conforme al artículo 158 CC, para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios.
- Información y protección de los derechos de los menores en la realización de ensayos clínicos (Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos) y en investigaciones que implican procedimientos invasivos sin beneficio directo (Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica).
- Intervenciones en defensa de los derechos fundamentales de los menores, en especial compromisos de salud, de libre desarrollo de la personalidad o la intimidad y propia imagen de menores (publicaciones en medios de comunicación), pertenencia de un menor o de sus padres a una asociación cuando ésta impida o perjudique el desarrollo integral del menor, internamientos de menores en centros psiquiátricos (artículos 4 y 7.2 LOPJM y 763.2 LEC de 2000).
- Acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita dirigida a menores (artículo 5.5 LOPJM).
- Intervención en procesos sobre sustracción internacional de menores (artículo 1902 anterior LEC).
- Determinación de edad de menores extranjeros (epígrafe VI.3, punto 7, de la Instrucción 5/2007, de 18 de julio).
- Inspección mediante visitas periódicas a Centros de Protección de Menores (artículo 21.4 LOPJM).
- Supervisión de la situación de los niños que permanezcan con sus madres en Centros Penitenciarios.

II

LABOR DE SUPERVISIÓN POR EL MINISTERIO FISCAL DE LA ACTIVIDAD PROTECTORA DE LA ADMINISTRACIÓN

CARMEN RUBIO VICENTE
BENITO SORIANO IBÁÑEZ

2.1. CUESTIONES GENERALES

2.1.1. ACTUACIÓN PROTECTORA DE LA ADMINISTRACIÓN

La LOPJM, además de reconocer de forma plena al menor como titular de derechos y de una capacidad progresiva para ejercerlos, dedica el Título II a las actuaciones en situación de desprotección social del menor e instituciones de protección de menores.

En cuanto al contenido de esta función de protección encomendada a los poderes públicos puede realizarse:

- **A través de la atención inmediata:** La desjudicialización del sistema de protección de la infancia operada por la Ley de 1987 tiende a agilizar la respuesta protectora, descartando la intervención previa del Juez o Fiscal, inadecuada y perturbadora, cuando la necesidad y la urgencia comprometen la actuación inmediata de las autoridades implicadas. La Administración actúa propia *auctoritas*, no precisando por tanto autorización del Juez o del Fiscal el ingreso provisional en un centro de acogida de menores, si bien deberá ponerse en conocimiento del Fiscal, quien luego valorará si el menor se encuentra o no en situación de riesgo o desamparo.

- Mediante la **prevención y reparación de situaciones de riesgo**, definiéndose como tales las de «cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor y no requieran la asunción de tutela».
- El **ejercicio de la guarda**, que podrá tener lugar por solicitud de los padres (guarda voluntaria), por resolución judicial o como función de la tutela.
- La **asunción de la tutela en situaciones de desamparo**, sin necesidad de constitución judicial, que conlleva la suspensión de la patria potestad. Esta tutela se ejercerá mediante el acogimiento familiar o residencial (Centro de protección de menores). Estos acogimientos podrán constituirse por la propia entidad pública o en los casos en que los padres o tutores no consientan o se opongan a él, mediante resolución judicial en interés del menor.

La legislación de las distintas Comunidades Autónomas fija un procedimiento para la adopción de las medidas expuestas, sin perder de vista la Ley de *régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAPAC), y donde se presta especial atención al trámite de audiencia de los menores y de los padres y al informe del equipo interdisciplinar.

En cuanto a la legislación aplicable, pudiendo ser los destinatarios de las medidas protectoras personas de distintas nacionalidades, habrá que estar al artículo 9 CC, cuyo apartado 6, último párrafo, dispone que será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español.

2.1.2. ACTUACIÓN SUPERVISORA DEL MINISTERIO FISCAL

El artículo 174 CC, de forma expresa, dice: «incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores». Asimismo, en sede de tutela, el artículo 232: «La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado. En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela». Los artículos 1, 3.6 y 7, 4.2 y 4.5 segundo y 5 EOMF y la normativa autonómica también se refieren a esta función de control sobre los poderes públicos tanto con su intervención en los procesos civiles, como con la incoación de diligencias preprocesales y mediante requerimientos, visitas e inspección a centros.

Esta singular intervención extraprocesal del Fiscal, como superior vigilante de la actividad administrativa de protección, no implica invadir las competencias de las Entidades Públicas ni llegar a suplantarlas, sin que tampoco las exima de su responsabilidad, tal como recoge el apartado 3 del artículo 174 CC.

La función de Fiscal en este ámbito se extiende a:

- **El impulso de la actividad protectora** de las Entidades Públicas:
 - Poniendo en conocimiento de ellas cualquier situación de posible desprotección (testimonios, artículo 158 CC, diligencias preprocesales).
 - Actuando frente a la inactividad administrativa, exigiendo la notificación de las resoluciones en que se adopten medidas de protección o se acuerde el archivo de las diligencias sin adopción de medida, así como una vez conste la iniciación del procedimiento, instando una pronta resolución de éste. Si es el Fiscal el que ha solicitado las actuaciones mediante la apertura de diligencias, tras un plazo prudencial sin comunicación, se instará el dictado de la resolución correspondiente.
- **La valoración de la medida acordada.** Recibida la notificación de la resolución administrativa donde se acuerda una medida de protección, el Fiscal deberá comprobar, tanto su legalidad —control en la tramitación— como si la medida acordada es la que mejor responde a los intereses del menor/es.
- **El seguimiento de la evolución de la situación que dio lugar a la medida protectora.** A este respecto deberán notificarse al Fiscal todas las resoluciones que se dicten en relación al menor y su familia, autorización de visitas, estancias, contactos, incidencias de interés, etc., notificaciones que se estudiarán y se incorporarán al expediente abierto en Fiscalía.

Una vez adoptada la medida protectora por parte de las Entidades Públicas, éstas deben seguir trabajando con la familia, para en su caso alzar la intervención, lograr la reinserción en ella o en caso de no ser posible buscar la mejor alternativa para el futuro del menor, debiendo estar vigilantes a la posible inactividad de la Administración. En esta etapa la supervisión del Fiscal se llevará a cabo:

- Examinando las notificaciones, informes de seguimiento —al menos semestral— interesando, en su caso, la ampliación de éstos o su elaboración en caso de no hacerse.
- Visitando los centros que acogen a menores en la forma que se expondrá más adelante.
- Mediante reuniones de trabajo o acceso a los programas y bases de datos relativos a la protección de menores.
- Respondiendo al servicio o turno de atención al ciudadano a los efectos del artículo 172.8 CC, pudiendo los padres, familiares o el propio menor facilitar información al Ministerio Fiscal.
- Comprobando, al menos semestralmente, la situación del menor e instando lo que corresponda.

En su actividad supervisora el Fiscal cuenta con las posibilidades de oposición a la actuación de las Entidades Públicas ante los Tribunales, a través del artículo 780 LEC que se trata más adelante en el capítulo V.

2.2. EXPEDIENTES DE PROTECCIÓN PARA VERIFICAR SITUACIONES DE RIESGO

La LOPJM en su Título II regula las actuaciones de la Administración respecto a menores en situación de desprotección social y atribuye a los poderes públicos la «función de velar para que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades».

Así, se establece en el artículo 12 que esta protección de los menores se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para ello, y si las circunstancias lo hacen preciso, mediante el ejercicio de la guarda y la asunción de la tutela.

Como se ha expuesto en el Capítulo I, la ley distingue dos situaciones básicas de desprotección social en las que puede encontrarse un menor de edad: el riesgo y el desamparo. Una y otra reclaman distinto grado de intervención de la Entidad Pública. En las situaciones de riesgo la intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo. En las situaciones de desamparo, cuya gravedad aconseja la separación del menor de su familia, aquélla se concreta en la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria y automática asunción de la tutela por la Entidad Pública.

La función de superior vigilancia que al Ministerio Fiscal incumbe se extiende a la actuación de la Administración en materia de tutela, guarda o acogimiento y a la correspondiente a situaciones de riesgo.

La recepción, por cualquier medio, de la noticia de la existencia de un menor en situación de riesgo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 LOPJM, deba ser verificada, dará lugar a la incoación de Diligencias Preprocesales de investigación, soporte procedimental que permitirá el control y revisión periódica de la actuación de la Administración, lo que conlleva un constante y mutuo intercambio de información y un apoyo en el ejercicio de la función protectora.

2.2.1. IMPULSO DE LA ACTIVIDAD PROTECTORA

Una de las funciones del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la supervisión encomendada es el impulso de la actividad protectora de las entidades públicas poniendo en su conocimiento cualquier situación de posible desprotección o actuando frente a la inactividad administrativa.

Esta puesta en conocimiento no es una función exclusiva de los Fiscales de Menores. Según el artículo 13 LOPJM, «toda persona o autoridad y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de riesgo», puede llevarla a cabo mediante:

- Solicitud de remisión de testimonios de actuaciones judiciales a los organismos especializados en la protección. Cuando en el curso de una actuación judicial se constata una situación de riesgo, si es de carácter grave o urgente, deben interesarse directamente —al amparo del artículo 158 CC— las medidas necesarias para apartar al menor del peligro o evitarle perjuicios; en otro caso, corresponde a los organismos especializados evaluar la situación y adoptar la medida más adecuada.
- Remisión de la información al organismo especializado que corresponda, cuando la noticia de la posible desprotección proceda de atestados de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad, de informes de personas especialmente obligadas a ello u otras instancias administrativas, o de la comparecencia ante el Fiscal en el servicio de atención al ciudadano de personas o del mismo menor al amparo del artículo 10.2.b) LOPJM. También cuando el conocimiento de la desprotección o riesgo surja en las visitas de inspección a los Centros o de las entrevistas con los menores o de sus testimonios en el ámbito del procedimiento de la responsabilidad penal del menor, especialmente si los que cometen infracciones penales son menores de 14 años, al amparo de lo establecido en el artículo 3 LORPM. Igualmente, si procede el archivo del procedimiento conforme al principio de oportunidad reglada como se recoge en los artículos 18 y 27.4 *in fine* LORPM o, tras el cumplimiento de la medida, conforme al artículo 53.2 de igual ley.

En otras ocasiones, la función de supervisión va a consistir en actuar frente a la inactividad administrativa en la forma que se ha expuesto anteriormente.

2.2.2. RIESGO GRAVE O URGENTE. MEDIDAS DEL ARTÍCULO 158 CC

Si se detecta un riesgo grave o urgente que requiera la adopción inaplazable de una medida en interés del menor, el Ministerio Fiscal podrá solicitar la adopción de estas medidas. También pueden adoptarse por el Juez de oficio o a instancia de cualquier pariente del menor. Se regulan en el artículo 158 CC, que dispone:

«El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

- 1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

- 2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.
- 3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:
- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
 - b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
 - c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.
- 4.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios».

El artículo 216 CC extiende la aplicación del anterior precepto a todos los supuestos «de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores o incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos». Estas medidas, inspiradas en el principio del superior interés del menor, son de contenido abierto. Así, por ejemplo, podrán adoptarse medidas relativas a:

Bienestar material:

- Retención de pago de prestaciones o bloqueo de los saldos positivos que queden en las cuentas titularidad de los menores, en supuestos de mala administración por parte de padres (artículos 167 y 164.1.º CC) o tutores.
- Anotación de prohibición de disponer.
- Anotaciones de demanda en los Registros de la Propiedad y Mercantil, para preservar el uso de la vivienda familiar o la prestación de alimentos.
- Anotación registral del derecho de uso de vivienda concedido en sentencia.

Aseguramiento personal:

- Prohibición de salida del territorio nacional y otras, en supuestos de riesgo de sustracción de menores (artículo 158.3.º CC).
- Sometimiento a autorización judicial previa el cambio de domicilio o medidas complementarias de control.
- Autorización a guardadores de hecho para realización de pruebas médicas urgentes.
- Resolución de conflictos de intereses relativos a intervenciones médicas sobre menores de edad, en los casos en los que el médico, como garante de la salud e integridad del paciente menor, ponga en conocimiento de la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal tales conflictos en función de la voluntad expresada por ellos o sus representantes legales.

- Conflicto de intereses en materia de internamiento psiquiátricos.
- Atribución provisional de guarda a los guardadores de hecho.
- Atribución provisional de guarda, excepcionalmente, a uno de los padres en casos de crisis particularmente conflictiva concurriendo circunstancias graves, asesorando en este caso al progenitor sobre la necesidad de presentar su reclamación ante el Juzgado de Familia.
- La medida prevista en el artículo 103.1.^ª, párrafo 2.º, CC, que permite encomendar la guarda de los hijos a otra persona o institución idónea, en tanto la Administración tutelante adopte una resolución sobre ellos, constituyéndose la guarda judicial referida en el artículo 172.2, último párrafo, CC.

Todas estas medidas, de naturaleza civil, podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, cauce que permitirá obtenerlas con agilidad e inmediatez, evitando los perjuicios que se derivan de la rigidez de procedimientos judiciales o administrativos.

Las medidas interesadas al amparo del artículo 158 tienen normalmente carácter cautelar, accesorio en un procedimiento principal civil o penal, y su petición, adopción o mantenimiento en el tiempo no están sujetos a limitación temporal. No es forzoso ajustarse a la tramitación fijada en los artículos 721 y siguientes LEC que regula las medidas cautelares en el proceso civil, pero sí puede aplicarse por analogía, a falta de previsión expresa.

En el seno de un procedimiento penal, son muy variadas las medidas que se pueden adoptar en protección de un menor, sea víctima, imputado o simplemente afectado de alguna forma por el proceso, como en el caso de los hijos que queden desprotegidos por la privación de libertad de sus padres. Puede acordarse la guarda judicial en el seno del procedimiento de la responsabilidad penal del menor para aplicación de la medida de convivencia en grupo familiar o de la medida de alejamiento de sus padres.

Pero estas medidas pueden solicitarse también de forma autónoma, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, cuando la necesidad de intervención inmediata demanda una resolución judicial urgente que evite las dilaciones o retenciones de la Administración tutelante.

Este cauce procesal, cuyos pormenores se tratan más adelante en el Capítulo V, es rápido y permite presentar pruebas y solicitar audiencia de personas vinculadas al menor. Debe oírse al menor si es mayor de 12 años o tuviera suficiente juicio y, en principio, también a la parte frente a o respecto a la que se pide la adopción de la medida. Pero en situaciones urgentes o cuya naturaleza aconseja no alertar a la fuente de riesgo, puede adoptarse *inaudita parte*, conforme permite el artículo 733.2 *in fine* LEC.

2.2.3. GUARDA DE HECHO

La guarda de hecho es aquella situación en la que una persona asume funciones de protección respecto a un menor de edad o incapaz sin que concurra un específico deber establecido en el ordenamiento jurídico. Normalmente se trata de vecinos o parientes que cuidan al menor, por motivos de enfermedad o ausencia de los padres.

El Fiscal conoce esta situación a través de los mismos guardadores, la propia Administración local o la Policía. La casuística es muy variada y deben existir plurales soluciones jurídicas para legalizar la situación del menor, dando una respuesta lo más eficaz posible.

La guarda de hecho no es una institución de protección sino una situación fáctica provisional, por lo que no cabe, en principio, un pronunciamiento judicial que le dé carta de naturaleza y estabilidad para el futuro. Por ello, es obligación de la autoridad judicial y del Fiscal, conforme recoge el artículo 228 CC, el promover las instituciones tutelares y de protección del menor. La subsistencia de la guarda de hecho se limita al tiempo que dure la sustanciación de estos trámites. Entre tanto, conforme al artículo 299 bis CC, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa del menor.

El CC se limita a contemplar la posibilidad de que existan situaciones de hecho y dicta unas pocas normas para su control y para la protección del menor, reconociendo la transitoriedad de la situación.

Conforme el artículo 303 CC, el Juez puede pedir informes al guardador sobre la situación actual del menor, relaciones con su familia biológica, patrimonio, salud, educación, etc., y establecer mecanismos de control y vigilancia. Puede requerir a la Administración para que, en ejercicio de sus competencias, constituya el acogimiento que corresponda, declarando en su caso el desamparo o asumiendo la guarda administrativa.

La intervención de la Administración permite comprobar si ha existido una dejación total o parcial del cumplimiento de sus deberes por parte de los progenitores y evita que el menor sea cuidado por quien carece de título para ello y, por ende, del vínculo necesario para la seguridad jurídica de la situación del propio menor.

Por ello, en principio, el Fiscal debe instar a la Entidad Pública de protección de menores a que proceda a la asunción de la tutela *ex lege*, previa declaración de desamparo, sin perjuicio de constituir un acogimiento provisional a favor del guardador, en tanto se valora su idoneidad.

Cabe, una vez declarado el desamparo, nombrar al guardador tutor ordinario, pero sólo cuando pueda preverse un desenvolvimiento pacífico de la tutela, pues, en otro caso, será conveniente el respaldo y apoyo que la Administración puede

ofrecer a los acogedores. Siempre es posible solicitar la adopción de medidas cautelares conforme al artículo 158 CC entre tanto se adopta la solución más idónea.

Pero la intervención de la Administración permite también comprobar si se trata de una simple delegación provisional de la guarda, en la que, por razones temporales y justificadas, los padres solicitan el auxilio de terceras personas, conforme a los usos sociales, sin por ello desentenderse de sus deberes de protección, cuya titularidad es intransmisible, conservando tanto el contacto personal como el poder de decisión y dirección en su proceso de formación.

2.2.4. **GUARDA ADMINISTRATIVA O VOLUNTARIA**

Se regula en el artículo 172.2 CC:

«Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario».

Debe concurrir una circunstancia grave que impida a los padres ejercer los deberes básicos que integran la patria potestad, que se definen en el artículo 154 CC: «Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral».

Los alimentos, regulados en el artículo 142 CC, comprenden lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y la educación e instrucción del alimentista.

Los supuestos más frecuentes son los que plantean los padres que no pueden garantizar la asistencia educativa o médica a sus hijos, con grave riesgo en su proceso de formación personal, y los de menores con severos trastornos de conducta, en los que no se aprecian motivos suficientes para suspender la patria potestad, aunque sí riesgo para el adolescente (artículo 17 LOPJM) que perjudica su desarrollo personal y social sin llegar a requerir (salvo en casos graves) la asunción de la tutela del menor.

También se solicita la guarda voluntaria por ausencia temporal de los padres en otros países o provincias, por razones laborales o de enfermedad, cuando no es posible delegar en otro adulto la guarda temporal de los menores.

Constituida la guarda administrativa, los padres siguen ostentando la patria potestad y manteniendo responsabilidad respecto a su hijo. Normalmente, se acuerda por tiempo determinado y cualquier variación se comunica al Fiscal que ejerce su supervisión en el seno de las diligencias preprocesales (Expedientes de Menores bajo medida de guarda).

Contra las resoluciones administrativas que acuerdan o deniegan la guarda voluntaria cabe oposición conforme al artículo 78º LEC.

2.3. EXPEDIENTES DE PROTECCIÓN DE MENORES TUTELADOS

Se considera 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 (artículo 172 CC). Las legislaciones autonómicas afinan más el concepto, señalando un elenco de circunstancias de las que se deduce dicha situación, pero no resulta sencillo establecer parámetros de comparación para decidirse por una visión más objetiva o subjetiva de las circunstancias concurrentes.

La declaración de desamparo conlleva, de forma automática, la tutela del menor por parte de la Entidad Pública y, consiguientemente, la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es especialmente celoso en la protección de las relaciones familiares. Parte de que el disfrute mutuo de la compañía entre padre e hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar en el que se incluye el derecho del niño a no ser separado de los padres, tal como se consagra en los artículos 9 CDN y 8 CEDH (SSTEDH de 28 de febrero de 1994, *caso Boyle contra Reino Unido* y de 1 de diciembre de 2009, *caso Eberhard y M contra Eslovenia*), pero también reconoce a las autoridades nacionales un amplio margen de apreciación en la decisión (STEDH de 14 de enero de 2003, *caso KA contra Finlandia*).

De este modo, cualquier interferencia en la vida familiar constituirá una violación del artículo 8 salvo que, conforme a la Ley, persiga un objetivo u objetivos que sean legítimos y puedan ser considerados como necesarios en una sociedad democrática (SSTEDH de 10 de octubre de 2008, *caso Glesmann contra Alemania* y de 8 de junio de 2010). Son por tanto tres los requisitos:

- cobertura legal;
- fin legítimo (proteger los derechos y libertades de los menores);
- necesidad en una sociedad democrática (recursos públicos suficientes, proporcionalidad, razones relevantes y suficientes y un proceso en la toma de decisión justo).

En nuestro ordenamiento, la declaración de desamparo y consiguiente tutela legal no precisa resolución judicial y, por tanto, no tendría acceso al Registro Civil a tenor del artículo 218 LRC, ya que sólo tendrán acceso las resoluciones judiciales

sobre cargos tutelares y de curatela, si bien no pueden olvidarse los artículos 46 LRC y 180 de su Reglamento que obligan a anotar al margen de la inscripción de nacimiento «cuantos hechos afectan a la patria potestad», no existiendo duda de que la suspensión de ésta, consecuencia de la tutela legal, le afecta de forma directa.

Dejando de lado el papel que el Ministerio Fiscal puede tener en la detección de situaciones de desamparo, sus funciones son propiamente supervisoras, a partir del momento en que se le notifica la **resolución acordando el desamparo**, la consiguiente tutela y la forma en que se ejercerá la guarda del menor. El artículo 23 LOPJM establece que, para el ejercicio de la función de vigilancia de la tutela, se llevará en cada Fiscalía un Índice de Tutelas de Menores.

La resolución declarando el desamparo se pone en conocimiento del Fiscal y se notifica a los padres en un plazo de 48 horas. Deberá estar motivada, recogiendo de forma clara las circunstancias que justifican la adopción de la medida y contener la modalidad de acogimiento elegida, pudiendo oponerse, en el plazo de dos meses (tres respecto al desamparo), los padres o tutores del menor cuando consideren que la modalidad acordada no es la más conveniente para el menor o si existieran dentro del círculo familiar otras personas más idóneas a las designadas. Igualmente, podrá oponerse el Ministerio Fiscal.

Recibida la resolución, el Fiscal examina el cumplimiento de la normativa en la **tramitación del expediente**, teniendo en cuenta el acto en que se produzca la irregularidad o vicio y su naturaleza a los efectos de su posible subsanación o, en su caso, oposición en vía judicial. Esencial es el trámite de audiencia, exigiéndose que los padres hayan podido participar en el proceso contemplado en su conjunto.

En cuanto al **control de fondo**, no hay que olvidar que el concepto de desamparo se basa en una situación de hecho. Al respecto, deberá examinarse si los hechos determinantes de la medida eran reales y tenían virtualidad suficiente para dar lugar a la intervención, si se han aplicado los principios de superior interés del menor y no separación/reinserción de su propia familia y controlar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, proscribiendo la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.2 CE). En cuanto a la motivación, el TEDH ha considerado que no es suficiente la mera referencia a la documentación obrante en el expediente o una vaga descripción de las consideraciones principales (STEDH de 13 de marzo de 2012, caso *Y.Z. contra el Reino Unido*).

El Fiscal debe prestar especial atención a las intervenciones inmediatas o urgentes con desamparo cautelar, donde el expediente se realiza o completa *a posteriori* y que puede conllevar acogimientos residenciales así como a los supuestos que afecten a menores extranjeros no acompañados velando por que en la resolución declarativa del desamparo se concrete la fecha y momento en que el menor fue puesto a disposición de la Entidad ya que constituye el inicio del cómputo del plazo para la concesión de la autorización de residencia provisional.

2.3.1. ACOGIMIENTOS

Tal como recoge el artículo 172.3 CC, la asunción de la tutela por ministerio de la ley conllevará la guarda del menor, que se realizará mediante el *acogimiento familiar* o el *acogimiento residencial*. En supuestos de hermanos, deberá procurarse que la guarda se confíe a una misma institución o persona.

El acogimiento familiar se realiza por la persona o personas que determine la Entidad Pública, produciendo la plena participación del menor en la vida de familia e imponiendo a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Puede formalizarse de forma administrativa, si no existe oposición de los padres o tutor ya que, en caso contrario, sólo podrá ser declarado por el Juez a instancia de la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal, pudiendo acordarse en interés del menor un acogimiento familiar provisional por la entidad pública, que subsistirá hasta tanto que se produzca la resolución judicial.

Este acogimiento familiar puede ser en familia extensa o en familia ajena y adoptar varias modalidades (artículo 173 bis CC):

- **Simple**, tendrá carácter transitorio, bien porque se prevea la reinserción en su propia familia, bien en tanto se adopte una medida de protección de carácter más estable.
- **Permanente**, atendiendo a la edad y circunstancias del menor y la familia. Previa información de sus técnicos, la Entidad Pública puede solicitar del Juez que atribuya a los acogedores facultades de tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades.
- **Preadoptivo**, a formalizar cuando se eleve la propuesta de adopción, o se considere que con anterioridad fuera necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia, período que deberá ser lo más breve posible y no podrá exceder de un año. Deberán concurrir, en la familia y el menor, los requisitos necesarios para la adopción.

En los acogimientos familiares, al recibir el escrito de formalización, el Fiscal revisa si contiene los extremos exigidos en el artículo 173.2 CC:

- Los consentimientos de la Entidad Pública, de las personas que reciban al menor y de éste, si tuviera doce años cumplidos, así como el de los padres no privados de la patria potestad o el tutor, salvo el acogimiento provisional.
- La modalidad de acogimiento y duración prevista, carácter profesionalizado u hogar funcional.
- Los derechos y deberes de cada una de las partes, periodicidad de las visitas, cobertura de responsabilidades civiles y asunción de gastos.

- El contenido del seguimiento y compromiso de colaboración.
- La compensación económica que, en su caso, vayan a percibir los acogedores.
- Informe de los servicios de atención a menores.

El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde se ha acogido al menor. En estos casos la LOPJM, teniendo en cuenta que es necesario que el menor tenga una experiencia de vida familiar, principalmente en la primera infancia, procurará que permanezca internado durante el menor tiempo posible, salvo que convenga a su interés.

Al recibir la notificación del acogimiento residencial, se valorará si el resto de instrumentos de protección han resultado imposibles o inadecuados y si el centro es el que responde a sus necesidades.

Los menores suelen ingresar en un centro de protección destinado a la acogida y observación mientras se realiza el estudio de su situación y las medidas para su protección, pudiendo darse situaciones de especial vulnerabilidad. Es preciso que el Fiscal controle que, transcurrido el plazo estrictamente necesario, el menor sea trasladado a un centro adecuado.

Especial atención requiere la presencia en un Centro de Protección de menores para el cumplimiento de medidas impuestas en aplicación de la LORPM. Deben promoverse en estos casos las acciones pertinentes para la reubicación en el centro que corresponda.

Todos los servicios, hogares funcionales o centros dirigidos a menores, deben estar autorizados y acreditados por la entidad pública. A los efectos de asegurar la protección de los derechos de los menores, la Entidad Pública competente en materia de protección de menores debe realizar la inspección y supervisión de los centros y servicios semestralmente y siempre que así lo exijan las circunstancias.

2.3.2. INSPECCIÓN DE CENTROS DE PROTECCIÓN

El Ministerio Fiscal deberá ejercer su «vigilancia sobre todos los centros» que acogen a menores (artículo 174 LOPJM). La Instrucción FGE 3/2008, de 30 de julio, atribuye a las Secciones de Menores esta función que se extiende a las instalaciones, las medidas de seguridad e higiene y la concreta situación de los menores residentes, lo que implica la entrevista reservada con los que así lo soliciten. Por supuesto, la función inspectora tiene como finalidad promover la corrección de las deficiencias que se observen.

Para orientar la actuación del Fiscal en este ámbito, la FGE dictó en febrero de 2009 un *Protocolo de actuaciones del Fiscal en las visitas de inspección a los Cen-*

tros de Protección de Menores en el que se prevé la programación semestral de estas visitas y su realización ordinaria con previo aviso. No se descarta la posibilidad de visitas sin previo aviso que, por razones de urgencia, sean necesarias para la mejor protección de los menores ingresados, como en los casos de Centros de acogida inmediata o de recepción y Centros de protección de menores con trastornos de conducta, donde las visitas serán trimestrales.

La visita constará de tres partes:

- Entrevista con los responsables del centro, examinando la documentación que obligatoriamente deben presentar, en especial el proyecto educativo general y los proyectos educativos individualizados para los menores residentes, preguntando sobre las condiciones materiales y personales del centro, forma de funcionamiento e incidencias de interés. La Dirección del Centro informará sobre la plantilla y funcionamiento del centro, pudiendo ésta comunicar directamente con la Fiscalía cualquier cuestión que afecte a la protección de menores.
- Inspección ocular de las instalaciones, haciendo las observaciones correspondientes para instar la modificación de las deficiencias que se adviertan.
- Entrevista personal y confidencial con menores ingresados y miembros del personal del centro, abriéndose un cauce de comunicación con ellos en orden a recibir las comunicaciones que afecten a la labor de protección, familiares o allegados que así lo soliciten.

Caso de detectarse carencias o irregularidades, se dirigirán los oportunos requerimientos al Director del Centro y a la Entidad Pública a fin de que se corrijan, pudiendo el Fiscal, en caso contrario, ejercitar las acciones oportunas al amparo del artículo 158 CC, en salvaguarda de los derechos e intereses de los menores residentes.

2.3.3. CENTROS DE PROTECCIÓN PARA MENORES CON TRASTORNOS DE COMPORTAMIENTO

Son centros de protección que albergan a adolescentes con trastornos de comportamiento o conductas inadaptadas o de alto riesgo. Aunque con diferente diseño, estructura y régimen, suelen presentar rasgos específicos de seguridad y restricción de libertad que, unidos al perfil de los usuarios, pueden comprometer seriamente sus derechos.

La especialidad de estos centros fundamenta la necesidad de autorización judicial para el ingreso en ellos de menores sometidos a tutela (artículo 271.1 CC), que debe obtenerse por los trámites del procedimiento de jurisdicción voluntaria inno- minado que se tratan más adelante (Capítulo V).

La labor de inspección del Fiscal en estos centros exige una permanente supervisión, con un control de la existencia, características y catalogación de los centros, especial atención a los presupuestos de validez de cada ingreso, al proyecto educativo del centro que se erige en el primer presupuesto de validez de las medidas de seguridad y del régimen disciplinario, así como a la programación pedagógica individual de cada menor residente. Igualmente importante es examinar los reglamentos de régimen interno y su aplicación, controlando especialmente las sanciones de aislamiento, que deberán responder a actos violentos o autolesivos y llevarse a cabo en espacios adecuados, no pudiendo ser su duración superior a las seis horas y debiendo estar acompañado o supervisado por un educador.

2.3.4. SEGUIMIENTO DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA POSTERIOR A LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO. EXTINCIÓN DE LA TUTELA

Una vez adoptada la medida protectora por parte de las Entidades Públicas, éstas deben seguir trabajando con la familia, para en su caso alzar la intervención, lograr la reinserción en ésta o, en el supuesto de no ser posible, buscar la mejor alternativa para el futuro del niño, debiendo el Fiscal estar atento a la posible inactividad de la Administración.

En este sentido, el apartado 8 del artículo 172 dice que «la entidad pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá en todo momento revocar la declaración de desamparo y decidir la vuelta del menor con su familia si no se encuentra integrado de forma estable en otra familia o si entiende que es lo más adecuado en interés del menor». La doctrina general del TEDH a este respecto está sintetizada en la STEDH de 8 de junio de 2010, *caso Dolhamre contra Suecia*: «La asunción de la custodia de un niño debiera normalmente ser considerada como una medida temporal para dejarla sin efecto tan pronto como las circunstancias lo permitan (...) debiera ser coherente con el fin último de reunir a la familia natural con el niño». En la STEDH de 14 de enero de 2003, *caso K.A. contra Finlandia*, se exige a las autoridades examinar la situación periódicamente para comprobar si ha habido alguna mejoría en las circunstancias familiares.

Durante la tutela cobra especial relieve el artículo 9.3 CDN por establecer que «se respetará el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor». Aunque se encuentre suspendida la patria potestad, la filiación no queda afectada y, por tanto, los padres, salvo resolución contraria, tienen derecho a relacionarse con sus hijos menores [artículos 160, 161 y 173.2.3.º, apartado a)] y están obligados a velar por ellos y a prestarles alimentos (artículo 110 CC).

Considerando las amplias facultades de la Entidad Pública para garantizar el éxito de su intervención, que ésta se orienta, salvo excepciones, a la reinserción familiar y que puede, por su autoridad, acordar la suspensión de la patria potestad, se concluye que también se encuentra habilitada para decidir sobre el régimen de visitas, quedando a salvo el preceptivo control judicial cuando los interesados ejerciten sus acciones de oposición y siempre sin perjuicio de la intervención supervisora del Ministerio Fiscal.

Del examen de los artículos 222 y 239 CC y la Exposición de Motivos de la LOPJM se desprende que la denominada «automática» es una de las dos vertientes de la tutela regulada en el CC, cuyas disposiciones le son aplicables en cuanto no resulten incompatibles con su especificidad y finalidad.

En consecuencia, aunque la Administración tutora no precisará prestar fianza (artículo 260.2 CC), sí viene obligada a hacer inventario de los bienes del tutelado y a la rendición de cuentas periódica y final de su administración.

Respecto a la rendición de cuentas al final de la tutela, la Entidad Pública debe promover expediente de jurisdicción voluntaria para su aprobación y antes de proceder a la entrega del saldo a los beneficiarios una vez alcanzada la mayoría de edad.

Los expedientes de protección iniciados con la comunicación de la asunción de la tutela automática o de la guarda deben en todo caso **revisarse cada seis meses**, comprobando si se ha remitido el informe de seguimiento que hará referencia al menos a los siguientes extremos: a) lugar de residencia del menor; b) estado de salud en general, así como la atención personal y asistencial que haya podido requerir el menor; c) actividades formativas desarrolladas; d) actuaciones practicadas en pro de su inserción en la familia biológica o, en su defecto, perspectivas de inserción en familia alternativa.

La tutela automática se extingue cuando el menor cumpla los dieciocho años, se emancipe o haya sido adoptado, fallezca o se constituya una tutela ordinaria y en aquellos casos en que se revoque por desaparición de las causas que motivaron la declaración de desamparo. La fuga de un menor del centro donde resida no hace desaparecer el desamparo sino que la situación de vulnerabilidad se incrementa exponencialmente, por lo que el Fiscal deberá oponerse a las resoluciones de la Entidad Pública que declaren la extinción de la tutela por tal causa. Archivado el expediente, habrá de cancelarse el correspondiente asiento del índice de tutelas.



PROTECCIÓN REFORZADA DE COLECTIVOS VULNERABLES

CARLOS ELOY FERREIRÓS MARCOS

3.1. LA NIÑA

3.1.1. INTRODUCCIÓN

Junto con una exigencia general derivada de la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* (1979), la Organización de Naciones Unidas ha manifestado su preocupación por la discriminación de las niñas y la conculcación de sus derechos, como consecuencia de lo cual suelen tener menor acceso que los niños a la educación, la nutrición y la atención de la salud física y mental y disfrutar menos que ellos de los derechos, oportunidades y beneficios de la niñez y la adolescencia y con frecuencia son víctimas de diversas formas de explotación cultural, social, sexual y económica y de violencia y prácticas perjudiciales como el infanticidio femenino, la violación, el incesto, el matrimonio precoz, el matrimonio forzoso, la selección prenatal de sexo y la mutilación genital femenina. Vamos a hacer referencia a algunos supuestos, sin ánimo exhaustivo.

3.1.2. MENORES GESTANTES

La atención a las menores con necesidades de protección y con necesidades especiales debido a su situación de embarazo ha constituido una preocupación constante de los sistemas de atención a la mujer. Es fácil encontrar, en los centros de mujer,

menores en estado de gestación o con hijos pequeños, tuteladas por las entidades públicas. El tipo de ingresos participa de unas características diferenciadas, tanto por su naturaleza, como por la duración más prolongada de los internamientos y por sus fines que, junto a los deberes propios de la tutela de los menores del artículo 269 del Código Civil, suma la de asistencia en el ejercicio de la patria potestad al menor no emancipado, prevista en el artículo 157 del texto legal anteriormente citado.

Desde una perspectiva de protección sería conveniente censar el número de casos que existen y recabar periódicamente información sobre la situación de las menores para un mejor seguimiento de su inserción socio-laboral, de la adquisición y habilidades personales maternas y de relación, de las actividades que se están desarrollando para su hijo/a/s y, en su caso, el apoyo post-institucional que va a realizarse en caso de estimarse que puede procederse a éste con buen resultado, prestaciones que son objeto de la actividad de estos recursos. El tenor del artículo 21 LOPJM sugiere la conveniencia de oír periódicamente a estas adolescentes institucionalizadas, aunque no residan en centros de protección.

Importante es destacar que diferentes autonomías han ido desarrollando normas sobre apoyo a la mujer embarazada y a la maternidad. Tales normas contemplan prestaciones referidas a la educación para la maternidad, apoyo psicológico, intervención familiar, apoyo en el centro docente y flexibilización temporal del proceso de escolarización, concesión de ayudas económicas, entre otras.

3.1.3. NIÑAS EN SITUACIÓN DE PROSTITUCIÓN

El párrafo primero de la Disposición Adicional Segunda de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal establece:

«Cuando la autoridad gubernativa tenga conocimiento de la existencia de un menor de edad o de un incapaz que se halla en estado de prostitución, sea o no por su voluntad, pero con anuencia de las personas que sobre él ejerzan autoridad familiar o ético-social o de hecho, o que carece de ellas, o éstas lo tienen en abandono y no se encargan de su custodia, lo comunicará de inmediato a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de menores y al Ministerio Fiscal, para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias».

La prostitución ha sido materia históricamente ligada a los centros específicos de mujer más que a los de menores. En la actualidad siguen produciéndose ingresos en los centros de mujer por varias razones, fundamentalmente por la violencia ejercida por los proxenetas o por la protección ante la existencia de redes de trata de blancas. Lo anterior genera dos tipos de problemas: el primero, por cuestión de seguridad, en cuanto que su encaje radicaría en muchos casos en los supuestos pre-

vistos en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales; el segundo, por razón del diferente trabajo a realizar respecto al del colectivo de mujeres afectadas por la denominada «violencia sobre la mujer».

España es parte en el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. Naciones Unidas manifiesta su preocupación por la importante y creciente trata internacional de menores a los fines de la venta de niños, su prostitución y su utilización en la pornografía; reconociendo que algunos grupos especialmente vulnerables, en particular las niñas, están expuestos a un peligro mayor de explotación sexual, y por la disponibilidad cada vez mayor de pornografía infantil en Internet y otros medios tecnológicos modernos.

Por **venta de niños** se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución; por **prostitución infantil** se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución; por **pornografía infantil** se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

El artículo 8 establece que los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para proteger, en todas las fases del proceso penal, los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas por el Protocolo y, en particular, deberán:

- a) Reconocer la vulnerabilidad de los niños víctimas y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales, incluidas las necesidades especiales para declarar como testigos;
- b) Informar a los niños víctimas de sus derechos, su papel, el alcance, las fechas y la marcha de las actuaciones y la resolución de la causa;
- c) Autorizar la presentación y consideración de las opiniones, necesidades y preocupaciones de los niños víctimas en las actuaciones en que se vean afectados sus intereses personales, de una manera compatible con las normas procesales de la legislación nacional;
- d) Prestar la debida asistencia durante todo el proceso a los niños víctimas;
- e) Proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas y adoptar medidas de conformidad con la legislación nacional para evitar la divulgación de información que pueda conducir a la identificación de esas víctimas;
- f) Velar por la seguridad de los niños víctimas, así como por la de sus familias y los testigos a su favor, frente a intimidaciones y represalias;
- g) Evitar las demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de las resoluciones o decretos por los que se conceda reparación a los niños víctimas.

El citado artículo también establece que «los Estados Partes garantizarán que la existencia de dudas acerca de la edad real de la víctima no impedirá la iniciación de las investigaciones penales; que garantizarán que, en el tratamiento por la justicia penal de los niños víctimas de los delitos enunciados en el presente Protocolo, la consideración primordial a que se atienda sea el interés superior del niño; que adoptarán medidas para asegurar una formación apropiada, particularmente en los ámbitos jurídico y psicológico, de las personas que trabajen con víctimas de los delitos prohibidos en virtud del presente Protocolo y que adoptarán, cuando proceda, medidas para proteger la seguridad e integridad de las personas u organizaciones dedicadas a la prevención o la protección y rehabilitación de las víctimas de esos delitos».

Por último, el artículo 9 insiste en las materias propias de la prevención y expresa, en su número 3, que «los Estados Partes tomarán todas las medidas posibles con el fin de asegurar toda la asistencia apropiada a las víctimas de esos delitos, así como su plena reintegración social y su plena recuperación física y psicológica» y, en su número 4, que «los Estados Partes asegurarán que todos los niños víctimas de los delitos enunciados en el presente Protocolo tengan acceso a procedimientos adecuados para obtener sin discriminación de las personas legalmente responsables, reparación por los daños sufridos».

España también es parte del *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional* entre cuyas finalidades se encuentran «prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños» y «proteger a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos». Los artículos 6 a 8 del Convenio establecen una serie de medidas de protección de las víctimas y de particularidades respecto a las normas de extranjería y repatriación.

Reseñar, por último, las importantes disposiciones contenidas en los artículos 140 a 146 del *Reglamento de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. En particular, es necesario mencionar el artículo 146 que subraya el principio general de preservación del interés del menor en todas las actuaciones previstas en este capítulo del Reglamento, la posibilidad de las Entidades Públicas de protección de menores de «proponer la derivación del menor hacia recursos específicos para víctimas de trata de seres humanos, por razones de protección o de asistencia especializada» y, finalmente, la garantía de la separación entre menores y mayores de edad en los recursos específicos para víctimas de trata de seres humanos.

3.1.4. ABLACIÓN DE ÓRGANOS GENITALES

La mutilación incluye todos los procedimientos que supongan la extirpación parcial o total de los órganos genitales femeninos externos u otros daños a los órganos

genitales de la mujer que no se realicen por motivos médicos. Este fenómeno refleja una profunda discriminación contra las niñas y las mujeres firmemente arraigada en las estructuras sociales, económicas y políticas, constituye una práctica nociva y una gravísima violación de los derechos humanos. Las comunidades practican la mutilación/ablación genital femenina con la convicción de que ello asegurará a la niña un buen matrimonio, la castidad, la belleza o el honor de la familia. La práctica se basa en una norma social tan poderosa que las familias someten a sus hijas a la ablación, aun cuando son conscientes del daño que puede causar. Desde su perspectiva, el incumplimiento de esa obligación supondría un daño mayor para la niña y para toda la familia debido a la vergüenza y la exclusión social.

La reforma del Código Penal introducida por la LO 1/2003 introdujo un segundo apartado en el artículo 149 que reseña:

«El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.

Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz».

Las mutilaciones genitales ya estaban contempladas con anterioridad en este apartado, pero se ha querido atender al fenómeno concreto de ablación del clítoris frecuente en determinadas etnias de inmigrantes.

La Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina modificó el artículo 23, apartado 4, introduciendo la letra g) en la que se señala que «será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como (...) relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España».

En Cataluña, el volumen de casos que se ha detectado en algunos lugares con nutridas comunidades de origen africano (Gambia, Senegal, Malí, Mauritania,...) cuyas culturas acogen y apoyan esta práctica ha forzado la elaboración de protocolos de actuación inmediata y coordinada en la que destacan:

- Incoación del proceso penal, cuando los datos conocidos permitan sostener la existencia de indicios de la futura comisión del delito, aun en fase incipiente (téngase en cuenta que el artículo 151 permite la persecución de las denominadas formas preejecutivas plurales —conspiración, proposición y provocación—).

- Solicitud de incoación de un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

En cualquier caso, lo importante son las medidas a adoptar y las que refieren son:

- Información a los padres de las consecuencias penales que de tales hechos pueden derivarse, medida que se ha demostrado bastante eficaz.
- Prohibición de salida del territorio nacional y retirada de los pasaportes de las menores.
- Reconocimiento médico forense de las menores cada seis meses.
- Cuando, como es frecuente, se trate de familia normalizada, deben ponerse los hechos en conocimiento de la Entidad Pública para que dicte resolución de desamparo evitando que la niña pueda salir del país y permitiendo que siga viviendo con su familia bajo la tutela de la Entidad Pública ya que la separación familiar podría resultar traumática para la menor, sobre todo si es pequeña.
- Examen médico previo al viaje y posterior, exigiendo la presentación de los billetes de ida y vuelta para garantizar el regreso.

El descenso de casos en los últimos años no ha llevado a la Fiscalía a bajar la guardia. Se mantienen las pautas de actuación, fundamentalmente dirigidas a la adopción de las medidas del artículo 158 CC en protección de las niñas cuando se detectan mayores riesgos con ocasión de desplazamientos temporales a sus países de origen.

3.1.5. LA EXPLOTACIÓN DE LAS NIÑAS

Las primeras normas españolas de protección de menores se centraron en las formas de explotación de tipo económico (trabajos peligrosos o forzosos, mendicidad infantil, etc.). La mendicidad infantil es objeto de atención en los artículos 232 y 233 del Código Penal, la pornografía infantil en el 189 del citado texto y la prostitución infantil en los artículos 187 y 188.

España es parte del Convenio sobre *la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación* (número 182 de la OIT, BOE de 17 de mayo de 2001). El artículo 7 recoge la obligación de los Estados Miembros de «adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar la aplicación y el cumplimiento efectivos de las disposiciones por las que se dé efecto al presente Convenio, incluidos el establecimiento y la aplicación de sanciones penales o, según proceda, de otra índole», estableciendo en su apartado 2 la obligación de los Estados Miembros de adoptar, teniendo en cuenta la importancia de la educación para la eliminación del trabajo infantil, medidas efectivas y en un plazo determinado, con el fin de:

- a) Impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil.
- b) Prestar la asistencia directa necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación e inserción social.
- c) Asegurar a todos los niños que hayan sido librados de las peores formas de trabajo infantil el acceso a la enseñanza básica gratuita y, cuando sea posible y adecuado, a la formación profesional.
- d) Identificar a los niños que están particularmente expuestos a riesgos y entrar en contacto directo con ellos.
- e) Tener en cuenta la **situación particular de las niñas**.

Muchas de las formas de explotación, en particular las de mendicidad, no se persiguen por distintas razones vinculadas generalmente a la escasa convicción sobre la prueba o la posibilidad de condena. Sin perjuicio de las actuaciones penales en todos los casos en que sea procedente, sería necesaria siempre la apertura de diligencias preprocesales del artículo 5 en todos los casos en que se observe la existencia de riesgo, iniciando las pertinentes averiguaciones a través de los centros sociales del municipio.

3.1.6. MATRIMONIOS FORZADOS Y MATRIMONIOS DE MENORES

Como señala UNICEF, en muchas partes del mundo los padres animan a sus hijas al matrimonio, siendo niñas, con la esperanza de que éste les beneficiará social y financieramente. En la actualidad el matrimonio de los menores es una violación de los derechos humanos que compromete el desarrollo de las niñas y, a menudo, conduce a embarazos tempranos y aislamiento social, déficit de educación y formación. Todo ello disminuye los recursos y oportunidades de todo orden de niñas y adolescentes y ahonda la discriminación que viven en la familia, la escuela y la sociedad. Es necesario desarrollar métodos que protejan a las niñas del matrimonio temprano y de dirigir a las que están ya casadas a ejercer su derecho a una educación completa y formación que les permita asegurar su sustento. Pueden distinguirse varios conceptos:

- **Matrimonio forzado:** caracterizado por la ausencia de consentimiento de, al menos, uno de los contrayentes.
- **Matrimonio concertado:** caracterizado por la intervención de un tercero al margen de la pareja, usualmente los padres. Si bien son ellos los que lo organizan, la decisión última corresponde a la pareja.
- **Matrimonio de conveniencia:** cuyo propósito no es propiamente el de contraer nupcias sino lograr otro distinto para el logro del cual se realiza la simulación. Habitualmente se concierta para la obtención del permiso de residencia. Este tipo de matrimonios es propiamente un fraude (con sus co-

respondientes efectos), pero en él los contrayentes presentan acuerdo para su realización.

Sólo el primero constituye propiamente violación de los derechos humanos.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha admitido la excepción de orden público tanto en los casos de leyes extranjeras que admiten el matrimonio entre niños, es decir, respecto de menores que no hayan alcanzado la edad a partir de la cual el impedimento de edad es dispensable, como de las leyes extranjeras que autorizan el matrimonio sin necesidad de la voluntad libre y real prestada por cada uno de los contrayentes o aun en contra de la voluntad de ellos.

Sin embargo, no se trata sólo de matrimonios que puedan tener acceso al Registro Civil sino también de las prácticas que quedan fuera de él y que virtualmente son aceptados como tales en las culturas de procedencia. La importante cifra negra que ello supone y las dificultades de detección son un extremo importante a considerar.

El promedio de edad de la menarquia (primera menstruación) ha disminuido. El adelanto de la fecundidad permite la aparición de embarazos a edades más tempranas lo que depende no sólo de factores biológicos sino también de factores sociales y personales. El artículo 48, párrafo segundo, del Código Civil permite al Juez de Primera Instancia dispensar, **con justa causa** y a instancia de parte, el impedimento de edad a partir de los catorce años, con previa audiencia del menor y sus padres o guardadores, siendo un hecho que el embarazo de la menor ha sido alegado en muchas ocasiones como tal. La doctrina de la DGRN estima que, siendo una causa de cierta entidad, no puede por sí sola ser suficiente y el Encargado debe tratar, con un criterio objetivo, de cerciorarse respecto a la conveniencia del matrimonio para la peticionaria; siendo evidente que, para llegar a esa apreciación, debe tener en cuenta, muy especialmente, las circunstancias personales del otro contrayente, así como las manifestaciones de los padres y del Ministerio Fiscal.

En la actualidad, mientras el número de nacimientos de hijos de madres menores de 18 años aumenta, el número de matrimonio de niñas, sin embargo, disminuye. Se observa también que el número de esposas de nacionalidad extranjera aumentó a lo largo de la última década hasta su mitad, momento en que comenzó el descenso y que la cifra de matrimonios de niñas de nacionalidad española es superior a la de extranjeras, por lo que no nos encontramos ante un fenómeno exclusivamente derivado de la inmigración.

Nuestro país no ha legislado, propiamente, una infracción penal específica que contemple el matrimonio forzado como tal. Sin embargo, tales conductas son susceptibles de integrar tipos como los delitos contra la libertad (detenciones ilegales —artículo 163 CP— y secuestros —artículos 164 y siguientes CP—; amenazas —artículos 169 y siguientes CP—; coacciones —artículo 172 CP—), torturas y otros delitos contra la integridad moral (artículo 173 CP), delitos contra la libertad e

indemnidad sexuales. Sin embargo, como novedad de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se ha creado el Título VII bis dentro del Libro II, que comprende el artículo 177 bis, con la rúbrica «De la trata de seres humanos». El artículo es consecuencia de la ratificación por el Estado español de varios convenios sobre trata de seres humanos. El precepto no contempla propiamente el «matrimonio forzado» sino aquellos que reúnan los requisitos constitutivos de la trata de seres humanos. Para ello hay que concretar lo que constituye «prácticas similares a la esclavitud» y atender a su definición expresada en la Convención suplementaria sobre *la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud*, firmada en Ginebra el 7 de septiembre de 1956. El artículo 1, en lo que atañe propiamente a los matrimonios forzados [apartado c)], se refiere a toda «institución» o «práctica», en virtud de la cual:

«(...)

- i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;
- ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;
- iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona».

También habría que tener en cuenta el apartado d) en la medida en que contempla «toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven». Si bien no es propiamente matrimonio forzado, sí que es conceptualmente posible que bajo el paraguas de esta institución se pueda producir una explotación semejante. El precepto resuelve expresamente la materia de los concursos en su apartado 9 y tipifica la provocación, conspiración y proposición (apartado 8). La pena básica que recoge es de cinco a ocho años de prisión y entre las distintas agravaciones específicas se encuentra el hecho de que la víctima sea menor de edad, elevando la pena a la superior en grado.

No todos los matrimonios de niños son matrimonios forzados, ni tan siquiera ilícitos. Como ya se apuntó en las páginas precedentes, hay una importante diferencia entre el matrimonio forzado y el concertado. Sin embargo, lo anterior no significa que no deban realizarse actuaciones de protección de menores. La estructura legal exige realizar una diferenciación por edades:

- a) Inferior a 13 años cumplidos. Como expresa el Tribunal Supremo, el Código Penal establece una presunción *iuris et de iure* sobre ausencia de consentimiento que implica que el menor de dicha edad «es incapaz para

autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido». El límite se refiere a la edad física y no a la mental, dado que quebraría el principio de seguridad jurídica. La reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, refuerza todavía más, si cabe, lo anterior al introducir un nuevo Capítulo II bis al Título VIII del Libro II del Código Penal, denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años», que comprende los artículos 183 y 183 bis. Por tanto, no es aceptable, bajo sanción penal, ni institución ni práctica matrimonial (puesto que, sea cuál sea la definición que se acepte, implica una unión de contenido sexual) que tenga por uno de sus contrayentes a un menor de dicha edad.

- b) Edad de 13 años. Como se sabe, el impedimento de edad es dispensable en nuestro ordenamiento a los 14 años por el Juez de Primera Instancia, con justa causa y a instancia de parte (artículo 48 CC), produciendo al matrimonio la emancipación (artículo 316 CC). Desde luego no es aceptable la institución, pero tampoco debe serlo la práctica que contemple un matrimonio a esta edad. No obstante, al no existir sanción propiamente dicha, pudiendo el menor determinarse en su esfera sexual, habrá que estar a la concreta situación a la hora de determinar cuáles son las medidas a adoptar y la posible responsabilidad de los padres si se considera que ha existido un abandono de familia (artículo 226 CP en relación con el artículo 154 CP) dado que, al ser delito semipúblico, exigiría la denuncia del Fiscal conforme al artículo 228 CP, lo que implica una valoración del interés del menor en atención a las circunstancias concurrentes. En cualquier caso, siempre será necesaria la adopción de medidas de protección.
- c) Edad de 14 y 15 años. Como expresa el informe Zapfl-Helbling, para los matrimonios de menores de 10 años, el consentimiento no se puede considerar porque la menor no es capaz de consentir; para las que se encuentran entre 10 y 14, el hecho de la pubertad tampoco debe considerarse puesto que de alguien tan joven no puede esperarse que comprenda lo que constituye y lo que implica la aceptación. La cuestión es más compleja cuando el consentimiento lo realiza una persona de 15 o 16, la redactora del informe considera que «debe realizarse una distinción entre la edad de la madurez sexual y la del consentimiento matrimonial» y que «el menor haya alcanzado la edad de consentimiento a las relaciones sexuales no significa que esté preparado para el matrimonio». Es de reseñar lo absurdo que supone que sea precisamente el matrimonio la única excepción a la regla de la posibilidad de emancipación a los 16 años. De hecho, el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado expresamente a España que revise su legislación para elevar a 16 años la edad mínima para contraer matrimonio en circunstancias excepcionales y con el permiso de un juez y que se especifique de manera

explícita que se trata de casos excepcionales. Por tanto, aquí será necesario siempre una evaluación y un plan de intervención.

- d) Edad de 16 y 17 años. Ésta es la edad en que la ley permite la emancipación o el beneficio de la mayor edad con carácter general. También supone un nivel de madurez superior en el menor que debe ser tomado en consideración. Aunque lo deseable es que todos los matrimonios (institución o práctica) se celebren cumplidos ambos contrayentes los 18 años, con toda probabilidad, atendidas las circunstancias de la menor, será más aconsejable a su interés que la intervención se funde más en el «ofrecimiento» que en un plan de intervención, aunque en este último se haya logrado la colaboración que exige el artículo 15 LOPJM.

Establecidas las franjas de edad, sería útil reseñar el contenido mínimo de los Planes de Intervención. Cualquier instrumento de estas características debe partir de una adecuada verificación de las circunstancias, valorando la adopción de las concretas medidas que podrán quedarse en el mero riesgo o en el desamparo. En el caso de mero riesgo, la actuación debe «garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia». Hay muchos aspectos a tener en cuenta, como el nivel de presión ejercido por el ámbito familiar o el entorno sociocultural o la necesidad de no estigmatizar a colectivos determinados por la práctica de sus tradiciones. Probablemente, los derechos que con mayor frecuencia se verán afectados sean los que a continuación se citan:

- a) **Derecho a la salud** (artículo 43 CE). Sin duda hablamos de un impacto físico y emocional que puede dañar la salud de la menor. Más concretamente, hay que velar por el derecho a la salud sexual y reproductiva especialmente tutelado en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. Ésta entiende, por **salud sexual**, el «estado de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad, que requiere un entorno libre de coerción, discriminación y violencia» y, por **salud reproductiva**, «la condición de bienestar físico, psicológico y sociocultural en los aspectos relativos a la capacidad reproductiva de la persona, que implica que se pueda tener una vida sexual segura, la libertad de tener hijos y de decidir cuándo tenerlos». Debe recordarse también que, el artículo 24.3 de la Convención de los Derechos del Niño establece que «los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños».
- b) **Derecho a la enseñanza básica obligatoria** (artículo 27.4 CE), con todo el alcance de los artículos 28 y 29 CDN, lo que implica que el objetivo principal de la educación es el desarrollo de la personalidad de cada menor, de sus dotes naturales y capacidad, reconociéndose el hecho de que cada persona

tiene características, intereses y capacidades únicas y también necesidades de aprendizaje propias. Por lo tanto, el programa de estudios debe guardar una relación directa con el marco social, cultural, ambiental y económico y con sus necesidades presentes y futuras, y tomar plenamente en cuenta las aptitudes en evolución; los métodos pedagógicos deben adaptarse a las distintas necesidades.

- c) **Derecho a la igualdad** (artículo 14 CE). Conforme al artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, «el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil». Desde el marco de la prevención, ello debe plasmarse en que su nueva situación no suponga que tenga menor acceso a disfrutar de los derechos, oportunidades y beneficios de la niñez y la adolescencia, que pueda adquirir las habilidades suficientes para afrontar las exigencias que va a encontrar en su vida social y que no impida su desarrollo en todos los aspectos, particularmente en el de formación, empleo y relación social.

Es de señalar que, en ocasiones, ante la falta de colaboración será necesario impetrar el auxilio judicial por la vía del artículo 158 del Código Civil, de alcance amplio, sin perjuicio de que determinadas acciones puedan ser constitutivas de infracción penal, particularmente en los casos de ocultación de la menor a fin de imposibilitar la aplicación de las medidas (véanse, en este sentido, los artículos 223 a 225 bis CP).

Sin embargo, la rigidez de los principios debe templarse con la prudencia y la atención del interés de la menor en el caso concreto puesto que muchos casos, desde un punto de vista objetivo, habrá que plantearse problemas tales como los retardos administrativos, la necesidad de atender a las peculiaridades culturales correspondientes, la desproporción que puede surgir de separar a la menor de su entorno, la ineficacia real de medidas formalmente válidas pero materialmente inútiles y la falta de un horizonte claro a la hora de tomar decisiones.

Desde otra perspectiva, el interés subjetivo de la adolescente puede verse comprometido dado que puede ser frecuente que el hecho del matrimonio sea no sólo aceptado por ella sino visto como positivo en atención a su pertenencia a un grupo sociocultural determinado, que la intervención pueda perjudicar su relación respecto a su pareja, la familia de su pareja, o sus propios padres y que, en definitiva, su integración en el grupo amplio al que pertenece se vea puesta en entredicho.

La práctica de actuaciones involuntarias y de posible judicialización es siempre poco deseable y deberá meditarse cuidadosamente. En este marco se hace imprescindible una atención global y la formulación de unas directrices generales en línea de lo que está acaeciendo en los países europeos.

3.2. NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD

3.2.1. IDEAS GENERALES

El colectivo al que afectan estas líneas puede configurarse integrando el contenido del primer artículo de la CDN de 1989 y el igual ubicado en la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* de 2006 (CDPD): «Todo ser humano menor de dieciocho años de edad que tenga deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Ambas convenciones expresan la necesidad de una protección reforzada o «cuidado especial» para este subgrupo (artículo 23 de la primera y artículo 7 de la segunda).

La visión que del conjunto de las personas con discapacidad tenemos ha ido evolucionando a lo largo de la historia desde modelos de exclusión, hacia la óptica del prisma médico y rehabilitador, finalizando por el actual «modelo social de la discapacidad». Los obstáculos que los niños y niñas con discapacidad pueden encontrar, como recuerda el Comité de Derechos del Niño «no son la discapacidad en sí misma, sino más bien una combinación de obstáculos sociales, culturales, de actitud y físicos que los niños con discapacidad encuentran en sus vidas diarias», por tanto, lo más importante sería la detección de estas barreras y la adopción de las medidas necesarias para su eliminación. El estudio de tales mecanismos de protección reforzada debe hacerse de manera transversal, es decir, desde la totalidad de los ámbitos de actuación pública, tomando en consideración las necesidades y demandas de los niños afectados.

Como observa el Comité de los Derechos del Niño, «los niños con discapacidad son más vulnerables a todos los tipos de abuso, sea mental, físico o sexual en todos los entornos, incluidos la familia, las escuelas, las instituciones privadas y públicas, entre otras cosas, otros tipos de cuidados, el entorno laboral y la comunidad en general». Con frecuencia se repite el dato de que los niños con discapacidad tienen cinco veces más probabilidades de ser víctimas de abusos y que la falta de acceso a un mecanismo funcional que reciba y supervise las quejas propicia el abuso sistemático y continuo.

Debido a esta vulnerabilidad, los Estados Partes deben adoptar las medidas correspondientes. A la hora de establecer los elementos diferenciales de la atención es importante analizar éstos a la luz del artículo 7 CDPD. Fácil es de observar que los dos primeros números recuerdan la observancia de los principios de igualdad, no discriminación y del interés superior del menor, reiterando, en este sentido, lo ya dispuesto en los artículos 2 y 3 CDN. El tercero hace especial hincapié en el derecho de audiencia, también recogido ya en el artículo 12 CDN. En este último se hace referencia al enfoque que debe presidir la atención a los niños con discapacidad que no

es, ni más ni menos, que recibir «la asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad». La atención individualizada a las necesidades de cada niño constituye el eje de sus derechos.

3.2.2. SITUACIONES DE RIESGO Y DESAMPARO

Desde la perspectiva del Ministerio Fiscal, destaca la función de superior vigilancia de las formas de protección pública derivadas de las situaciones de desamparo y guarda administrativa (artículo 174 CC).

Todos los niños son susceptibles de entrar en situaciones de riesgo o desamparo que merecen atención. Los niños y niñas con discapacidad también. Las diferencias estriban en la mayor vulnerabilidad y en que puede existir un mayor número de necesidades a cubrir. La legislación de las distintas Comunidades Autónomas recoge —dentro del grupo de menores con «necesidades especiales»— a distintos colectivos, no sólo a los niños con discapacidad, sino también a otros como los que tienen varios hermanos para acoger o adoptar, los que llevan muchos años sin haber tenido una experiencia familiar, los que presentan dificultades por razones de abuso, asilo político, etc.

3.2.3. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR DE NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD

Cuanto se ha dicho, naturalmente, tiene implicaciones a la hora de regular las formas de acogimiento. El propio Comité de los Derechos del Niño expresa que «es un hecho que muchos hogares de guarda son renuentes a aceptar el cuidado del niño con discapacidad, ya que estos niños con frecuencia plantean problemas porque pueden necesitar cuidados suplementarios y existen requisitos especiales en su educación física, psicológica y mental». Por ello el Comité expresa que las organizaciones que se encargan de la colocación de los niños en hogares de guarda deben ofrecer la formación y el aliento necesarios a las familias adecuadas y prestar el apoyo que les permita atender de forma apropiada al niño con discapacidad.

En este sentido, observamos que la legislación autonómica, en materia de acogimiento y adopción, ha establecido una serie de disposiciones tendentes a potenciar los acogimientos y las adopciones de este colectivo. Entre las medidas se encuentran:

- El otorgamiento de un carácter preferente a las solicitudes, tramitación y valoración, introduciendo —como criterio diferencial en los solicitantes— la aceptación de tales circunstancias a la hora de afrontar un acogimiento.
- El factor de formación de las familias como criterio cualificado a la hora de seleccionar a los acogedores.

- La orientación y apoyo continuos como condición obligatoria para poder realizar este tipo de acogimientos, estableciendo ayudas económicas que atiendan a las necesidades que dichos menores presenten y la dedicación que supongan a la familia acogedora, promoviendo de manera especial la colaboración social, mediante campañas de sensibilización social.
- La finalización del acogimiento de forma adaptada a las circunstancias del menor.
- La articulación de un sistema de apoyos estructurado (orientación, formación, sistemas de resolución de conflictos, creación de grupos de autoayuda, recursos de respiro y descanso temporal, etc.).
- El otorgamiento de un estatus especial a este tipo de acogimientos bajo una denominación específica (así, por ejemplo, en la normativa castellano-manchega se denominan «acogimientos profesionalizados especializados»), que permite alterar el orden de los solicitantes o relajar los requisitos generales en los casos de menores con necesidades especiales cuando exista carencia de acogedores (particularmente los requisitos de residencia en la Comunidad Autónoma respectiva).
- El establecimiento de planes de integración familiar progresiva (no inmediata).

3.2.4. EL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL DE LOS MENORES CON DISCAPACIDAD

Mención especial merece la protección en materia de acogimiento residencial. El término discapacidad incluye una amplia variedad de situaciones físicas, mentales, intelectuales y sensoriales. La regla general será que, caso de ser necesario el acogimiento residencial, se desarrolle dentro de la red ordinaria, situación que no es infrecuente. Cada uno de los menores presentará necesidades a las que será necesario atender. Por ejemplo, en la práctica habitual, pueden encontrarse supuestos de carencias en la accesibilidad de edificios o dificultades para utilizar el transporte público desde el centro de protección en casos de discapacidad física importante que hacen necesarios ajustes razonables e instauración de soluciones en plazos adecuados. Es necesario tener en cuenta tales circunstancias en los programas de atención a la diversidad.

El Comité de Derechos del Niño ha expresado su preocupación por el gran número de niños con discapacidad que son colocados en instituciones y porque la institucionalización sea la opción preferida en muchos países. Las instituciones son un entorno particular en que los niños con discapacidad son más vulnerables a los abusos mentales, físicos, sexuales y de otro tipo, así como al descuido y al trato negligente.

Por ello insta a los Estados Partes a que utilicen la colocación en instituciones únicamente como último recurso, cuando sea absolutamente necesario y responda al interés superior del niño, debiendo prestarse atención a la transformación de las instituciones existentes, dando preferencia a los pequeños centros de tipo residencial organizados en torno a los derechos y a las necesidades del niño, al desarrollo de normas nacionales para la atención en las instituciones y al establecimiento de procedimientos estrictos de selección y supervisión para garantizar la aplicación eficaz de esas normas, a intensificar sus esfuerzos para que las opiniones de los niños con discapacidad sean tomadas en consideración, a establecer programas de desinstitucionalización y a ofertar a los padres y familia extensa el apoyo y formación necesarios y sistemáticos para el retorno del niño a su vida familiar.

Del mismo modo el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha expresado la necesidad de desinstitucionalización de los menores con discapacidad estableciendo una serie de acciones generales para apoyar este tipo de estrategias dado que tales procesos son a largo plazo y requieren una planificada y estructurada transición que abarca un conjunto de actuaciones multidisciplinar.

En lo que concierne propiamente al internamiento especializado, éste ha tenido singular atención legislativa en varios supuestos: dependencia con trastorno psíquico, trastornos de conducta, educación especial e internamientos por razones sanitarias.

Los criterios generales básicos en materia de internamiento de menores son dos:

- La separación de los adultos.
- La equiparación de garantías, derivada del principio de no discriminación ya examinado en anteriores epígrafes.

Por último, las recomendaciones internacionales han insistido también en la protección particular de los derechos del menor.

En España, la introducción de la equiparación de estándares en materia de garantía judicial de los ingresos fue fruto de la modificación del antiguo artículo 211 CC en virtud de la reforma operada por la LOPJM.

En lo concerniente al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, el artículo 763 LEC expresa que la autorización de internamiento debe recaer sobre la persona «esté sometida a la patria potestad o a tutela», siendo de aplicación el procedimiento y los criterios de revisión, expresando su número 2 una garantía adicional, el «previo informe de los servicios de asistencia al menor».

El internamiento a que hace referencia el artículo 763 LEC puede ser clínico o residencial. La normativa sobre ingreso residencial se recoge en la Ley 13/1982 de Integración Social de los Discapacitados que señala que el papel de los servicios sociales tiene como objetivo «garantizar a éstos el logro de adecuados niveles de

desarrollo personal y de integración en la comunidad, así como la superación de las discriminaciones adicionales padecidas por los discapacitados que residan en las zonas rurales» (artículo 49).

La actuación de tales servicios sociales «respetará al máximo la permanencia de los discapacitados en su medio familiar y en su entorno geográfico, mediante la adecuada localización de los mismos, a la vez que deberá contemplar, especialmente, la problemática peculiar de los discapacitados que habitan en zonas rurales» [artículo 50, letra d)].

El artículo 52, apartado cuatro, establece: «los servicios de residencias y hogares comunitarios tienen como objetivo atender a las necesidades básicas de aquellos discapacitados carentes de hogar y familia o con graves problemas de integración familiar». El apartado seis expresa: «sin perjuicio de la aplicación de las medidas previstas con carácter general en la presente Ley, y cuando la profundidad de la discapacidad lo hiciera necesario, la persona discapacitada tendrá derecho a residir y ser asistida en un establecimiento especializado».

Por su parte, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de *Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, establece, en su artículo 4, destinado a la regulación de los derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia, un apartado segundo que expresa que tendrán derecho especialmente: «h) Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, **garantizándose un proceso contradictorio**». El artículo 5 determina que «son titulares de los derechos establecidos en la presente ley aquellas personas que se encuentren en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos y que reúnan los requisitos de residencia en territorio español que la misma establece estando los menores incluidos y siendo la equiparación de garantías total».

La existencia de recursos especializados por discapacidad o trastorno mental en el sistema público de protección de menores es un hecho. No es difícil encontrar normas en las regulaciones autonómicas que expresamente traten esta cuestión.

Sin embargo, existen importantes problemas en relación con este tipo de centros, particularmente en lo que concierne a su ausencia real, a los abusos que se han detectado y a la utilización, modo de «cajón de sastre», de recursos inicialmente no diseñados ni destinados a las personas con discapacidad. La escasez de plazas origina frecuentes conflictos con la Administración.

3.2.5. **ACOGIMIENTO RESIDENCIAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES CON TRASTORNOS DE CONDUCTA**

Como cualquier otro menor, los niños con discapacidad en situación de desamparo tienen derecho a la protección del Estado. Sin embargo y particularmente, en

muchas ocasiones se dan supuestos en que la situación psicopatológica del menor cursa con graves trastornos de conducta (no se trata en este caso de trastornos de la personalidad) que desbordan las posibilidades de los padres, precisando la atención de centros especializados en régimen de internamiento de una cierta duración.

Las respuestas a este problema frecuente son descoordinadas y aún absolutamente contradictorias (la Administración Local puede entender que se trata de una situación de desamparo; la Administración Autonómica y los Departamentos de Sanidad y Servicios Sociales, que el asunto no es de su competencia; Sanidad, que procede el ingreso en un centro residencial, y Bienestar Social, que no le compete debido a la inexistencia de regulación de centro específico que sí existe, sin embargo, para adultos).

El desconcierto de los padres es absoluto y la situación de drama familiar, además del peregrinar por las distintas instituciones públicas, se agrava por la carencia de soluciones ante la cruel realidad que están padeciendo.

Ante la ausencia de recurso o centro lo razonable es la habilitación de soluciones alternativas en colaboración con la familia y la adopción de una respuesta coordinada entre los organismos implicados. Estos principios de colaboración y participación de los afectados, consagrados legalmente (artículo 15 LOPJM), son de aplicación común a todo el ámbito internacional.

Junto con estas consideraciones generales, debe tenerse presente que, al regular el desamparo, el CC no trata de sancionar el incorrecto ejercicio de deberes inherentes a la patria potestad o a la guarda del menor, sino de abordar la situación en que se encuentra éste. Desde esta perspectiva, el desamparo es una situación fáctica («de hecho») y resulta indiferente si la omisión o el inadecuado ejercicio de los deberes de protección son imputables a los padres, por ello expresamente la norma prevé que también surge el desamparo en los casos en que el ejercicio de la guarda sea imposible.

Generalmente, las Consejerías de las CCAA reconocen que los padres no pueden cumplir adecuadamente la obligación de suministrar asistencia al hijo. La justificación de la cesión de la guarda a la Administración debe valorarse individualizadamente, caso por caso, ponderando la posible impugnación de las resoluciones administrativas que denieguen la protección.

Con frecuencia, ante la ausencia de recurso específico, los menores permanecen en centros ordinarios de la red de protección, desbordando las posibilidades de éstos, lo que no es adecuado ni para el afectado ni para los restantes usuarios del centro.

Varias CCAA han desplegado un «nuevo» recurso para la atención de estos casos. Se trata de los denominados centros de «formación especial», que «no están indicados para las patologías psíquicas más graves que requieran un abordaje específico». El diseño y las características de estos recursos pueden variar, pero propenden a

una mayor estructuración de la vida de los residentes y a la incorporación de elementos constructivos de seguridad.

La eventualidad del recurso a la contención o a restricciones de libertad demanda un mayor control por parte de la Administración y un celo especial del Ministerio Fiscal en su labor de supervisión e inspección. Junto con la garantía judicial de internamiento de los centros de salud mental infanto-juvenil es necesario incorporar al ámbito de las inspecciones del Fiscal a estos centros una serie de componentes:

- Las generales de los centros de protección, como son el cumplimiento de los requisitos reglamentarios en materia de instalaciones y personal, comprobando especialmente el cumplimiento de la *ratio* de este último y su formación, examen del proyecto educativo y normas de convivencia, régimen de visitas y el análisis de las quejas presentadas por los usuarios/as.
- Comprobación del cumplimiento de los protocolos de ingreso, la realización de los planes de intervención individualizados y del cumplimiento de la obligación escolar.
- Comprobación de la adecuación de la valoración médica, la determinación de las pautas de medicación en caso de ser necesaria y el cumplimiento de las exigencias del derecho al consentimiento informado, en evitación del recurso a medios de contención química.
- Particular atención a los protocolos de contención física y mecánica y a la preparación específica del personal en estos aspectos.
- Investigación de las quejas recibidas sobre estos particulares.
- Seguimiento estadístico de casos con examen particular de la duración de cada uno de los ingresos.
- Comprobación de las autorizaciones de internamiento y del seguimiento judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 763 LEC.

3.2.6. DERECHO A LA ENSEÑANZA OBLIGATORIA

Como ya hemos señalado, la protección reforzada abarca un amplio número de materias. Al no poder abordarse aquí la totalidad de materias en las que la intervención del Fiscal tiene lugar (derecho al honor y la propia imagen, consentimiento informado, etc.), el presente análisis se ciñe al ámbito que, estadísticamente, refleja mayor número de quejas que es el del derecho a la enseñanza obligatoria.

Pese a la gran afluencia de normas sobre el alumnado con necesidades especiales referidas a la discapacidad, lo cierto es que, fácilmente, es detectable un amplio número de problemas.

En primer lugar, la amplitud y diversidad que presentan las personas con discapacidad demanda una coordinación de los sectores de la Administración Pública que choca frontalmente con la situación real. No sólo es un problema de Educación, sino que también están implicados otros sectores como Sanidad, Bienestar Social o Empleo.

En segundo lugar, ya desde el propio ámbito educativo, son muchos los problemas que se observan, algunos de carácter general (como la asimetría en la organización y presupuesto de las distintas CCAA o las diferencias de los distintos centros, públicos y concertados); otros de carácter específico, tanto en lo material (accesibilidad de los centros, material docente), como en el de los propios profesionales (falta de trabajo en equipo, falta de formación de los profesionales ante el hecho de la diversidad, excesiva delegación en los maestros de apoyo, actitudes contrarias o desinterés, etc.).

En tercer lugar, la integración escolar, desde el punto de vista de la convivencia, no siempre resulta fácil de conseguir. Como expresa el Comité de Derechos del Niño, el hostigamiento en la escuela es una forma particular de violencia a la que los niños están frecuentemente expuestos por lo que insta a los Estados a asegurarse de que las escuelas adoptan todas las medidas para luchar contra el hostigamiento en su seno y a prestar especial atención a los niños con discapacidad ofreciéndoles la protección necesaria, al mantener al mismo tiempo su inclusión en el sistema educativo general. Es un hecho admitido que las mayores dificultades se manifiestan con los alumnos con discapacidad intelectual y aquellos que presentan problemas de conducta.

La intervención en estos casos está definida, desde el punto de vista de actuación de las Secciones de Menores de las Fiscalías, por la Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, FGE sobre *el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de Justicia Juvenil* y en ella se manifiesta que el primer nivel de lucha contra la violencia escolar *debe estar liderado por los profesores del centro educativo*, y que ellos deben ser los primeros destinatarios de la puesta en conocimiento del problema. El abordaje debe ser conjunto, y preferentemente desde los niveles básicos de intervención: padres, profesores y comunidad escolar.

Desde luego, el hecho de que se inicie un expediente en el ámbito del proceso penal juvenil no quiere decir que los responsables del Centro puedan inhibirse y declinar su responsabilidad en las autoridades judiciales y fiscales. Es a los centros docentes durante las horas lectivas a quienes corresponde reconducir la conducta.

Desde el enfoque reactivo, focalizamos la atención en la actitud de los restantes menores. Sin embargo, también es de reseñar que muchos niños con discapacidad por distintos factores (sobrepotección de los adultos, falta de experiencias de juego, limitaciones funcionales, miedo al fracaso o al rechazo,...) carecen de estrategias, habilidades y competencias para establecer relaciones sociales con los restantes alumnos.

Desde el ámbito preventivo anteriormente reseñado, son muchas las intervenciones que pueden favorecer un ambiente propicio a la educación inclusiva (fomento de actividades comunes, actividades extraescolares, información, etc.).

Por otro lado, también las actitudes de los padres o tutores, en ocasiones, son causas de contiendas judiciales. Desde las legítimas divergencias con el encuadre de los menores dentro de las distintas posibilidades de escolarización (centro especial, aula de educación especial en centro ordinario, integración en aula ordinaria con apoyos variables) hasta cuestiones como la no aceptación del sistema que deriva en situaciones de absentismo, pasando por un amplio género de problemas como la ausencia de mecanismos de apoyo o dificultades de toda índole en que puedan encontrarse las familias concretas (falta de medios económicos, problemas para obtener ayudas en apoyos extraescolares como gabinetes especializados, limitaciones en el idioma motivadas por procesos migratorios, desconocimiento de los distintos servicios, etc.).

En general, se ha venido admitiendo que este tipo de cuestiones son propias de la legalidad ordinaria y no de la constitucional (artículo 14 CE) que justificaría el recurso al procedimiento especial para la tutela de derechos fundamentales. Sin embargo, se han producido recientemente avances a la hora de concretar qué se debe considerar contenido esencial del derecho a la educación referido al alumnado con necesidades educativas especiales.

En este sentido, es cita obligada la Sentencia de la Sala 3.^a del TS de 9 de mayo de 2011 que modifica la orientación tradicional de excluir estas cuestiones del ámbito del procedimiento especial para la tutela de derechos fundamentales y permite aventurar una mayor intervención del Ministerio Fiscal en el futuro.

Finalmente, en lo que concierne al posible absentismo del menor por decisión de los padres, las estrategias que los poderes públicos emplean para la defensa de este derecho son también plurales. Agotadas las posibilidades de llegar a un entendimiento y colaboración con la familia, solución enteramente deseable en beneficio de los menores, entran en juego las de tipo coercitivo entre las que destaca la posibilidad de iniciar procesos penales (delito de abandono de familia) o actuaciones en materia de protección de menores de carácter civil.

La búsqueda de la colaboración del menor y de sus familias es exigible en todo momento (artículo 15 LOPJM). Particularmente, en estos casos es necesario un seguimiento adecuado de estos problemas por parte de las autoridades educativas en interés del menor.

3.3. MENORES CON PADRES PRIVADOS DE LIBERTAD

3.3.1. MÓDULOS DE MADRES

Los módulos de madres están previstos en los artículos 38 y 43 de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria. Los centros de estas características no son numerosos.

El Reglamento Penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero) desarrolla esta disposición con un importante artículo, el 17, que contempla una serie de funciones del Fiscal en materia de protección de menores. El Reglamento también contiene una serie de disposiciones sobre educación infantil para menores (artículo 125), un capítulo completo destinado al internamiento en unidades de madres (artículos 178 a 181) y varias disposiciones dispersas en el articulado sobre atención sanitaria (artículo 209.1.2), alimentación (artículo 226.3), aislamiento (254.3) y vestuario (artículo 313.3).

La Instrucción 1/2009 establece la necesidad de coordinación con el Fiscal de Vigilancia Penitenciaria «para que en las visitas que éstos realicen a los Centros Penitenciarios en los que existan Unidades de madres, les acompañe un Fiscal de Menores con la periodicidad que se estime necesaria». La Instrucción refiere que «del mismo modo visitarán las Unidades Dependientes y las Unidades Externas». En ambos casos se levantará la correspondiente acta. Recuerda la vigencia de la Instrucción FGE 6/1990, de 5 de diciembre, *sobre menores ingresados en los centros penitenciarios de mujeres con sus madres presas* que, resumidamente, indica:

- La obligación de girar visitas periódicas, observar directamente y valorar el estado de los niños internados, elaborando el correspondiente informe, constituyendo obligación del Fiscal solicitar del Centro Penitenciario las listas de los niños allí ingresados, con su filiación e interna con las que se encuentran, su edad, las altas y bajas, remitiendo informes periódicos a la Fiscalía General.
- Con independencia de que los menores se encuentren o no internados, les son de aplicación las medidas de protección en los casos de desamparo, siendo obligación del Fiscal instarlas de las Entidades Públicas.
- Requisito ineludible es que la filiación esté justificada. Si no lo está, los menores se pondrán a disposición de la Entidad Pública.
- En los casos de madres detenidas que carezcan de parientes cercanos acreditados que se hagan cargo de los menores, éstos serán puestos a disposición de la Entidad Pública en un Centro de acogida, por lo menos, mientras se instruyen las diligencias policiales.
- Tanto en este último caso como en el de ingreso en prisión (preventiva o cumpliendo condena), si la interna desea tener a su hijo con ella, se dirigirá —a través del Centro Penitenciario— a la Entidad Pública que evaluará el caso e informará sobre la conveniencia de la medida, en aplicación del artículo 172 CC.
- Si fuera necesario separar al hijo de la madre, deberá fijarse un régimen de visitas, salvo que ello se estime perjudicial para el menor.
- Todo lo anterior se llevará bajo la vigilancia del Fiscal, conforme al artículo 174 CC.

3.3.2. MADRES EN CENTROS DE REEDUCACIÓN

El artículo 34 del Reglamento de la LO 5/2000, expresa que las menores internadas pueden tener, dentro del centro, en su compañía a los hijos menores de tres años siempre que la madre lo solicite expresamente, se acredite la filiación, no entrañe riesgo para los hijos y lo autorice el Juez de Menores. Los conflictos entre derechos de la madre y de los hijos los resuelve la citada autoridad judicial, con independencia de lo que acuerde, respecto del hijo, la entidad pública. Admitido el niño en el centro de internamiento, deberá ser reconocido por el médico del centro y, salvo que éste dispusiera otra cosa, pasará a ocupar con su madre la habitación que se le asigne, que será en todo caso individual y acondicionada a las necesidades del niño.

Es de estimar que son de aplicación, *mutatis mutandis*, los criterios expresados anteriormente en las Instrucciones 1/2009 y 6/1990 y, en general, así lo estima la Circular 9/2011, de 16 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores*.

Dispersos por el Reglamento se contienen algunas disposiciones como, por ejemplo, la prohibición de aplicación de los medios de contención (artículo 55) y la sanción de separación de grupo (artículo 66) que no podrá aplicarse en los casos de menores embarazadas, menores en las que no hayan transcurrido seis meses desde la finalización del embarazo, madres lactantes y las que tengan hijos en su compañía.

3.3.3. RÉGIMEN DE VISITAS DE MENORES INTERNOS EN CENTROS DE PROTECCIÓN QUE LAS REALIZAN A PROGENITORES INTERNOS EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

La Carta Europea de los Derechos del Niño⁽¹⁾ expresa que «todo niño cuyos padres, o uno de los padres, se encuentren cumpliendo una pena de privación de libertad, deberá poder mantener con los mismos los contactos adecuados».

El artículo 45.6 del Reglamento penitenciario regula las denominadas «visitas de convivencia». Establece el precepto que «se concederán, previa solicitud del interesado, visitas de convivencia a los internos con su cónyuge o persona ligada por semejante relación de afectividad e hijos que no superen los diez años de edad». Estas comunicaciones deben celebrarse en locales o recintos adecuados y su duración máxima es de seis horas.

El artículo precitado establece que tales visitas son compatibles con las comunicaciones con familiares y allegados (de duración no superior a tres horas, ni inferior

(1) DOCE núm. C 241, de 21 de septiembre de 1992.

a una y que se conceden una vez al mes como mínimo). También expresa que en las comunicaciones se respetará al máximo la intimidad de los comunicantes. Los cacheos con desnudo integral de los visitantes únicamente podrán llevarse a cabo por las razones y en la forma establecidas en el artículo 68 debidamente motivadas. En caso de que el visitante se niegue a realizar el cacheo, la comunicación no se llevará a cabo, sin perjuicio de las medidas que pudieran adoptarse por si los hechos pudieran ser constitutivos de delito. Evidentemente, los familiares o allegados que acudan a visitar a los internos en las comunicaciones previstas en este artículo no podrán ser portadores de bolsos o paquetes, ni llevar consigo a menores cuando se trate de comunicaciones íntimas. Respecto de este tipo de visitas hay consenso en afirmar que

- Tienden a reforzar, dentro de los lazos familiares, los lazos afectivos más específicos con el núcleo central de la familia, integrado normalmente por la esposa (o compañera) y los hijos, si bien por disposición normativa se limita la edad de los hijos visitantes a la de diez años.
- Los destinatarios son más precisos que los familiares y allegados a que se refiere el párrafo 5.º del artículo 46, en cuanto que el radio de la esfera de intimidad es en este segundo caso más grande y desborda el núcleo familiar más intenso para extenderse a hijos mayores de diez años, a parientes sin un grado claro o específico de parentesco y a personas queridas o amigas no familiares.
- La finalidad, por el contrario, es más difusa que la de las visitas íntimas, pues en ésta predomina el componente sexual, aunque no se excluyan otros, y en las de convivencia, aunque pueda haber alguna manifestación de ese orden, la idea guía es la de refuerzo de otros lazos afectivos diferentes al sexual, el fomento de la conversación, del abordaje conjunto de los problemas, de la capacidad de compartir penas y alegrías, del ejercicio del derecho a la educación de los menores, y en general, además, de todas las delicadas funciones que exige el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de deberes inherentes al matrimonio o a la convivencia y a la patria potestad, incluida la presencia o el referente masculino y femenino en la vida de los menores (con el límite discutible de la edad menor de diez años de éstos).
- Ello hace que este tipo de visitas sean acumulables, en sentido jurídico, o compatibles, si se prefiere, con todas las demás, precisamente por servir a fines distintos de las otras y diferenciarse de las demás en sus destinatarios.

No hay, sin embargo, consenso en la interpretación de la norma en cuanto a si la visita se refiere a la presencia obligadamente acumulada del cónyuge (o conviviente) y los hijos menores, ni sobre la frecuencia de estas visitas no regulada expresamente por el Reglamento. La Audiencia Provincial de Madrid considera que es evidente que el reglamento no ha querido excluir de las comunicaciones de convivencia a los presos varones que, de hecho, son mucho más numerosos que las

internas y que pueden realizarse en ausencia del otro progenitor. Por otro lado, el omitir la frecuencia responde a la idea de que no sea el reglamento una barrera para que se produzcan con la mayor frecuencia posible, sin perjuicio de otros obstáculos derivados de necesidades lógicas.

Se ha apuntado la conveniencia de que los menores no tengan que atravesar las puertas de la cárcel, habilitándose un acceso por una puerta fuera de la zona de seguridad y que la Dirección de la prisión informe a la Fiscalía de cualquier dato importante que incida de manera negativa en el desarrollo de las visitas y, en consecuencia, en el desarrollo integral de los menores.

3.3.4. INTERNAMIENTO EN CENTRO DE EXTRANJEROS

Dentro del Título III (De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador) de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, los artículos 62 y 62 bis a 62 sexies regulan el ingreso en centros de internamiento de personas extranjeras (CIE). En los casos en que puede proponerse la expulsión del territorio español que el artículo 62.1 cita, el instructor puede solicitar al Juez de Instrucción del lugar donde se practique la detención que disponga el ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador.

El Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación que acredite su identidad, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero.

El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente.

Los centros de internamiento de extranjeros son establecimientos públicos de carácter no penitenciario; el ingreso y estancia en éstos tiene únicamente finalidad preventiva y cautelar, salvaguardando los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas a su libertad ambulatoria, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de ingreso acordada. El artículo 62 bis regula el catálogo de derechos de los internados (entre los que destacamos el derecho a la asistencia social y sanitaria y de comunicación de su estancia a su abogado y a su consulado), el 62 ter los deberes, el 62 quáter los

aspectos referentes a la información y reclamaciones, el 62 quinquies la regulación de las medidas de seguridad y el 62 sexies las normas sobre funcionamiento y régimen interior.

Conforme al artículo 62, apartado 6, el Juez competente para el control de la estancia de los extranjeros en los Centros de Internamiento es el Juez de Instrucción del lugar donde estén ubicados, debiendo designarse un concreto Juzgado en aquellos partidos judiciales en los que existan varios. Este Juez conocerá, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales. Igualmente, podrá visitar tales centros cuando conozca algún incumplimiento grave o cuando lo considere conveniente.

En lo que nos afecta, el artículo 62, apartado 4, establece que «no podrá acordarse el ingreso de menores en los centros de internamiento», exceptuando, sin embargo, lo previsto en el artículo 62 bis.1.i), es decir, el derecho «a tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar».

Se trata en estos casos de menores que se encuentran en España con sus padres puesto que los menores extranjeros no acompañados serán puestos a disposición de las entidades públicas de protección de menores conforme establece la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y de acuerdo con las normas previstas en el artículo 35 de la Ley.

El artículo 258, apartado 7, del Reglamento especifica que «los menores extranjeros no podrán ser ingresados en dichos centros, y deberán ser puestos a disposición de los servicios competentes de Protección de Menores, *salvo que el juez de primera instancia lo autorice*, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, y sus padres o tutores se encuentren ingresados en el mismo centro, manifiesten su deseo de permanecer juntos y existan módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar».

La Circular 3/2001 de la FGE, de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería expresa que el informe será vinculante para el Juez si el Fiscal, valoradas todas las circunstancias concurrentes, se opone al internamiento, ya que la ley exige para autorizar el internamiento que el informe del Fiscal sea favorable. El Fiscal, atendiendo al interés prevalente del menor y a su derecho a no ser separado de sus padres y familiares, deberá con carácter general informar favorablemente siempre que se cumplan las condiciones que impone la ley (solicitud de los padres o tutores y existencia de módulos que garanticen la independencia familiar). La Circular también expresa que es conveniente que en las visitas que los Fiscales realicen periódicamente a los centros de internamiento comprueben, entre otros extremos, el de la existencia o no de estos módulos, sus condiciones de separación e higiene, dotación de servicios básicos para la convivencia, etc., y que — en caso de observar deficiencias— insten a las autoridades competentes para posibilitar el internamiento de los menores conjuntamente con sus padres o tutores.

Si existiera algún indicio de que el vínculo de filiación pudiera ser inexistente, las entidades públicas de menores deberán realizar gestiones tendentes a esclarecer tales extremos. A tales efectos, aunque son precauciones generales establecidas para los Centros de Acogida de Inmigrantes y no propiamente para los CIE, el Dictamen 2/2012 de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores «sobre tratamiento a dar a menores extranjeros acompañados cuya filiación no resulta acreditada» expresa que, a fin de disipar dudas, podrá la Entidad ofrecer a la persona que alega ser padre o madre la realización voluntaria de pruebas de ADN. El rechazo injustificado de quien alega ser padre o madre a tal ofrecimiento debe activar la actuación de la Entidad Pública en protección de unos menores respecto de los que, por un lado, no existe ninguna constancia de quiénes sean sus progenitores y, por otro, se encuentran ya en situación de riesgo. En estos casos deberá el fiscal, como regla general, interesar de la Entidad Pública la asunción de la tutela automática del menor e informar negativamente su estancia en el CIE con los progenitores presuntos al Juzgado de Primera Instancia. La misma pauta general habrá de seguirse lógicamente si las pruebas de ADN ponen de manifiesto la inexistencia de vínculo de filiación entre el menor y quien manifestaba ser su progenitor.

El artículo 17 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo hace referencia expresa al internamiento de menores y familias, estableciendo dos principios básicos: «los menores no acompañados y las familias con menores sólo serán internados como último recurso y ello por el menor tiempo posible» y que «el interés superior del niño deberá ser una consideración de primer orden en el internamiento de los menores en espera de expulsión». Como elementos relativos a la estancia establece, en primer lugar, que «a las familias internadas en espera de expulsión se les facilitará alojamiento separado que garantice un grado adecuado de intimidad», en segundo lugar, que «se dará a los menores internados la posibilidad de participar en actividades de ocio, incluidos juegos y actividades recreativas adecuados a su edad, y, dependiendo de la duración de su estancia, tendrán acceso a la educación».

Recordar, por último, que no podrán ser ejecutadas las medidas de expulsión o devolución de mujeres extranjeras embarazadas, cuando tales medidas puedan suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre (artículos 57.6 y 58.4 de la Ley Orgánica 4/2000). La Circular reseñada recuerda que «una vez producido el alumbramiento y prestada la atención médica precisa, el menor seguirá lógicamente la suerte de la madre, de tal manera que si ésta es expulsada o devuelta lo hará acompañada de su hijo». La Circular también señala que «el hecho de que el hijo haya nacido en España no es óbice para ello, ya que por este solo hecho no se adquiere la nacionalidad española; sólo adquieren la nacionalidad española por *ius soli* “los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España” [artículo 17.1.b) CC]. Ello no obstante, también cabe la posibilidad de que la madre abandone al niño u otorgue su consentimiento para que sea dado en adopción, en cuyo caso deberá intervenir la entidad pública competente, asumiendo la tutela e iniciando el oportuno expediente de adopción».

Finalizar este epígrafe señalando que las carencias de los CIE han sido puestas de relieve tanto en las sucesivas Memorias de la FGE como en diferentes informes del Defensor del Pueblo.

3.4. MENOR EDAD Y JUVENTUD

3.4.1. INTRODUCCIÓN

La protección que se dispensa a los menores cesa al alcanzar la mayoría de edad. En el caso de la tutela, se trate de menores que se encuentren o no en desamparo, se extingue «cuando el menor de edad cumple los dieciocho años, a menos que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado». Lo anterior no significa que no existan otros mecanismos de protección para los recién salidos de este ámbito y, particularmente, para los que cesan su relación con el sistema público de protección de menores.

En primer lugar, podemos hablar de los **derechos de los jóvenes**, entendiendo por tales, como realiza la Convención Iberoamericana de 11 de octubre de 2005, a todas las personas comprendidas «entre los 15 y los 24 años de edad». Dado que hay una franja que se contempla dentro de la menor edad, la Convención reconoce que a ellos se les aplica «sin perjuicio de los que igualmente les beneficie a los menores de edad por aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño».

El Preámbulo de la Convención expresa que se constata «que los jóvenes conforman un sector social que tiene características singulares en razón de factores psico-sociales, físicos y de identidad que requieren una atención especial por tratarse de un período de la vida donde se forma y consolida la personalidad, la adquisición de conocimientos, la seguridad personal y la proyección al futuro», que «se constatan graves carencias y omisiones que afectan su formación integral, al privarlos o limitarles derechos como: la educación, el empleo, la salud, el medio ambiente, la participación en la vida social y política y en la adopción de decisiones, la tutela judicial efectiva, la información la familia, la vivienda, el deporte, la recreación y la cultura en general», consideran que «debe avanzarse en el reconocimiento explícito de derechos para los jóvenes, la promoción de mayores y mejores oportunidades para la juventud y la consecuente obligación de los Estados de garantizar y adoptar las medidas necesarias para el pleno ejercicio de los mismos».

En lo que afecta a la protección, hay un número de actuaciones que ineludiblemente tiene que realizar el fiscal en atención a la protección de menores que contemplan especialidades. Vamos a hacer una sucinta referencia a dos de ellos.

3.4.2. LA RENDICIÓN DE CUENTAS DE MENORES SOMETIDOS A TUTELA ADMINISTRATIVA

El artículo 279 del Código Civil establece que «el tutor al cesar en sus funciones deberá rendir la cuenta general justificada de su administración ante la Autoridad judicial en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa». Igualmente el artículo expresa que «la acción para exigir la rendición de esta cuenta prescribe a los cinco años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarlo».

La forma de realizarla se articula a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria en el que debe oírse necesariamente, antes de resolverse por el Juez la aprobación de la cuenta, «la persona que hubiera estado sometida a tutela o a sus herederos». Nótese que el Fiscal, inicialmente, está excluido del grupo de personas que refiere el artículo 280 del Código Civil, la razón de ello radica en que el menor ya ha alcanzado la mayoría de edad y, por tanto, salvo incapacidad, se encuentra en situación de decidir sobre sus propios intereses⁽²⁾.

El Código Civil establece un marco mínimo de las normas a seguir en estos casos⁽³⁾:

- Los gastos necesarios de la rendición de cuentas, serán a cargo del que estuvo sometido a tutela (artículo 281).
- El saldo de la cuenta general devengará interés legal, a favor o en contra del tutor (artículo 282). Si el saldo es a favor del tutor, devengará interés legal desde que el que estuvo sometido a tutela sea requerido para el pago, previa entrega de sus bienes (artículo 283). Si es en contra del tutor, devengará interés legal desde la aprobación de la cuenta (artículo 284).
- La aprobación judicial no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al tutor y al tutelado o a sus causahabientes por razón de la tutela (artículo 285).
- Finalmente, señalar que la rendición de cuentas es objeto de anotación en las inscripciones de la Sección de Tutelas y Representaciones Legales del Registro Civil

(2) Véase, en este sentido, GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido. *La Jurisdicción Voluntaria*. Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1989, página 636, que cita la opinión de Lete Del Río. La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en sentido contrario, exige siempre la intervención del Fiscal en su artículo 222.51, apartado 1, señalando su artículo 222.53, rubricado «Desaprobación de las cuentas» que «si se deniega la aprobación de las cuentas, la autoridad judicial debe comunicarlo al Ministerio Fiscal para que inste, si procede, a las acciones oportunas, incluida la de responsabilidad, y puede solicitar a las personas que ejercieron el cargo de tutor o, si procede, de administrador patrimonial, o a sus herederos, garantías para la protección del interés del tutelado».

(3) Véanse también los artículos 131 a 133 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón y 222.48 a 222.53 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

(artículo 290 RRC), que las cuentas «serán depositadas en la oficina del Registro y con ellas se formarán legajos especiales ordenados por organismos tutelares, que se conservarán durante ciento cincuenta años» y que el Fiscal tiene obligación de promover sin demora la anotación (artículo 291 RRC) estando «las autoridades y funcionarios a quienes consten, por razón de sus cargos, los hechos no anotados» obligados a comunicárselo.

La primera pregunta es si este régimen aplicable con carácter general a la tutela es aplicable a la tutela de los menores en desamparo.

Existen, sin duda, argumentos a favor como es que no se entiende qué razón puede existir para excluir a los menores desamparados del régimen general de protección patrimonial del Código Civil si le es favorable y, en segundo lugar, cuando existen razones para efectuar esa diferenciación, el Código lo realiza expresamente (así en el caso de las fianzas, el artículo 260 expresa que «la entidad pública que asuma la tutela de un menor por ministerio de la Ley o la desempeñe por resolución judicial no precisará prestar fianza»).

Por el contrario, también existen poderosas razones para entender que este régimen no es aplicable a la entidad pública cuando desempeña sus funciones como tutor. La primera de ellas es que existen normas que expresamente lo hacen así. En concreto, el artículo 131.5 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón, excluye expresamente a la entidad pública del régimen general de rendir cuenta general justificada de su gestión ante la autoridad judicial.

Por otro lado, como ya sabemos, la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado sobre si es o no inscribible en el Registro Civil la suspensión de la patria potestad y consiguiente asunción de tutela de los menores en situación de desamparo concluyendo que no hay obligación de promover la inscripción de la tutela administrativa pero, en aquellos casos que se estime de utilidad darle un valor meramente informativo, la DGRN abre la posibilidad de introducirlo como inscripción marginal de las previstas en el artículo 38.1 LRC del procedimiento administrativo que ha concluido en la declaración de la situación legal de desamparo de los menores. Por tanto, no es aplicable el régimen general expuesto en los artículos 290 y 291 RRC.

Finalmente, también sería argumentable que la mayor parte de los casos de menores sujetos a tutela por razón de desamparo carecen de fortuna, por lo que bastaría con el régimen general del artículo 174.2 CC (comprobación semestral de la situación del menor por el Ministerio Fiscal) que abarcaría tanto la situación personal como la cuenta anual de la gestión que, para la tutela ordinaria, exigiría informe anual al Juez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269.4 CC. Lo anterior, naturalmente, no excluye que el Fiscal pueda judicializar el asunto de forma similar a lo expuesto, como medida de protección al amparo de dicho artículo puesto que, si bien es cierto que ya el menor puede representarse a sí mismo, la rendición de

cuentas abarca un período amplio en el que, por ley, las actuaciones de la entidad pública están sujetas a su vigilancia y comprobación.

La Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre *criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores* se ha pronunciado a favor de la exigencia de rendición de cuentas, mediante el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria.

El problema práctico radica en si existen ingresos de flujo corriente que pueden dar lugar a la existencia de un patrimonio separado del menor. La existencia de patrimonios separados independientes de los de los titulares de las funciones de patria potestad o tutela proviene del Derecho Romano en el que se distinguían los peculios castrense (obtenido con ocasión de servicios en las milicias), cuasicastrense (en el ejercicio de cualquier cargo público, carrera eclesiástica o profesión), adventicio (inicialmente de los bienes procedentes de la madre, ampliándose posteriormente a los adquiridos a título gratuito de ascendientes y extraños) y profecticio (el entregado por el padre al hijo para sus necesidades, otorgándole su libre goce y administración). Esta idea será el precedente del actual artículo 164 del Código Civil.

Los menores en situación de desamparo, aunque pueden tener bienes propios, ordinariamente sólo disponen, como único ingreso, de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo, incluida dentro del concepto más amplio de las prestaciones familiares de la Seguridad Social en los artículos 181, 182 y 182 bis de la Ley General de Seguridad Social y en los artículos 3 y 9 a 18 del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social.

La citada asignación económica se otorga por cada menor acogido, en acogimiento familiar, permanente o adoptivo, siempre que no se supere el límite de ingresos establecido en dichas normas. El artículo 10.3 del Real Decreto establece que

«3. Serán, asimismo, beneficiarios de la asignación que, en su caso y en razón de ellos, hubiera correspondido a sus progenitores o adoptantes aquellos **huérfanos** de ambos, menores de 18 años o minusválidos en un grado igual o superior al 65%.

Igual criterio se seguirá en el supuesto de quienes no sean huérfanos y hayan sido **abandonados** por sus progenitores o adoptantes, **siempre que no se encuentren en régimen de acogimiento familiar, permanente o preadoptivo**.

Cuando se trate de menores no minusválidos, huérfanos o abandonados, será requisito indispensable que sus ingresos anuales, incluida, en su caso, la pensión de orfandad o la pensión en favor de familiares, no superen el límite establecido en el apartado 1.c)».

El artículo 11.3 del Real Decreto expresa que, en los supuestos de menores no minusválidos, huérfanos o abandonados, «la asignación se hará efectiva a los representantes legales o a quienes tengan a su cargo al menor o minusválido, en tanto

cumplan la obligación de mantenerlo y educarlo». La cuantía de la asignación económica por cada hijo o menor acogido a cargo, vigente en cada momento, es la fijada en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social o en las normas que lo modifiquen. El abono de la asignación económica se llevará a cabo directamente por la Tesorería General de la Seguridad Social. Con carácter general, el pago será semestral y deberá efectuarse por semestre vencido.

En principio, esta prestación corresponde, por tanto, a aquellos menores en situación de acogimiento residencial. En algunas Provincias se procede por la entidad pública a promover expedientes de jurisdicción voluntaria ante los Juzgados de Primera Instancia para la rendición de cuentas procedentes de estos ingresos que, normalmente, figuran en una cuenta mancomunada a nombre de la entidad y el menor, de las cual este último no dispone salvo algún anticipo debidamente autorizado o justificado.

RUBIO VICENTE expresa que han venido advirtiendo las siguientes irregularidades:

- a) Descuento en la cantidad a entregar al menor tutelado por gastos de alimentación.
- b) Descuento de intereses cobrados por las entidades bancarias en los supuestos de mayores de 18 años en los que se había producido una demora injustificada en la rendición de cuentas.
- c) Errores administrativos reconocidos por la entidad en que se olvidan de solicitar la prestación social correspondiente.

En el segundo y en el tercero de los casos, se trata de supuestos de administración deficiente. Respecto del tercero, la autora cita como doctrina el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Córdoba de 15 de diciembre de 2008 (Rendición de Cuentas 1173/08) en el que claramente se está a favor de aprobar sólo parcialmente la cuenta, requiriendo a la entidad pública para que inicie el expediente administrativo para el reintegro de las cantidades.

Finalmente, reseñar que la autora expresa la necesidad de que conste la entrega del dinero al tutelado en el expediente.

Merece la pena detenerse en el apartado a). Las situaciones de internamiento en centros han dado lugar a divergencias interpretativas a la hora de evaluar si determinadas prestaciones no procederían en atención a los ingresos globales del beneficiario. El caso paradigmático es la doctrina del Tribunal Supremo dictada en unificación de doctrina en materia de prestación de invalidez no contributiva e ingreso en centro psiquiátrico penitenciario. La cuestión que se planteaba consistía en determinar si el requisito de «carecer de rentas o ingresos suficientes» exigido en el artículo 144.1.d) de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) para tener derecho a la prestación de invalidez en su modalidad no contributiva dejaba

de concurrir cuando el beneficiario ingresaba en un centro penitenciario en el que se le suministra alojamiento y comida, concluyendo finalmente el Tribunal que la situación de ingreso no podía considerarse renta a tal efecto.

Manteniendo los criterios expuestos en esta doctrina, debe mantenerse que dichos ingresos son exigibles con independencia de la situación de acogimiento residencial del menor sin que sea admisible la realización de descuentos, máxime cuando la propia medida incluye la prestación de servicios de alojamiento, manutención, apoyo educativo y atención integral del menor en un centro de carácter residencial.

De esta forma, se constituye *de facto* un patrimonio separado destinado a cubrir parcialmente las necesidades del/la menor cuando se produzca la salida del régimen de tutela administrativa para aquellos acogidos en el sistema residencial que, previsiblemente, carecerán de adecuado soporte familiar. Lo anterior constituye, sin duda, un importante instrumento de previsión y soporte de necesidades en este importante momento de la vida del joven y de ahí la necesidad de una adecuada vigilancia del Fiscal para que, llegado el momento, dicha situación esté cubierta.

3.4.3. AYUDAS SOCIALES PARA LOS JÓVENES QUE FINALIZAN EL PERÍODO DE PROTECCIÓN POR RAZÓN DE DESAMPARO

La existencia de este tipo de ayudas depende de cada Comunidad Autónoma.

El propio sistema de protección de menores recoge un dispositivo residencial destinado al joven que finaliza el período de protección por desamparo por alcanzar la mayoría de edad. Nos referimos a los denominados «centros de emancipación» que pueden estar vinculados y/o próximos a centros de acogida, sirviendo de apoyo a éstos en la fase de progresiva desinstitucionalización de los menores. Lamentablemente, la existencia de estos recursos dista mucho de ser óptima, dificultando enormemente la transición adecuada de nuestros menores del sistema de protección de menores a la completa inserción social.

Junto con estos recursos, algunas Comunidades Autónomas han recogido ayudas dentro de sus normas sobre subsidios de ingresos mínimos.

La Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes de 11 de octubre de 2005 recoge, dentro de su apartado destinado a los derechos económicos, sociales y culturales, un elenco de éstos. Destacamos el derecho a que existan programas que promuevan el primer empleo, la capacitación laboral y que se atienda de manera especial a los jóvenes temporalmente desocupados (artículo 27.1), a la educación y a la formación profesional (artículos 22 y 29), a la protección social frente a todas aquellas situaciones de falta o de disminución de medios de subsistencia o de capa-

cidad para el trabajo (artículo 28.1) y a la adopción de medidas de todo tipo para que sea efectiva la movilización de recursos destinados a facilitar el acceso de los jóvenes a una vivienda digna (artículo 30.2).

Algunos componentes de estas políticas son sobradamente conocidos como las becas estatales en materia de educación. Lo que es importante reseñar es la existencia de una corriente legislativa en las Comunidades Autónomas sobre Juventud que contemplan importantes beneficios para este colectivo.

IV

LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES CONCRETOS

CONSUELO MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA
GEMA GARCÍA HERNÁNDEZ⁽¹⁾

4.1. DERECHO A LA IDENTIDAD

4.1.1. CUESTIONES GENERALES

La identidad, presupuesto del reconocimiento de la personalidad, constituye ineludiblemente un derecho, consagrado con carácter general en el artículo 24 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCyP). Respecto de los niños, el artículo 7 CDN lo aborda desde múltiples ópticas:

- a) *La obligación de inscripción inmediata al nacimiento* como primer reconocimiento oficial de la existencia y derechos del niño. Este aspecto está garantizado en nuestro país merced a un sistema consolidado de registro. La Ley 20/2011, de 21 de julio, del *Registro Civil* (en adelante, LRC)⁽²⁾ regula detalladamente la inscripción del nacimiento, menciona las personas encargadas de promoverla y reconoce legitimación al Fiscal para promover la inscripción de menores no inscritos (artículo 48 LRC).
- b) *El derecho al nombre* como marca distintiva de la identidad desde el nacimiento. Se regula en el artículo 30 CC y en los artículos 50 y siguientes LRC

(1) Autora del apartado 4.5. «Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen».

(2) Entrará en vigor el 22 de julio de 2014.

combinando el principio de inscripción obligatoria con la libertad ulterior para el cambio de nombre en virtud de expediente.

c) *El derecho a adquirir una nacionalidad* desde el nacimiento no necesariamente impone la obligación a los Estados de otorgar su nacionalidad a todo niño nacido en su territorio, pero sí a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que todo niño tenga una nacionalidad en el momento de su nacimiento, sin discriminación alguna por filiación, apatridia o nacionalidad de los padres.

De conformidad con esto, el artículo 17 CC atribuye la nacionalidad a

- Todos los nacidos de padre o madre españoles.
- Los nacidos en España de padre o madre extranjeros si al menos uno de ellos hubiera nacido también en España.
- Los nacidos en España cuya filiación no conste. A estos efectos se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar de estancia conocido sea España.

Además, en el artículo 20 se regula el ejercicio del derecho a optar por la nacionalidad española que se reconoce a

- Las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español.
- Aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España.
- Las que se hallen comprendidas en el segundo apartado de los artículos 17 y 19.

d) *El derecho a conocer los propios orígenes.* En materia de adopción internacional, ya el artículo 30 del Convenio de La Haya de 1993 establecía la obligación de asegurar la conservación de la información de la que dispongan las autoridades competentes sobre los orígenes y antecedentes de todo orden del niño, y de garantizar el acceso, con el debido asesoramiento a esta información en los términos legalmente previstos.

La STEDH de 13 de febrero de 2003 trató detenidamente esta cuestión en el caso *Odièvre v. France*, destacando la inserción del derecho a conocer los propios orígenes en el concepto de «vida privada» y también la necesidad de ponderarlo legalmente con el interés legítimo de la madre biológica en permanecer anónima.

El artículo 12 de la Ley 54/2007, de 7 de diciembre, de Adopción Internacional (LAI), reconoce el derecho de las personas adoptadas a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas españolas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de que provengan los menores. Este derecho se hará efectivo bajo los auspicios

de la Entidad Pública de Protección de Menores que asegurarán la conservación de la información relativa a los orígenes del niño, identidad de sus padres, historia médica,...

Merced a esta ley se da nueva redacción al artículo 180.5 CC, donde se consagra este derecho de todas las personas adoptadas en similares términos.

Ni el CC ni la LAI contemplan cuál es el procedimiento aplicable en caso de negativa de la Entidad Pública a facilitar los datos, pero dada la posible colisión entre derechos de la personalidad del hijo a conocer su origen y de la madre biológica a su intimidad y salud, la cuestión corresponde a la jurisdicción civil. En este sentido, la Sentencia 744/2010, de 14 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1.ª) del TSJ del Principado de Asturias.

El Fiscal interviene a efectos de informe (artículo 1815 LEC de 1881), pero la legitimación activa sólo corresponde al interesado.

e) Por otra parte, el artículo 8 CDN establece que *cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.*

Se mencionan expresamente el nombre, la nacionalidad y la familia, pero éstos son sólo algunos de los elementos de la identidad que se integra además por el historial desde el nacimiento, la raza, la cultura, la religión y el idioma, ... cuya preservación compete también a los poderes públicos porque el artículo 20 CDN ordena prestar «particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico».

Pero no siempre los datos sobre el origen de los niños se encuentran al alcance de las autoridades, especialmente cuando se trata de menores extranjeros no acompañados cuyos derechos de identidad pueden verse comprometidos por las circunstancias de la emigración.

4.1.2. MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS (MENAS)

La Observación General núm. 6 (2005), del Comité de Derechos del Niño sobre el *Trato a los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen* (39.º período de sesiones de 17 de mayo a 3 de junio de 2005), señala la necesidad de la determinación prioritaria de la condición de menor, de la identificación más completa posible y de la constatación de las razones de la separación y los aspectos de vulnerabilidad que puedan concurrir en caso de reintegración familiar, destacando particularmente la necesidad de proveer de documentación al menor.

Por ello la «asistencia apropiada» a un MENA debe incluir entre otros aspectos la búsqueda activa de parientes o miembros de la comunidad a la que pertenece, el intento de reunificación cuando proceda y el apoyo para la conservación de la religión, cultura e idioma.

Normalmente, la localización del menor extranjero se realiza por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que tienen obligación de actuar bajo el principio de atención inmediata siempre que se detecte una situación de desprotección (artículos 13 y 14 LOPJM) como es la estancia de un menor de edad sin compañía y amparo de un adulto.

Esta primera actuación policial a efectos de identificación y protección del MENA genera una situación equivalente a privación de libertad que, justificada en las necesidades de protección, se sujeta a las garantías constitucionales del artículo 17 CE, en los términos en que las interpretan las SSTC 341/1993, de 18 de noviembre y 86/1996, de 21 de mayo, si bien no es precisa la asistencia de abogado.

4.1.2.1. **Determinación de la edad**

El artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre *derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (en adelante, LOEX), atribuye al Fiscal la competencia para autorizar las pruebas de determinación de edad en cuya práctica han de colaborar las instituciones sanitarias oportunas.

El artículo 215 del Reglamento LOEX (Real Decreto 577/2011, de 20 de abril) reordena el régimen jurídico del Registro de MENAS, residenciado en la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil y coordinado por la FGE.

Los asientos de este Registro contienen los datos personales de identidad (nombre, origen, nacionalidad, impresiones dactilares, fotografía, edad, organismo tutelar, traslados, reconocimiento de protección internacional,...) de los MENAS, estén o no documentados, desde el momento en que resulte indubitada su minoría de edad. Es obligación de los servicios competentes de protección de menores comunicar a efectos de esta inscripción todos los datos que conozcan sobre la identidad del menor.

Con carácter previo a la inscripción, frecuentemente es necesario determinar la edad de quien sin documentación dice ser menor de edad. Se trata de un proceso en el que, bajo la dirección del Fiscal, se valoran una multiplicidad de factores (examen físico, talla, peso, presencia de caracteres secundarios, madurez psicológica, examen dental, madurez ósea,...) cuyas dudas han de resolverse a favor del afectado que dispone de un recurso judicial. Las posibilidades y métodos para la determinación de la edad comprenden desde el estudio físico del vello y del desarrollo de los órganos genitales al análisis radiológico de los huesos de la muñeca y la mano

izquierda (*Greulich-Pile y Tanner Whitehouse*), del codo (*Sauvegrain*), la cresta ilíaca (*Risser*), la ortopantomografía de los maxilares o la resonancia magnética (*Diamant Berger*) que permite medir los cartílagos del crecimiento en la zona clavicular.

La técnica más utilizada por su bajo coste y rapidez es el *Greulich-Pile*, pero arroja en ocasiones franjas u horquillas de edad demasiado amplias e imprecisas, que demandan aclaraciones de los facultativos o nuevos elementos de convicción.

La Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006, *sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España*, regula la intervención del Fiscal que culmina con el dictado de un Decreto en el que se especifica aproximadamente la edad del menor y cuyos efectos son «provisionalísimos», por lo que no impiden la realización ulterior de pruebas complementarias.

Para la Consulta FGE 1/2009, de 10 de noviembre de 2009, *sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados*, las pruebas radiológicas implican una intervención corporal leve, que puede ser acordada directamente por el Fiscal y siempre practicada con el consentimiento del interesado. La negativa podrá valorarse, junto con los restantes datos que obren en el expediente, como un indicio poderoso, aunque no determinante, de mayoría de edad.

Una vez dictado por el Fiscal el Decreto de determinación de la edad, en caso de aportación de nuevas pruebas o de persistencia de las dudas racionales, podrá dictarse otro decreto acordando nueva determinación de su edad. También la Entidad Pública de Protección puede realizar ulteriores pruebas, siempre con el consentimiento del menor maduro o mayor de 16 años o previo nombramiento de Defensor Judicial para el menor no maduro. El resultado de estas nuevas pruebas ha de ponerse en conocimiento del Fiscal para que, en su caso, modifique su resolución.

El abordaje global de las dificultades que plantea la determinación de la edad es el objeto del Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados, que actualmente impulsa la Secretaría de Estado e Inmigración (artículo 190.2 REX), hoy Secretaría General de Inmigración, y en actual elaboración.

4.1.2.2. **Identificación**

Una vez determinada la minoría, el menor extranjero pasa a beneficiarse del sistema de protección. En las primeras actuaciones de asistencia y acogimiento resulta esencial obtener una identificación individual del menor y sus circunstancias y necesidades.

Esta labor corresponde a una situación interina («atención inmediata», «desamparo cautelar», «desamparo provisional», «guarda legal»,...), en la que se valoran las posibilidades y conveniencia de la reintegración familiar del menor, conforme con su superior interés. A tales efectos, tres meses es un tiempo prudencial, pasado

el cual procederá constituir formalmente la tutela. En caso contrario, el Fiscal promoverá ante la jurisdicción civil las acciones procedentes al amparo del artículo 158 CC.

Constituida la guarda o tutela, la Entidad Pública facilitará a los menores extranjeros la documentación acreditativa de su situación, de conformidad con lo previsto en el artículo 35.3 LOE, promoviendo, en cuanto se haya descartado la posibilidad de reintegración familiar en el país de origen, la concesión de la autorización de residencia ante las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno.

En otro caso, y tal como sugiere el núm. 5 del apartado 22 del Protocolo de Actuaciones del Fiscal en las inspecciones a Centros de Protección de Menores aprobado por el FGE en febrero de 2009⁽³⁾, procede una actuación coordinada del Fiscal de Menores que instará a la Entidad Pública al cumplimiento de sus deberes tutelares, con el de Extranjería que actuará contra la Delegación o Subdelegación de Gobierno en el orden contencioso, si la negativa a la concesión de documentación procede de estas instancias.

4.2. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

4.2.1. IDEAS GENERALES

El artículo 26 CDN garantiza al niño «el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, espiritual, moral y social» y el artículo 29, «el derecho al desarrollo de sus propias aptitudes y a prepararlo para una vida responsable». Estos términos legales ilustran la consideración instrumental de algunos de los derechos (*developmental rights*) para garantizar los intereses actuales del niño y los del futuro adulto que será.

Actualmente, ya no es necesario insistir en la reconocida condición personal de los menores de edad, en el reconocimiento y protección de su dignidad, de los derechos inviolables que le son inherentes y del libre desarrollo de su personalidad (artículos 10 y 27.2 CE).

Salvaguardar el desarrollo personal del niño para el futuro es una necesidad de la identidad actual del menor, en aras de garantizar las expectativas que razonablemente quepa concebir desde la realidad actual. Podría citarse la STS 26/2013, de 5 de febrero (Sala 1.^a):

«El componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 CE), de

(3) Disponible en la web <fiscal.es>.

suerte que el interés del menor en decidir sobre su futuro profesional constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse impedida o menoscabada (SSTS de 19 de abril de 1991, 31 de julio de 2009, 565/2009 y 13 de junio de 2011 397/2001). En este ámbito no cabe la representación, del mismo modo que tampoco pueden ser sujetos obligados respecto de derechos de terceros. La adecuación al interés superior del menor, por tanto, se sitúa como el punto de partida y de llegada en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno tanto a la defensa y protección de los menores, como a su esfera de su futuro desarrollo profesional».

Esta misma sentencia, tratando la nulidad de un precontrato de trabajo futuro de un niño futbolista con un club (por representación de sus padres) y, en concreto, del pacto de cesión de derechos de imagen futura del menor (artista, deportista, jugador de fútbol,...) dice:

«Se tiene que tener en cuenta que el derecho a la imagen tiene un contenido patrimonial, pero dicho ámbito está íntima e indisolublemente vinculado a su ámbito personal, ya que el derecho a la propia imagen es, en esencia, un derecho a la personalidad, es decir, que dentro del elenco de derechos fundamentales es de aquellos más relevantes y trascendentes ya que tiene por objeto alguno de los aspectos o elementos más esenciales de la persona en sí misma considerada. Por eso, como derecho de la personalidad, es un derecho irrenunciable, inalienable, imprescriptible y podrá ser revocado en todo momento».

Pero compatibilizar la consideración de los intereses futuros del niño con sus necesidades actuales no es tarea sencilla. Descartado el enfoque social que perseguiría la formación de ciudadanos eficientes, los intereses del niño deben considerarse desde su propia proyección de futuro. Ello suscita la cuestión del protagonismo creciente que el propio menor debe tener en la determinación de su personalidad y sus intereses.

Según la Exposición de Motivos de la LOPJM:

«El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las 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 su proyección de futuro. Éste es el punto crítico de todos los sistemas de protección de la infancia en la actualidad».

Desde esta perspectiva, el «derecho de autodeterminación» (STC 154/2002, de 18 de julio) consiste en su actuación directa y progresiva en todo aquello que puedan hacer por sí mismos con arreglo a su edad y capacidad de discernimiento.

En este ámbito, cobran particular relieve el derecho del niño al acceso a la información y a la protección frente a información perjudicial (artículo 17 CDN), el derecho a ser escuchado (artículo 12), a la libre expresión de sus opiniones (artículo 13), a la libertad de conciencia y de religión (artículo 14), a la libertad de reunión y asociación (artículo 15), a la educación (artículo 28), al esparcimiento, el juego y a la participación en la vida cultural y artística (artículo 31)...

El ejercicio de estos derechos favorece la configuración de la propia vida mediante el uso de la libertad y las opciones personales. Si se tiene en cuenta además que la patria potestad (como la tutela) se ejerce siempre en beneficio de los hijos y «de acuerdo con su personalidad» (artículo 154.2 CC), se concluye que los niños, a través de su voluntad y sus opiniones, deben participar progresivamente —en función de su edad y grado de discernimiento— en la determinación de su propio interés en todas las cuestiones que les atañen.

4.2.2. DERECHO A SER ESCUCHADO: LA AUDIENCIA DEL MENOR

El artículo 12 CDN consagra el derecho de todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchado y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta en los asuntos que le conciernan.

Esto no quiere decir que la opinión del niño sea soberana, sino que no existe ningún sector reservado a la autoridad de los padres o de los adultos en el hogar, la escuela u otro ámbito donde se desarrolle la vida del niño, en el que no tenga cabida su opinión. Esta idea se confirma cuando el artículo 13.1 CDN consagra el derecho del niño a «buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo».

Pero se impone una distinción: el derecho a la libre expresión de las propias opiniones es un derecho universal que afecta a todos los niños en tanto personas. La restricción en función de la capacidad de formarse un juicio propio afecta sólo a un segundo nivel, esto es, al derecho del niño a ser escuchado y a que su opinión pese en el proceso de decisión.

Este aspecto guarda íntima relación con la evolución de las facultades del niño. El discernimiento sobre el grado de madurez de un menor no es una tarea fácil y requiere una indagación individualizada. En algunos ámbitos y dependiendo de las circunstancias, el niño puede estar en condiciones de formarse un juicio propio desde muy pequeño, aun cuando no pueda comunicarlo fácilmente.

Nuestra legislación civil establece edad o edades a partir de las cuales se reconoce a los menores de edad capacidad para ciertos actos concretos. Al margen de ello, con carácter general, opta por vincular la concesión de mayores ámbitos de autonomía con referencia a la madurez y juicio del menor, esto es, a su capacidad natural de discernimiento para comprender el alcance y consecuencia de sus actos.

El Comité de Derechos del Niño, en su Observación General núm. 12 (2009) sobre *el derecho del niño a ser escuchado*⁽⁴⁾, señala que el término «madurez» hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño para formarse opinión sobre un tema concreto y para decidir al respecto.

A tal efecto pueden darse algunas pautas generales:

- La evaluación deberá verificar si concurre una mínima racionalidad de la opinión u opción expresada, de forma que sea congruente con los fines contemplados por el menor que la expresa y que éstos sean razonablemente realizables en el marco de su realidad personal.
- La edad en sí misma no es factor determinante de la trascendencia de las opiniones del menor, porque el desarrollo cognitivo y emocional no va ligado de manera uniforme a la edad biológica. La información, la experiencia, el entorno y el nivel de apoyo recibido condicionan la evolución de las capacidades del menor, por lo que se impone siempre una evaluación individualizada —y tanto más exhaustiva cuanto menor sea el niño—.
- Debe ponderarse la importancia de los efectos de la cuestión a decidir en la vida del niño, porque cuanto más trascendentes o irreversibles sean, más rigurosa debe ser la apreciación de los presupuestos de madurez.

Por último, hay que recordar que la CDN reconoce los derechos y las responsabilidades de los padres o representantes legales de los niños de impartirles dirección y orientación apropiadas, pero subraya también que tal reconocimiento tiene por objeto permitir que los niños ejerzan sus derechos con autonomía creciente en función de su edad.

En España este derecho se consagra en el artículo 9 LOPJM, reforzando una larga tradición de disposiciones que obligan a «oír» al menor antes de tomar decisiones graves que le afecten (artículos 92, 154, 156, 159 y 177 CC). De los términos imperativos del citado artículo 9 se desprende el deber de los padres, educadores, cuidadores, jueces,... de oír al menor, que puede solicitar del Juzgado ser oído «directamente o por persona que le represente». Pero no se trata de un derecho absoluto pues puede ser denegado en resolución motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y al menor y sus representantes, cuando se estime que la audiencia pueda ser perjudicial.

Por su parte, el artículo 92.6 CC establece que en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y «oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor».

(4) CRC/C/CG/12, 20 de julio de 2009.

Por tanto, la audiencia directa del menor que tenga suficiente juicio no se configura en el CC y la LOPJ como imperativa, sino como susceptible de modulación por el Juez a través del inciso que subordina la decisión a que «se estime necesario».

Sin embargo, la regla 4.ª del artículo 770 LEC, de redacción anterior a la actual del artículo 92 CC, continúa manteniendo de forma imperativa la audiencia del menor cuando haya cumplido los doce años de edad.

La Circular 3/2009 FGE sobre *protección de menores víctimas y testigos*, resuelve la aparente antinomia primando el carácter sustantivo de la norma contenida en el artículo 92 CC y su carácter de *lex posterior* y concluye que, siendo inexcusable garantizar el derecho del niño a expresar su opinión y ser oído, el trámite concreto de audiencia directa del menor no es imperativo pues su práctica queda subordinada a que se estime necesario, tomando en consideración que puede no serlo y ponderando que a veces esta comparecencia en el Juzgado comporta perjuicios emocionales, conflicto de lealtades y otros inconvenientes para el menor. En todo caso recomienda a los Fiscales posicionarse previo análisis de las circunstancias del niño y del conflicto, evitando la utilización de fórmulas estereotipadas o impresos rutinarios.

Por supuesto, estas exploraciones —que no testimonios— deberán realizarse de forma que el menor se sienta lo más relajado posible, recabando si es necesario el auxilio de especialistas (artículo 770.4.ª LEC) y respetando las condiciones necesarias de discreción e intimidad.

4.2.3. LA RELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Son dos los preceptos que regulan esta cuestión con carácter general:

El artículo 162 CC excepciona del ámbito de representación de los padres «los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo». Son derechos de la personalidad aquellos que pretenden garantizar a la persona el goce y respeto de su propia entidad e integridad en todas las manifestaciones físicas y espirituales. Por su propia naturaleza, en la esfera estrictamente personal y en la familiar de carácter personal está normalmente excluida la sustitución del titular.

Por su parte, el artículo 2 LOPJM dispone que «las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva».

La *ratio legis* de ambas disposiciones se ajusta a la exclusión, en principio, de la representación y sustitución del titular en la esfera estrictamente personal y en la familiar de carácter personal.

En el marco civil, existen otros preceptos que evidencian el reconocimiento legal de un progresivo ámbito de capacidad a los menores adolescentes:

- El mayor de catorce años puede testar (artículo 663.1 CC) o ser testigo en los actos *inter vivos* (artículo 1246.3 CC).
- El mayor de dieciséis años puede ser testigo en el testamento excepcional otorgado en tiempo de epidemia (artículo 701 CC) o adquirir la mayoría de edad laboral (artículo 6.1 del Estatuto de los Trabajadores).
- El artículo 3.1 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de *protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*: «El consentimiento de los menores (...) deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil».
- En esta misma línea, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el *Reglamento de desarrollo de la Ley de Protección de Datos de carácter personal* permite a los menores de 14 años prestar por sí mismos su consentimiento para el tratamiento de sus datos.

En relación con esta normativa, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de marzo de 1989 y de 14 de mayo de 2010 señalan que «no existe una norma que, de forma expresa, declare la incapacidad de los menores para obrar en el ámbito civil» y que «... por debajo de los 18 años habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (artículos 1, 3 y 5 del Código Civil)».

En el ámbito civil, la edad y capacidad del menor han de ser analizadas en cada caso para calificar la relevancia y validez de su consentimiento en atención a la naturaleza y trascendencia de la decisión.

En el ámbito penal, el CP, en el artículo 181, presupone que el consentimiento libre y voluntariamente prestado por un menor de edad que tuviere ya cumplidos los 13 años, legitima la relación sexual con el mismo que no puede ser considerada delito de abuso sexual, siendo así que, por el contrario, toda relación sexual con un menor de 13 años (artículo 183) será constitutiva de abuso sexual. Es cierto que en el artículo 181.3, con una adecuada cautela, se castiga también «cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima (...)» y que, con 13 años, es fácil prevalecerse de esa superioridad. Pero en ausencia de ese prevalimiento, es lícita la relación sexual libremente consentida por un mayor de 13 años.

4.2.4. PARTICIPACIÓN EN LA ESFERA PÚBLICA

La participación de niños y jóvenes se entiende como un proceso gradual de aprendizaje mediante el cual los menores comparten con los adultos las decisiones que les afectan tanto en la vida propia como en su ambiente y su comunidad. Para

el Comité de Ministros del Consejo de Europa consiste en tener «el derecho, los medios, el lugar, la posibilidad y, si es necesario, el apoyo adecuado para participar en las decisiones, influir sobre ellas y si es necesario, el apoyo adecuado para involucrarse en acciones y actividades para contribuir a la construcción de una sociedad mejor»⁽⁵⁾.

En la sistemática de la CDN, junto con los derechos de supervivencia (vida, salud, no discriminación, no separación,...) que comprometen políticas y acciones concretas por parte de los poderes públicos, se han abierto paso, aunque más lentamente, una serie de derechos de carácter activo y voluntario que habilitan la participación de los niños en sus propias vidas y en la transformación de su entorno. La inclusión de estos derechos, antes reservados a los adultos, en el texto de la CDN precisó de un largo proceso desde 1981 a 1989 y constituye uno de los mayores logros de este instrumento. Su fundamento no es otro que la asunción de la condición personal del niño que, como sujeto de derechos, puede participar progresivamente en el proceso de adopción de las decisiones que le afecten. La urgencia de proteger necesidades vitales de los niños parece haber postergado la efectividad de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, pero la protección de los factores de la supervivencia y el fomento de la participación de los niños no son aspectos separados de un mismo proceso, sino complementarios.

El artículo 12 sobre el derecho a ser oído, anteriormente examinado, constituye uno de los pilares sobre los que se estructura la Convención que interactúa con sus restantes principios básicos. En los últimos años, ha ido expandiéndose hacia un diálogo eficaz y participativo entre los Gobiernos, sociedad civil y los propios menores y a la promoción de la participación de estos últimos, no sólo en aspectos concretos o gestos simbólicos, sino en todas las decisiones que se realizan en los niveles local, nacional, regional y global.

Obviamente, la participación se relaciona íntimamente con el contenido de otros derechos del niño, particularmente los artículos 13 (libertad de expresión), 14 (libertad de pensamiento, conciencia y religión), 15 (libertad de reunión y asociación), 16 (respeto a la vida privada) y 17 (acceso a la información) de la Convención, juntos configuran los principios del proceso de consulta y diálogo entre menores y adultos sobre el desarrollo de las políticas, programas y medidas relacionadas con las vidas de los niños y niñas.

La participación no significa el traspaso de las responsabilidades del adulto al niño, sino la habilitación de espacios en los que los niños y jóvenes puedan tomar decisiones o tener peso en el proceso de decisión de aquellos asuntos que les conciernen. En este sentido, la participación es un derecho activo y voluntario respecto del cual las obligaciones de los poderes públicos son fundamentalmente de

(5) Rec(2006)14 sobre *ciudadanía y participación de los jóvenes en la vida pública* (25 de octubre de 2006).

incentivo y favorecimiento. En consecuencia, los informes del Comité instan a los Estados a la promoción sistemática de la participación de los niños mediante un diálogo en todos los ámbitos en que se mueven, alentando y facilitando la creación de estructuras y organizaciones dirigidas por y para los niños y jóvenes, sin limitar la efectividad de este derecho a la existencia de recursos.

Desde esta perspectiva, el Comité de Ministros del Consejo de Europa viene reiterando la importancia de fomentar la participación de los niños y jóvenes. En su Rec(2001)19, de 6 de diciembre de 2001, sobre *la participación de los ciudadanos en la vida pública en el nivel local*, señalaba como principio básico el reconocimiento del potencial que los niños y jóvenes representan para el desarrollo duradero de las comunidades locales y el papel que pueden jugar en él, recomendando a los Estados:

- «1. Desarrollar la escuela como espacio común importante para el aprendizaje democrático.
2. Promover los consejos de niños y consejos de jóvenes en el nivel municipal en el que constituyen, además de las oportunidades de diálogo con los más jóvenes, verdaderos medios de formación para la ciudadanía local.
3. Promover asociaciones de jóvenes y sostener en particular el desarrollo de formas y de estructuras flexibles de vida asociativa tales como los centros de juventud, valorando en este contexto la capacidad de los jóvenes para elaborar proyectos por sí solos y para aplicarlos.
4. Tener en consideración la reducción de la edad para votar y ser elegido en el ámbito local y participar en los *referéndums*, consultas y en las iniciativas populares en el nivel local».

En el Anexo II de esta misma Recomendación, trata —entre las acciones y medidas a acometer— los denominados Consejos de Juventud e Infancia compuestos por niños y jóvenes, elegidos entre ellos, y co-presididos en su mayor parte por uno de ellos y por el Alcalde o Concejal de juventud o infancia. Estos consejos pueden debatir cuestiones referidas de manera directa al grupo de edad representado y elaborar y ejecutar proyectos conforme al presupuesto aportado por la entidad local.

Pero es en la Rec(2012)2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (28 de marzo de 2012), sobre *la participación de los niños y jóvenes menores de 18 años*, donde se aborda el tema refiriéndolo específicamente a los menores de edad y destacando como ideas básicas en esta materia:

- La inexistencia de límites a la libertad de expresión de niños y jóvenes, pues no hay ningún ámbito en el que su opinión no tenga cabida.
- La vigencia del principio de no discriminación por razón alguna en el ejercicio del derecho de participación de niños y jóvenes.

- La necesidad de atender a las capacidades evolutivas de niños y jóvenes y de estimularlas debidamente para fomentar la participación, especialmente cuando se trata de niños con menos oportunidades en razón de posibles causas de vulnerabilidad.
- La importancia del papel de los padres como primeros responsables de la crianza y educación, en la promoción del derecho del niño a participar desde su nacimiento.
- La necesidad de proporcionar a los niños la información precisa y la ayuda necesaria para la autodefensa de sus derechos.
- La necesidad de protección frente a cualquier perjuicio de los niños y jóvenes que ejerciten su libertad de expresión.
- La obligación de informar a los niños y jóvenes que ejercen su derecho de participación de los resultados y de los límites de su implicación.
- La sumisión de todos los procesos en los que niños y jóvenes sean escuchados a criterios de transparencia, voluntariedad y respeto, cualificación, seguridad y responsabilidad.

El Apéndice de este instrumento sugiere a los Estados Miembros una serie de medidas de protección y estímulo de la participación entre las que destacan la protección constitucional y legal, evaluación periódica, habilitación de procedimientos efectivos de rectificación accesibles a niños y jóvenes, creación de instituciones de defensa de derechos humanos, sensibilización, etc. Junto con ello, también sienta una serie de directrices sobre la creación de espacios aptos para la participación.

A la luz de estos pronunciamientos internacionales, la importancia de la efectiva participación de los menores de edad se muestra en varios planos:

- Como mecanismo de aprendizaje del significado del derecho fundamental a la participación democrática (en este aspecto, también la Rec(2002)12 sobre *educación para la ciudadanía democrática*). Coherentemente, los propios niños y jóvenes deben participar en el diseño y metodología de ese aprendizaje incluso cuando afecta a la cualificación específica en la materia de los profesionales encargados del cuidado de los niños: maestros, profesores, policías,...
- Como método de toma de decisiones, a través del que las personas pueden asumir un mayor control de sus propias vidas y un compromiso más activo con su entorno.
- Como génesis de entornos favorables a los niños y jóvenes. La Rec(2006)14, sobre *ciudadanía y participación de los jóvenes en la vida pública*, sugiere precisamente la mejora de las condiciones de vida de los jóvenes que se enfrentan a la precariedad, y la atención especial a los colectivos más vulnerables, junto con la identificación de otros obstáculos a la participación, como preámbulo a la efectividad de su ejercicio.

- Como una nueva dimensión de la socialización, a través de las aportaciones que los niños pueden hacer a la sociedad, que, en algunos aspectos, puede llegar a invertir el proceso tradicional de aprendizaje ante las ventajas que comporta la mayor libertad de los jóvenes frente a los adultos y su mayor apertura al cambio y las nuevas ideas, particularmente en ámbitos como la igualdad, la oposición a la violencia, el medio ambiente y sobre todo culturales (nuevas tendencias artísticas y nuevos medios de información). Por ello es importante alentar a los niños a expresarse y participar a través de las nuevas tecnologías de la comunicación en las que se mueven con mayor destreza que los adultos y donde pueden realizar aportaciones más interesante y creativas.

No es casualidad, en nuestro país, que el esquema de la LOPJM participe de estas ideas. Así, claramente se observa que los derechos concretos que se matizan en su texto sean precisamente los del derecho al honor, intimidad y propia imagen (artículo 4), derecho a la información (artículo 5), libertad ideológica (artículo 6), participación, asociación y reunión (artículo 7), libertad de expresión (artículo 8) y derecho a ser oído (artículo 9). En este sentido, el artículo 7.1 expresa:

«Los menores tienen derecho a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa.

Los poderes públicos promoverán la constitución de órganos de participación de los menores y de las organizaciones sociales de infancia».

La Exposición de Motivos aclara mucho pues parte de la concepción de los menores como «sujetos activos, participativos y creativos», con capacidad de «participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás». Al regular los derechos, recoge expresamente el de participación que vincula directamente al de asociación y reunión, al tiempo que observa la necesidad de «matizar» algunos de los tradicionales derechos civiles y políticos «combinando, por una parte, la posibilidad de su ejercicio con la necesaria protección que, por razón de la edad, los menores merecen».

Naturalmente, desde un punto de vista de defensa institucional, la defensa y garantía de estos derechos compete tanto a las Administraciones Públicas como a concretos organismos como la Entidad Pública en materia de protección, el Defensor del Pueblo (uno de cuyos adjuntos se hace cargo de modo permanente de los asuntos relacionados con los menores) y, naturalmente, al Fiscal.

Aunque en algunos de los Estados Miembros del Consejo de Europa el Ministerio Público carece de atribuciones fuera del marco del proceso penal, en la mayoría, asumen competencias en distintos ámbitos, entre los que se incluye la protección de los grupos vulnerables como los menores. En términos generales, la actividad

en este ámbito es muy apreciada, al igual que la de los Tribunales y del Defensor del Pueblo. Sin embargo, no existen normas internacionales uniformes sino que dependen de la tradición jurídica y cultural de cada país. En los últimos tiempos, sin embargo, se han sucedido algunos pronunciamientos que instan a la participación activa del Fiscal en estos ámbitos. En este sentido, podemos citar la Carta Europea de los Derechos del Niño⁽⁶⁾ y la Rec(2012)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre *el papel del Ministerio Fiscal fuera del sistema de Justicia Penal*, que reduce las funciones del Fiscal ajenas a la Justicia Penal a «la representación y defensa del interés público y general, la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y la defensa del principio de legalidad». Entre los principios básicos que esta recomendación recoge se encuentran los de que sus responsabilidades y poderes estén establecidas por precepto legal y claramente definidas con objeto de evitar ambigüedades, respeto de los principios de legalidad, objetividad, transparencia (respetando el deber de confidencialidad) e imparcialidad, junto con las generales concernientes a la naturaleza de su institución y medios humanos y personales adecuados.

En nuestro país, las atribuciones del Fiscal en materia de protección jurídica de menores se extienden más allá de la supervisión de la actuación administrativa de protección, a la defensa (incluso ante los Tribunales) de los derechos fundamentales de los menores frente a cualquier vulneración, en el entendido de que la prevalencia de esos derechos y del interés superior del menor en cualquier tipo de conflicto integra ya el interés público tutelado por la ley cuya defensa le encomiendan el artículo 124 CE y el artículo 3 de su Estatuto Orgánico. El apartado 6) del epígrafe III.4 de la Instrucción FGE sobre *el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores de las Fiscalías*, atribuye a éstas entre otras funciones la de promover acciones en defensa de los derechos fundamentales de los menores, en especial ante lesiones a la intimidad y propia imagen de menores.

Vemos, pues, que esta función se inserta dentro de una función general de protección de derechos y libertades fundamentales, por lo que las menciones que realiza la LOJPM al Fiscal no la limitan en su alcance sino, más bien al contrario, vienen a definir su función en esos concretos cometidos. Así, junto a las referencias contenidas en el artículo 9 (derecho a ser oído) ya analizadas y las del artículo 4 (honor,

(6) Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE núm. C 241, de 21 de septiembre de 1992). «15. 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 en todas las decisiones que le afecten. Con objeto de ayudar a tomar una decisión a las personas competentes, el niño deberá ser oído, especialmente en todos aquellos procedimientos y decisiones que impliquen la modificación del ejercicio de la patria potestad, la determinación de la guardia y custodia, la designación de su tutor legal, su entrega en adopción o su eventual colocación en una institución familiar, educativa o con fines de reinserción social. A este respecto, **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».

intimidad y propia imagen) que serán objeto de análisis en epígrafe posterior, son dos las menciones específicas al Ministerio Fiscal que se contienen en los artículos analizados, en concreto la contenida en el apartado 5 (derecho a la información) y la contenida en el artículo 7 (derecho de participación, asociación y reunión).

En lo que concierne a la primera, el apartado 5 del artículo 5 dispone que «sin perjuicio de otros sujetos legitimados, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal y a las Administraciones públicas competentes en materia de protección de menores el ejercicio de las acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita».

El artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, recoge el apartado b) exclusivamente referido a menores que expresa que es *ilícita*:

«La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros».

El artículo 6.1 remite al Capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en lo que concierne a las acciones frente a la publicidad ilícita. El artículo 32.1.2.^a señala que, contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse —entre otras— la acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura y, asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica. Su artículo 33.4 expresa que «el Ministerio Fiscal podrá ejercitar la acción de cesación en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios». En principio, la acción es imprescriptible (artículo 35.2 de la ley, en relación con el artículo 56 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

En lo concerniente al procedimiento, en lo que afecta a las acciones de rectificación y cese de publicidad ilícita del artículo 5.5 de la LO 1/1996, en principio, el artículo 249.1.4.^o establece que las demandas en materia de publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad (en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame) corresponden al ordinario. Sin embargo, en los casos en que se trate del ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios en materia de publicidad, deberá estarse al procedimiento verbal común (artículo 250.1, regla 12.^a, LEC 1/2000). En este último caso, la competencia corresponde al Tribunal del lugar donde el demandado tenga un establecimiento y, a falta de éste, el de su domicilio; si careciere de domicilio en territorio español, el del lugar del domicilio del actor (artículo 52.1, regla 16.^a).

Respecto a los derechos de reunión y asociación, el artículo 7.2 LOPJM expresa:

- «2. Los menores tienen el derecho de asociación que, en especial, comprende:
- a) El derecho a formar parte de asociaciones y organizaciones juveniles de los partidos políticos y sindicatos, de acuerdo con la ley y los Estatutos.
 - b) El derecho a promover asociaciones infantiles y juveniles e inscribirlas de conformidad con la Ley. Los menores podrán formar parte de los órganos directivos de estas asociaciones.
- (...)

Para que las asociaciones infantiles y juveniles puedan obligarse civilmente, deberán haber nombrado, de acuerdo con sus Estatutos, un representante legal con plena capacidad.

3. Los menores tienen derecho a participar en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas, convocadas en los términos establecidos por la Ley.

En iguales términos, tienen también derecho a promoverlas y convocarlas con el consentimiento expreso de sus padres, tutores o guardadores».

La normativa autonómica prevé semejantes disposiciones. A título de ejemplo, el artículo 23 de la *Ley de Garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia de la Comunidad de Madrid 6/1995*, de 28 de marzo, actualizada el 2 de julio de 2012, dispone que

«Las Administraciones de la comunidad propiciarán:

- a) El derecho a la participación social de los menores, arbitrándose fórmulas y servicios específicos.
- b) La participación plena de los menores en los núcleos de convivencia más inmediatos de acuerdo a su desarrollo personal, que se manifestará, en todo caso, en el respeto a sus derechos y la exigencia de sus responsabilidades.
- c) El asociacionismo infantil y juvenil y las fórmulas de autoorganización que posibiliten un aprendizaje de los modos y prácticas democráticas y tolerantes de convivencia».

En parecido sentido se manifiestan la *Ley 12/2001*, de 2 de julio (Aragón), *14/2010*, de 27 de mayo (Cataluña),...

Una forma inicial de participación tiene su ámbito en la familia y en la escuela: los Consejos Escolares y Estudiantiles. En el ámbito local destacan las Comisiones de Participación que se constituyen de forma permanente en los Consejos de Atención a la Infancia y Adolescencia de los distritos municipales, donde los niños (ordinariamente por tramos de edad, como 6 a 12 años, 13 a 18 años) pueden reunirse para tratar de los problemas de su entorno e informar de sus necesidades a los Consejos Locales.

La puesta en práctica de estas iniciativas de la Administración requiere la disponibilidad de niños y adolescentes, la colaboración de sus padres, profesores y entidades ciudadanas, junto con el compromiso de la Administración⁽⁷⁾.

En lo que concierne a las menciones relativas al Ministerio Fiscal, sólo se encuentra una mención referida al derecho de asociación en el último párrafo del artículo 7.2:

«Cuando la pertenencia de un menor o de sus padres a una asociación impida o perjudique al desarrollo integral del menor, cualquier interesado, persona física o jurídica, podrá dirigirse al Ministerio Fiscal para que promueva las medidas jurídicas de protección que estime necesarias».

La Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, expresa, en su artículo 3, que «podrán constituir asociaciones, y formar parte de las mismas, las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas, con arreglo a los siguientes principios: (...) b) Los menores no emancipados de más de catorce años con el consentimiento, documentalmente acreditado, de las personas que deban suplir su capacidad, sin perjuicio del régimen previsto para las asociaciones infantiles, juveniles o de alumnos en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor».

En el artículo 30, referido a la inscripción en el Registro, se expresa, en su apartado 4, que

«Cuando se encuentren indicios racionales de ilicitud penal en la constitución de la entidad asociativa, por el órgano competente se dictará resolución motivada, dándose traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, y comunicando esta circunstancia a la entidad interesada, quedando suspendido el procedimiento administrativo hasta tanto recaiga resolución judicial firme.

Cuando se encuentren indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de la entidad asociativa, el órgano competente dictará resolución motivada, dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, y comunicando esta circunstancia a la entidad interesada».

Las actuaciones concretas dependen de cada caso y pueden abarcar medidas de protección de menores propiamente dichas u otras dirigidas hacia la disolución de la sociedad. En este sentido, el artículo 37 expresa que «el derecho de asociación regulado en esta Ley Orgánica será tutelado por los procedimientos especiales para la protección de los derechos fundamentales de la persona, correspondientes en

(7) Reglamento de los Consejos Locales de Atención a la Infancia y Adolescencia de la Comunidad de Madrid (Decreto 179/2003, de 24 de julio, Capítulo II, artículo 7 y Capítulo IV; disponible en Internet: <<http://www.madrid.org>>) y Reglamento de Participación Ciudadana de 23 de junio de 2004.

cada orden jurisdiccional, y, en su caso, por el procedimiento de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional en los términos establecidos en su Ley Orgánica» y, en lo concerniente a la posibilidad de suspensión y disolución, el artículo 38 refiere que «salvo los supuestos de disolución por voluntad de los asociados, las asociaciones sólo podrán ser suspendidas en sus actividades, o disueltas, por resolución motivada de la autoridad judicial competente», indicando que la disolución sólo podrá declararse en los siguientes casos: a) cuando tengan la condición de asociación ilícita, de acuerdo con las leyes penales; b) por las causas previstas en leyes especiales o en esta ley, o cuando se declare nula o disuelta por aplicación de la legislación civil». En tales procesos, el órgano judicial competente, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar la suspensión provisional de la asociación hasta que se dicte sentencia». Los Jueces y Tribunales deben ordenar la inclusión de tales resoluciones en los correspondientes Registros de Asociaciones.

4.3. DERECHO A LA SALUD

La salud individual es objeto de derecho fundamental que se integra en el derecho a la vida e integridad física reconocido en el artículo 15 CE. La CDN (artículo 24) lo consagra como derecho del niño al nivel más alto posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.

Al margen de las obligaciones de prevención y garantía que el artículo 24 CDN impone a los Estados y en relación con el libre desarrollo de la personalidad, han surgido en este ámbito algunas cuestiones importantes:

4.3.1. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE MENORES DE EDAD

La generalización del consentimiento informado del enfermo para cualquier tratamiento o intervención médica es una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos y constituye una manifestación del principio de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal (STC núm. 154/2002, de 18 de julio).

El Convenio suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, relativo a *los Derechos Humanos y a la Biomedicina* (ratificado por España en 1999 y en vigor desde el 1 de enero de 2000) proclama la regla general sobre el consentimiento informado en el artículo 5, pero a continuación establece ciertas excepciones en razón de la protección de los menores de edad y de quienes carecen de capacidad para expresarlo.

El artículo 6, apartado segundo, señala:

«Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su represen-

tante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez».

El apartado cuarto del mismo precepto añade que «el representante, la persona, autoridad o institución indicados en los apartados 2 y 3 recibirán en iguales condiciones la información a que se refiere el artículo 5».

Finalmente el apartado quinto dispone que «la autorización indicada en los apartados 2 y 3 podrá ser retirada, en cualquier momento, en interés de la persona afectada».

El informe explicativo de este instrumento internacional subraya la exigencia de que la intervención del menor tenga mayor peso en función de su edad y capacidad de comprensión y destaca la necesidad de que existan procedimientos adecuados para «los casos en que las decisiones sean contrarias al interés del paciente».

Además de este artículo, es de citar, por su amplia repercusión en el ámbito doctrinal, la Sentencia dictada en 1985 por la Cámara de los Lores británica en el caso *Gillick vs. el departamento de salud de West Norfolk y Wisbech* (3 All ER 402 HL) en la que se declaró la capacidad de unas adolescentes menores de 16 años, para recibir, contra el criterio de su madre, asesoramiento y tratamiento médico anticonceptivo en función de su capacidad para comprender el alcance y finalidad de dicho tratamiento. La sentencia concluía que los derechos, deberes y responsabilidades inherentes a la patria potestad y relativos al cuidado de los hijos, están reconocidos en tanto en cuanto sean necesarios para la protección del hijo por lo que ceden ante el derecho de éste de realizar sus propias decisiones cuando alcanza un entendimiento suficiente para decidir.

En el ámbito sanitario, la competencia funcional de los menores de edad ha tomado carta de naturaleza desde la difusión del caso *Gillick*, hasta el punto de que en la doctrina la madurez o capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de una intervención se designa frecuentemente como «*Gillick competence*».

En España la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de *la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* (LAP), aborda la cuestión en términos poco claros, partiendo del supuesto de los niños sin capacidad cuyo consentimiento debe ser sustituido para determinar luego cuándo no cabe la representación.

El apartado c) del artículo 9.3 dice textualmente:

«(Se otorgará el consentimiento por representación):

- cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.

- Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente».

Desde la perspectiva del tratamiento legal las situaciones previstas en el precepto (incapacidad por circunstancias o enfermedades ajenas a la edad, incapacidad cognitiva propia de la edad, madurez o capacidad suficiente pese a la menor edad, emancipación y mayoría de 16 años) pueden encuadrarse en dos:

- a) *Los menores sin capacidad intelectual ni emocional para comprender el alcance de la intervención* o «menores no maduros». El tenor literal del texto no presupone necesariamente la ausencia de madurez por debajo de los 16 años ni fija otro umbral mínimo de capacidad. Ello obliga a evaluar en cada caso la madurez del menor de 16 años. Sin embargo, las dificultades naturales de los niños de corta edad se reconocen implícitamente cuando el propio precepto impone la obligación de oír la opinión del menor en la toma de decisión, sólo si cuenta 12 años.

Por tanto, la evaluación de la «capacidad de decisión» del menor se deja a «criterio del médico responsable de la asistencia», que habrá de examinarla en cada caso y apreciarla con criterio prudencial. La Circular 2/2012 FGE, sobre *Tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en casos de «riesgo grave»*, aporta criterios o pautas para esta determinación.

El mismo tratamiento del menor no maduro tendrán los menores incapaces por cualquier enfermedad o situación y los incapacitados, cuando tales circunstancias les impidan comprender el alcance la intervención.

En ambos casos, los padres o representantes legales sustituirán el consentimiento del menor, con la obligación de oírle siempre que tenga más de 12 años. Este consentimiento por sustitución se prestará siempre «a favor del paciente» (artículo 9.5 LAP) y constituye una obligación de los representantes en tanto que garantes de la vida y la salud del menor representado (artículo 154 CC).

- b) *Los menores con capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención* o «menores maduros». En esta situación se encuentran siempre los menores de 16 y 17 años que no sean incapaces o estén incapacitados, los emancipados y los menores de menos de 16 años cuando tengan suficiente madurez. En estos casos, como regla general, el propio menor presta el consentimiento. El texto legal es tajante respecto de los menores emancipados y mayores de 16 años: *no cabe prestar el consentimiento por representación*.

La ambigüedad legal deriva de la previsión, introducida en proposición adversativa, de un proceso de decisión diferente cuando se trata de intervenciones «de grave riesgo».

4.3.2. INTERVENCIONES MÉDICAS EN SITUACIÓN DE «RIESGO GRAVE»

Cuando de la intervención médica o de su omisión se genere un «riesgo grave» para la vida o la salud del paciente menor de edad deben considerarse matizadas las soluciones legales expuestas, porque incluso tratándose de menores maduros o mayores de 16 años, el artículo 9.3.a) dispone que «los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente».

Esta elíptica redacción sugiere que la decisión no corresponde ya al menor sino al médico que aprecia el «grave riesgo» y tiene la obligación de informar a los padres y a tener en cuenta su opinión.

En casos extremos de riesgo vital es posible que surjan conflictos de intereses cuando la opinión del menor y/o la de sus padres o representantes legales no es coincidente (por razones religiosas en el caso de los Testigos de Jehová o de cualquier otro tipo) con la indicación médica para superar el riesgo grave.

La forma de abordar estos conflictos ha sido tratada por la citada Circular 1/2012 FGE distinguiendo distintos supuestos:

- Cuando un menor maduro rechaza una transfusión de sangre u otra intervención médica con riesgo para su vida, si los representantes legales son favorables a que se realice ésta, aunque puede realizarse legalmente, es conveniente y más respetuoso con el principio de autonomía del menor acudir al Juez para que decida.
- Cuando el menor maduro, con el apoyo de sus padres o representantes, rechaza la transfusión o intervención con grave riesgo para su vida o salud, el médico debe plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal. En caso de urgencia la intervención puede llevarse a cabo, sin autorización judicial, al amparo del cumplimiento de un deber y del estado de necesidad.
- Cuando el menor maduro presta su consentimiento a la intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud, y son los representantes legales los que se oponen, debe estarse a la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autorización judicial.
- Cuando los representantes legales del menor sin condiciones de madurez rechazan una intervención cuya omisión supondría grave riesgo, el conflicto entre la opinión de los representantes y la vida o salud del niño debe

plantearse ante el Juzgado de Guardia, bien directamente por el médico o a través del Fiscal. En caso de urgencia, la intervención médica podría estar amparada por el cumplimiento de un deber o por un estado de necesidad justificante.

Desde la perspectiva bioética la Circular opta por una postura consecuencialista con apoyo en el principio del «interés superior del menor», que debe guiar todas las intervenciones del Fiscal en este ámbito. Invoca expresamente el repertorio de criterios de concreción de ese interés que, siguiendo el modelo de la *Children Act* británica de 1985, ofrece la STS 565/2009, de 31 de julio, y en el que se destaca a estos efectos:

- En primer lugar, la cobertura de las necesidades básicas de salud del menor.
- En segundo lugar, la atención a los deseos, sentimientos y anhelos del menor, con la apostilla de que «sean compatibles con lo anterior».
- Ulteriormente y como pauta general de determinación del interés superior del menor, la valoración de los riesgos (para la salud física o psíquica) que la situación actual y las subsiguientes puedan acarrear.

Respecto de los menores maduros y mayores de 16 años, la solución que ofrece la Circular para resolver los conflictos de intereses u opiniones contrapuestas en casos de grave riesgo se apoya en toda una serie de disposiciones legales sobre la irrelevancia del consentimiento del menor de edad, sea o no maduro, para determinadas intervenciones médicas, algunas de ellas, carentes de riesgo vital o urgente. En tal sentido:

- El artículo 156 CP niega relevancia al consentimiento de cualquier menor en materia de trasplantes, cirugía transexual y esterilizaciones.
- En relación con lo anterior, el artículo 4 de la Ley 30/1979, sobre *trasplantes de órganos*, en relación con el 155 CP, prohíbe la donación de órganos a los menores de edad.
- El artículo 143 CP niega también la validez del consentimiento de los menores de 18 años para configurar el subtipo atenuado de auxilio al suicidio en casos de «eutanasia directa».
- El artículo 7 del Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, sobre *normas de calidad y seguridad para la donación, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos*, prohíbe la extracción de células y tejidos humanos a menores de cualquier edad, salvo determinados supuestos expresamente recogidos.
- El artículo 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de *reproducción asistida*, en relación con el 161 CP prohíbe también la aplicación de estas técnicas a personas menores de edad.

- En general, el artículo 6.1 del Convenio de Oviedo excluye la posibilidad de aplicar a menores de edad, aun con consentimiento informado, cualquier tratamiento médico que no redunde en el beneficio directo del paciente.

El planteamiento judicial de estos conflictos debe realizarse por su carácter urgente ante el Juez de Guardia en procedimiento urgente de jurisdicción voluntaria en el que informa necesariamente el Fiscal.

4.3.3. INTERVENCIÓN DEL FISCAL RESPECTO DE LOS ENSAYOS CLÍNICOS Y LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA SOBRE MENORES DE EDAD

El marco jurídico viene determinado por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de *garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios*, y por el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan *los ensayos clínicos con medicamentos*. Esta regulación exige para todo ensayo el informe previo favorable de un Comité Ético de Investigación Clínica (CEIC) que será independiente de los promotores e investigadores y de las autoridades sanitarias, y la autorización de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS), y se establecen las facultades inspectoras de las Administraciones sanitarias.

Cuando el ensayo o la investigación biomédica se refiere a menores de edad, el artículo 7.3 del RD 223/2004 ordena al promotor la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de las autorizaciones de los ensayos clínicos cuya población incluya a menores. Ello da lugar a la apertura por el Fiscal de un expediente de protección en el que el Fiscal de Menores comprueba que se han observado todos los requisitos que la legislación establece, oponiéndose al ensayo en caso contrario.

Las actuaciones del Fiscal en este ámbito aparecen recogidas y orientadas en el *Protocolo de actuación en expedientes sobre ensayos clínicos e investigación biomédica* elaborado en 2009 por la Unidad Coordinadora de Menores de la FGE⁽⁸⁾ y atañen al examen de la documentación que debe incluir la resolución favorable de la AEMPS, el dictamen del CEIC y una copia de protocolo de ensayo, y a la comprobación de la intervención de expertos en pediatría. Si la información remitida fuera insuficiente, el Fiscal puede requerir al promotor a fin de recabar los datos necesarios para asegurar la protección del interés superior de los menores que van a participar en el ensayo.

Si se detectan indicios de riesgos para los derechos de los menores, puede el Fiscal promover judicialmente una medida de protección al amparo del artículo 158 CC. Pero esa eventualidad será excepcional dado el cúmulo de garantías impuestas y los múltiples órganos de control previstos en la legislación administrativa.

(8) Disponible en <www.fiscal.es>.

4.4. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

El artículo 28 CDN, el artículo 27 CE y toda una serie de instrumentos internacionales recogen este derecho fundamental, como medio indispensable para la efectividad de otros derechos humanos. Por la importancia de la educación en las posibilidades de desarrollo personal, el artículo 28 CDN impone a los Estados la adopción de medidas de garantía de su efectividad. También las legislaciones nacionales incorporan un elemento de obligatoriedad en el ejercicio del derecho a la educación, en el entendimiento de que el acceso del niño a la enseñanza básica no es una opción libre ni para los padres ni para el Estado.

En consonancia, el artículo 13.2 LOPJM establece que «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».

Esas «medidas necesarias» van desde la prevención (campañas de información y sensibilización,...) a la intervención individualizada con los menores absentistas y sus familias en las que se prioriza la colaboración sobre la coerción. En ellas participan sectores administrativos educativos y sociales en el plano estatal, autonómico y local [artículo 25.2.n) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local]. La Administración de Justicia y concretamente el Ministerio Fiscal tienen un papel esencial desde el ámbito de la protección jurídica de los menores y desde el ámbito penal que sanciona a los responsables de su absentismo.

El tenor del citado artículo 13.2 LOPJM sugiere también la implicación de la sociedad civil cuyo papel a través de las asociaciones de padres, de profesores o de vecinos puede ser decisivo.

4.4.1. SUJETOS OBLIGADOS

El artículo 4.2 de la LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora *del Derecho a la Educación* (redacción conforme a la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en adelante, LODE), señala a los padres, tutores o acogedores, como primeros responsables de la educación de sus hijos, en consonancia con su obligación de alimentos (artículos 142, 154 y 269 CC). Concretamente, se les exige: «a) Adoptar las medidas necesarias, o solicitar la ayuda correspondiente en caso de dificultad, para que sus hijos o pupilos cursen las enseñanzas obligatorias y asistan regularmente a clase».

La intervención pública ante el incumplimiento de esta obligación, dada la amplia variedad de circunstancias familiares, sociales o personales de diferente signo que pueden determinar el absentismo, precisa un análisis previo indivi-

dualizado para garantizar de forma eficaz en cada caso el derecho del menor a la educación.

4.4.2. **CARÁCTER PROGRESIVO DE LA INTERVENCIÓN**

Las primeras intervenciones deben producirse en el ámbito educativo, en el que ordinariamente pueden solventarse la mayoría de los casos.

En esta primera fase puede ser necesaria la intervención de los Servicios Sociales (municipales) ya que muchas familias afectadas se encuentran en situación de exclusión social. La Recomendación Rec(2006)19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa subraya las dificultades del ejercicio del rol parental en situaciones de riesgo o exclusión social y reclama la atención de los poderes públicos, máxime cuando los menores han perdido raíces estables o un hogar permanente (antecedentes familiares romaníes o gitanos, inmigrantes,...). Desde el principio de intervención mínima, se constata la existencia de un gran número de asuntos que no son merecedores acreedores de ningún tipo de sanción, aunque sí de trabajo social.

En otros más graves, sin perjuicio de sanción administrativa, la persecución de la infracción penal, conforme al artículo 228 CP, exige la denuncia previa del Fiscal. Esta posibilidad requiere el previo agotamiento de la actuación de prevención y colaboración.

En la fase preliminar de intervención administrativa de colaboración con la familia, puede intervenir la Fiscalía de Menores desde el ámbito de protección, en expediente por absentismo escolar. En uno u otro momento y tras valorar las circunstancias del caso, el Fiscal de Menores cita de comparecencia al menor y a sus padres o representantes legales, con la finalidad de advertirles de la existencia del expediente de protección, de la necesidad de cumplir las obligaciones respectivas y del posible ejercicio de acciones penales en el caso de persistir la situación.

4.4.3. **INTERVENCIÓN PUNITIVA**

Ante el fracaso de la prevención, la colaboración y las advertencias, el Fiscal ejercita las acciones penales por delito de abandono de familia del artículo 226 CP contra los padres, tutores, acogedores, con criterio generalmente acogido por las Audiencias Provinciales, pues basta con el incumplimiento de alguno de los deberes y no de su totalidad para satisfacer los requisitos de tipicidad.

La posibilidad de optar entre la pena prisión (de tres a seis meses) o la multa (de seis a doce meses) permite un amplio margen de apreciación, en atención a la gravedad del hecho y la etapa educativa en que se hubiera producido. Excepcionalmente o en casos de desamparo, estaría indicada también la pena de inhabilitación

especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

Las Sentencias condenatorias deben comunicarse a la autoridad administrativa competente en el ámbito educativo para seguimiento del caso en aplicación de los criterios generales de coordinación administrativa y de protección de menores (artículos 13.2 y 14 LOPJM) que vinculan a todos los poderes públicos.

El beneficio de la suspensión de la ejecución debería supeditarse siempre al cumplimiento de programas específicos de atención de la escolarización del menor cuya confección y seguimiento corresponde a los órganos del gobierno de la Administración autonómica (artículo 83.2 CP), procurando que el plazo de suspensión (artículo 80.2 CP) coincida con el tiempo que al menor le reste de escolarización obligatoria.

4.4.4. MENCIÓN ESPECÍFICA DE LA DENOMINADA HOME SCHOOL

Han surgido en varios países y también en España, movimientos⁽⁹⁾ que rechazan la asistencia de sus hijos a la escuela por razones pedagógicas, emocionales, ideológicas o religiosas y que propician y la formación de los niños en el hogar, al margen del sistema oficial.

El artículo 4 LODE, junto con los derechos de los padres a escoger centro docente y a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, impone una serie de obligaciones, entre las que se encuentra la de garantizar la educación obligatoria y la asistencia regular a clase de los hijos.

Además de excepciones a la escolarización obligatoria por razones de salud, el Centro para la Innovación y Desarrollo de la Educación a Distancia (CIDEAD), integrado en el Centro Nacional de Información y Comunicación Educativa (CNICE), creado por RD 1180/1992, de 2 de octubre, atiende la educación a distancia de importantes colectivos dispersos geográficamente y con necesidades excepcionales diversas.

Por lo demás, se echa de menos una regulación expresa que, reconociendo en su caso la libertad de la enseñanza extraoficial de este tipo, estableciera los debidos controles y los presupuestos de homologación a efectos de la futura integración del niño en el sistema educativo general.

El TS (Sala 2.^a) se pronunció —colateralmente— sobre la cuestión en su Sentencia 1669/1994, de 30 de octubre, relativa a miembros de la secta *Los niños de*

(9) *Crecer sin Escuela*. Boletín núm. 16, junio de 2005 (disponible en Internet: <<http://www.crecer-sinescuela.org>>).

Dios, absolviendo a los padres del delito de lesiones psíquicas sobre los hijos, que se les imputaba en razón del aislamiento social propiciado por una educación muy específica, ajena al sistema oficial y exclusivamente en el hogar. Para esta sentencia, descartado el daño a la salud, la sanción penal sólo estaría justificada cuando la enseñanza impartida difundiera ideas contrarias a los valores esenciales de la convivencia o favoreciera la prostitución o corrupción de menores. En otro caso, no cuestiona la legitimidad de la educación a domicilio, «siempre que se satisfaga con ella la necesaria formación de los menores» y «sin perjuicio de la sanción civil que pueda proceder».

Las Audiencias Provinciales vienen estimando que estos casos no son merecedores de sanción penal.

Descartada la sanción penal, hay que recordar que el TEDH afirmó el derecho de los Estados a fijar los contenidos y formas mínimos de la educación obligatoria y entre ellos, su carácter escolar, al inadmitir el 11 de septiembre de 2006 la demanda interpuesta en el *caso Fritz Konrad and others vs. Alemania*, país cuya legislación prohíbe expresamente la escuela en casa.

Invocando la doctrina del TEDH, la STC núm. 133/2010, de 2 de diciembre, ordenó a los padres demandantes la inmediata escolarización, pese a constar la inexistencia de riesgos y que la educación recibida en casa (los niños hablaban cinco idiomas, recibían clases de música, matemáticas, ciencias y ética) era de gran calidad.

Procede por lo tanto la escolarización inmediata de los niños y, en su caso, las sanciones administrativas a que hubiera lugar en cada circunstancia.

4.5. DERECHO AL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN

En el marco de la competencia atribuida al Ministerio Fiscal en la CE (artículo 124) y, conforme a la previsión contenida en su EOMF, la FGE dictó la Instrucción 2/1993, de 15 de marzo, *sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito*. Posteriormente, la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000*, exhorta al Fiscal a convertirse en un «inflexible protector de la intimidad del menor, instando del Juez la adopción de cuantas medidas puedan resultar procedentes a fin de asegurar, en todo caso, la vigencia de aquel derecho». Tras ella siguieron la Circular 1/2001, de 5 de abril, *relativa a la incidencia de la nueva LEC en la intervención del Fiscal en los procesos civiles*, la Instrucción 3/2005, de 7 de abril, *sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación*, y, finalmente, la Instrucción 2/2006, *sobre El Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores*, que fue la que abordó la actuación del Ministerio Público de forma integral y transversal.

Aunque los atentados a estos derechos también pueden ser constitutivos de infracción penal (véase el Título X del Código Penal, «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio»), el presente capítulo se centra en los aspectos civiles.

4.5.1. MARCO NORMATIVO

El artículo 16 CDN proscribe las intromisiones en la intimidad del menor al declarar que ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Lo contemplan igualmente el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH), el artículo 17 del PIDCyP de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 (artículo 10.3). También la Carta Europea de los Derechos del Niño declara que todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor, y otorga protección frente a utilizaciones lesivas de la imagen del menor. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, aprobada por Asamblea General en 1985, también lo recogen en su artículo 8.

La CE dice, en su artículo 18, que «se garantizará el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», configurando el llamado «derecho a la privacidad...»⁽¹⁰⁾. El artículo 20.1.d) especifica que el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión encuentra su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título y «especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia» (en este sentido, STC 134/1999, de 24 de mayo, FJ 6). El apartado 4 del artículo 8 prevé la limitación por medio de ley del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar (*habeas data*) (STC 292/2000, de 30 de noviembre) y el artículo 105.b) CE a la vez que prevé que la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, excluye del público conocimiento «lo que afecte a la intimidad de las personas». Así ha sido con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de ésta.

Junto al marco constitucional establecido en los artículos 18 y 20, el desarrollo legal de estos derechos se encuentra en LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre *protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*.

(10) WARREN, Samuel/BRANDEIS, Louis. «The right to privacy». *Harvard Law Review*, vol. IV (193-220). Boston, 1990.

Esta Ley se abstiene de regular adecuadamente uno de los tres derechos que se pretendía reglamentar, el de intimidad, lo cual sugirió algunas dudas sobre su constitucionalidad. La LOPJM rubrica su artículo 4 «Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen» y refuerza notablemente el marco de protección de estos derechos cuando su titular es un menor de edad, pero mantiene la misma indefinición respecto al concepto y contenido de éstos.

Han sido la jurisprudencia del TS y la doctrina del TC las que han ido configurando el derecho al honor como «el derecho a que los demás no condicionen negativamente la opinión que se tiene de nosotros» (STC 49/2001, de 26 de febrero), impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito (STC 216/2006, de 3 de julio), aun cuando habremos de considerar que el concepto de *honor* es de naturaleza cambiante según los valores e ideas sociales vigentes en cada momento (SSTC números 185/1989; 223/1992; 170/1994; 76/1995; 139/1995; 176/1995; 180/1999; 112/2000, y 49/2001); el derecho a la intimidad como «el ámbito propio y reservado de las personas cuya efectiva existencia es necesaria para alcanzar una calidad mínima de vida humana» (STC 231/1988, de 2 de diciembre), «como una realidad intangible, de un contenido —multiforme y variado— cuya extensión ha de determinarse atendiendo a las ideas y convicciones más generalizadas en la sociedad y en cada momento histórico» (STC 171/1990, de 12 de diciembre) y el derecho a la imagen como «el derecho a disponer de la representación gráfica del aspecto físico que permita la identificación» (SSTC 156/2001, de 2 de julio y 83/2002, de 22 de abril).

En el terreno audiovisual, uno de los ámbitos de mayor riesgo por el carácter masivo de la difusión de los posibles compromisos de estos derechos, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, *General de la Comunicación Audiovisual*, protege los derechos del menor en el amplio y pormenorizado artículo 7 y la Ley 17/2006, de 5 de junio, de *Radio y la Televisión de titularidad estatal*, establece en su artículo 3.2.s) que la Corporación RTVE deberá «... preservar los derechos de los menores».

4.5.2. LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA

El artículo 4.3 LOPJM señala que «se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales».

Los niveles de protección se intensifican en relación con los niños y se justifican teniendo en cuenta que «la naturaleza del daño se multiplica exponencialmente cuando el ataque a los derechos del menor se realiza a través de los medios de comunicación», (STS 387/2012, de 11 de junio).

La Sentencia del TS de 6 de septiembre de 2011 ha establecido que «lo que se considera ilegítimo es la utilización de imágenes en las que se encuentre un menor, **con independencia del momento en que se publique**, circunstancia en la que habrá de analizarse el resto de los requisitos exigidos por la norma (menoscabo de su honra o contrario a sus intereses)».

El artículo 7 de la LO 1/1982 describe *ad exemplum*⁽¹¹⁾ los actos que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de la Ley (STS de 6 de septiembre 2011).

4.5.3. EL CONSENTIMIENTO Y SU REVOCACIÓN

La LO 1/1982 determina, en su artículo 1.3, el carácter irrenunciable, inalienable e imprescriptible de estos derechos, así como la nulidad de la renuncia a la protección prevista en la ley, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo 2.

La legitimidad de la difusión de la imagen de un menor en un medio de comunicación exige el previo consentimiento del menor maduro o de sus representantes legales (STS 1003/2008, de 23 de octubre). Como establece el artículo 3 de la LO 1/1982:

- «1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.
2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez».

Esta fórmula legal se halla en armonía con el régimen general que el artículo 162.1 CC establece respecto de la representación legal de los hijos, en los términos ya analizados al tratar el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así, también en este ámbito para identificar las **condiciones de madurez** del menor, se sugiere el patrón normativo que proporcionan diversos preceptos del CC que, en otras materias, permiten al menor realizar determinados negocios jurídicos a partir de cierta edad —catorce años—, o exigen su audiencia si fuera mayor de doce años o tuviere suficiente juicio (artículos 663, 177.3, 156 y 92 CC).

La Instrucción 2/2006 de la FGE, subraya cómo el consentimiento excluyente de la intromisión ilegítima es en la previsión legal siempre expreso, esto es, inequív-

(11) CONSEJO GENERAL PODER JUDICIAL. *Conclusiones del Seminario Problemática derivada de la Protección de los Derechos Fundamentales al Honor, la Intimidación Personal y a la Propia Imagen: Especial Referencia a las Medidas Cautelares*. Madrid, del 30 de junio al 2 de julio de 2004.

vocamente manifestado, requiriéndose para los menores que esa expresión tenga forma escrita (SAP de Barcelona, Sección 11.ª, de 16 de octubre de 2002, rec. 46/2001). Además, en los términos de la LO 1/1982 tal consentimiento «no basta para la validez del acto de disposición, por cuanto es necesario, para que surta eficacia, la cooperación del Ministerio Fiscal, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización y ratificación» (SAP de Madrid, Sección 13.ª, de 30 de abril de 2003, rec. 621/2002).

El ya citado Reglamento de *desarrollo de la ley de protección de datos de carácter personal* (RD 1720/2007, de 21 de diciembre) garantiza la seguridad jurídica en el ámbito de la protección de datos, con la previsión, en los artículos 12 y 13, del consentimiento para el tratamiento de datos de los menores de edad, estableciendo un límite en los catorce años, salvo los supuestos legales (STC 292/2000, de 30 de noviembre). Se ha transpuesto a nuestro ordenamiento la Directiva 2006/24/CE mediante la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. El Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos, creado por la Directiva 95/46/CE, en su artículo 29 el 12 de junio de 2009, en su Dictamen 5/2009 sobre redes sociales (SRS) en línea, señaló que en las SRS «los usuarios deben proporcionar datos personales para generar su descripción o **perfil**; permiten a los usuarios poner su propio contenido en línea (contenido generado por el usuario como fotografías, crónicas o comentarios, música, vídeos o enlaces hacia otros sitios) y proporcionan una lista de contactos para cada usuario, con las que los usuarios pueden interactuar», con lo que ello significa de exposición de datos a terceros por parte de menores.

El apartado 4 del artículo 13 de la LO 15/1999, de Protección de Datos, dispone que «corresponderá al responsable del fichero o tratamiento articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado, en su caso, por los padres, tutores o representantes legales».

4.5.3.1. El derecho a revocar el consentimiento.

La STC 117/1994, de 25 de abril, reconoce este derecho señalando que «se extiende a todos los que sucesivamente hayan podido ir adquiriendo la titularidad sobre lo transmitido, puesto que se trata de recobrar el derecho a la imagen, irrenunciable e inalienable en su esencia, dejando sin efecto la autorización que es una facultad excepcional otorgada».

La revocación no tiene carácter retroactivo. La persona que haya consentido en ceder una manifestación concreta de su derecho nada podrá reclamar a quien la haya adquirido legítimamente, sea el cesionario original o sea uno de los sucesivos adquirentes; ya que tenían la facultad de explotarla y obtener los beneficios patrimoniales propios de la cesión. Y, como señala el artículo 2.3 de la Ley 1/1982:

«El consentimiento será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas».

4.5.4. ASPECTOS PROCESALES

4.5.4.1. Ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal

Como regla general, la Instrucción 2/2006 establece la intervención del Ministerio Fiscal en supuestos de ataques al honor, intimidad y propia imagen de menores desamparados, de menores que sin estar declarados en desamparo son inadecuadamente tratados por sus progenitores, de menores carentes de representantes legales o de menores en conflicto de intereses con sus representantes legales.

Se impone (artículo 4.2 LOPJM) al Ministerio Fiscal la obligación de accionar en los casos en que la inmisión se produzca a través de un medio de comunicación, siempre bajo el principio del superior interés del menor. El Fiscal no tiene en este ámbito funcional una legitimación subsidiaria, sino que deberá actuar cuando proceda aun cuando el menor esté representado por progenitores que ejerzan adecuadamente la patria potestad.

La excepción será la intervención autónoma del Fiscal cuando el menor afectado tenga progenitores en pleno uso de las facultades inherentes a la patria potestad, y que —sin que concurra conflicto de intereses con el menor— sean contrarios a que se entablen acciones en su defensa. Esta excepción habrá de estar basada en una cualificada intensidad lesiva de la intromisión.

La inicial inactividad del Ministerio Fiscal en una intromisión ilegítima no le impide actuar con posterioridad (Auto del TS de 23 de noviembre de 1999).

La Instrucción 2/2006 destaca la necesidad de sopesar las siguientes circunstancias:

- A la hora de decidir si al amparo del artículo 4 LOPJM procede emprender acciones, debe valorarse la posición de los progenitores en los casos en que éstos actúen adecuadamente respecto del menor, a fin de aquilatar si las circunstancias del caso concreto integran una «difusión contraria al interés del menor».
- Habrán de ponderarse, en su caso, el riesgo y el impacto que pueda generar el denominado *streptitus fori* por lo que, cuando sea previsible su concurrencia, cabrá, dependiendo de las concretas circunstancias concurrentes, adoptar la decisión de no ejercitar las acciones correspondientes, en salvaguarda del principio del superior interés del menor.

- Del mismo modo, aunque la LOPJM debilita la eficacia justificante del consentimiento del menor (artículo 4.3 *in fine*), su concurrencia debe sopesarse en cada caso, a la hora de concretar si se ha producido un perjuicio para sus intereses.
- No procederá, en general, el ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal ante la emisión de programas o la publicación de fotografías en los que aparezcan menores, en actividades con dimensión pública tales como concursos, debates, musicales, actividades deportivas, etc., siempre que las propias circunstancias que rodeen la publicación excluyan el perjuicio para los intereses de los mismos (STS 1120/2008, de 19 de noviembre).
- Tampoco procederá, en general, el ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal ante la difusión de imágenes de menores en lugares públicos, cuando aparezcan de manera meramente casual o accesoria de la información principal y siempre que tales lugares o actos no presenten aspectos negativos.
- Si la difusión casual o accesoria de la imagen del menor se vincula a lugares, personas o actos con connotaciones negativas, habrán de utilizarse técnicas de distorsión de la imagen para evitar que éste pueda ser identificado.

4.5.4.2. **Tratamiento de los menores hijos de personajes famosos**

Como principio general, estos niños tienen derecho al mismo grado de protección que cualquier otro frente a la curiosidad ajena, como señala la STS 602/2011, de 29 de julio.

En consecuencia, la Instrucción FGE señala las siguientes pautas de actuación:

1. La reproducción de imágenes en compañía de sus padres —personajes públicos— debe también contar, para que sea ajustada a Derecho, con el consentimiento de los representantes legales o del menor maduro.
2. El acoso, abordaje o seguimiento por reporteros, fotógrafos o cámaras del personaje público cuando éste está acompañado de sus hijos menores en ámbitos de la vida privada puede ser en sí gravemente lesivo para ellos y, por tanto, puede requerir del ejercicio de acciones por parte del Ministerio Fiscal en defensa de la intimidad del menor, aunque la imagen captada no llegue a ser reproducida o publicada o se publique utilizando mecanismos de distorsión.

4.5.4.3. **Tratamiento de los menores con notoriedad pública propia**

En principio, el derecho a la intimidad y a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción y publicación si se realiza durante un acto público o en lugares abiertos al público [artículo. 8.2.a) de la LO 1/1982].

Existen sin embargo límites a esta regla: incluso en los supuestos de captación en lugares abiertos al público, para que ésta sea legítima habrá de respetar el principio del superior interés del menor, de modo que en ningún caso quedarían justificadas actividades de captación de la imagen que perturbaran la vida cotidiana y privada del menor o que estuvieran acompañados de actos de acoso o seguimiento lesivos para su intimidad (STC 172/1990, de 12 de noviembre; STS, Sala Civil, de 6 de septiembre de 2011).

4.5.4.4. **Competencia territorial**

Conforme al artículo 52.1.6.º LEC, será competente territorialmente el tribunal del domicilio del demandante, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate.

Cuando el Fiscal asume la posición de demandante, la competencia vendrá dada por el domicilio del menor afectado por la información y, como regla subsidiaria, el lugar donde se hubiere producido el hecho que vulnere el derecho fundamental.

Ello implica que habrá de presentar la demanda la Fiscalía del domicilio del menor y, en su defecto, la del lugar en donde se editó la publicación o se emitió el programa de radio o de televisión.

4.5.4.5. **Las medidas cautelares**

Las medidas cautelares están destinadas a obtener el cese inmediato de la intromisión ilegítima. Su finalidad no es otra que la de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial relativo precisamente a los derechos e intereses legítimos llevados ante los jueces y tribunales en el proceso principal en el que se resuelve la cuestión de fondo (STC 159/2008, de 12 de diciembre). La CE establece la prohibición de la censura previa (artículo 20.2), como tuvo ocasión de señalar la STC 52/1983, de 17 de junio, en relación a la «censura administrativa» y la prohibición de que se proceda al secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información sin que medie resolución judicial (artículo 20.5), destacando en este mismo sentido la STC 187/1999, de 25 de octubre.

Según se reconoce en la STC 34/2010, de 19 de julio, el artículo 9.2 de la LO 1/1982 cumple con las exigencias de concreción y previsibilidad que permiten apoyar la prohibición de difusión de una obra audiovisual en tanto en cuanto se trate de una medida provisional y temporal, accesoria a un juicio declarativo sobre el fondo de la cuestión y acordada con estricta observancia de las normas procesales que regulan su adopción.

El Fiscal podrá solicitar al Juzgado competente, en el marco de la previsión contenida en el artículo 8 la Ley 34/2002, de 11 de julio, de *Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, que adopte las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran (STS de 11 de mayo de 2012).

4.5.4.6. **Procedimiento**

El proceso se desarrolla por los trámites del juicio declarativo ordinario que se tramitará de forma preferente, artículo 249.1.2 LEC, y será siempre parte el MF. Contra la sentencia que se dicte en segunda instancia cabrá en todo caso recurso de casación, conforme a lo dispuesto en el vigente artículo 477.2.1.^º LEC.

V

JUDICIALIZACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE PROTECCIÓN

ANTONIO HUÉLAMO BUENDÍA⁽¹⁾
CONSUELO MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA⁽²⁾
CARLOS ELOY FERREIRÓS MARCOS⁽³⁾

5.1. INTRODUCCIÓN

La intervención del Fiscal en materia de protección de menores es amplia en el marco del proceso civil. Particularmente, en los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, el artículo 749.2 de la LEC 1/2000 la exige siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor de edad y, en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, el artículo 1815 LEC de 1881 la requiere cuando la solicitud promovida afecte a «persona cuya protección o defensa competen a la autoridad».

Como hemos señalado en los epígrafes precedentes, la materia que estamos analizando es más concreta y derivada de las funciones de superior vigilancia de la tutela, guarda y acogimiento de menores y la propia de la protección de los derechos y libertades fundamentales.

La primera tiene, a su vez, una doble perspectiva: por un lado, el análisis de los procedimientos que tienen por objeto la oposición a las resoluciones administrati-

(1) Autor de los apartados 5.2, 5.3 y 5.4.

(2) Autora del apartado 5.5.

(3) Autor de los apartados 5.1 y 5.6.

vas de la entidad pública; por otro, el estudio de las autorizaciones judiciales que, en su calidad de tutora, precisa para el ejercicio de su función.

La LEC 1/2000 recoge el procedimiento de oposición en el ámbito de los procesos especiales (artículo 748.6) derogando tácitamente los apartados de la Disposición Adicional Primera de la LO 1/1996 que se ocupaban de esta materia y remitían al procedimiento de jurisdicción voluntaria, cuestión que fue objeto de atención por el Tribunal Constitucional que advirtió, con anterioridad a la LOPJM, de la ausencia de procedimiento⁽⁴⁾ y, con posterioridad a ésta, de los problemas que presentaba el de jurisdicción voluntaria⁽⁵⁾.

La mayor parte de las autorizaciones, al igual que para el resto de los tutores (véase artículo 271 CC) suelen tramitarse por el procedimiento de jurisdicción voluntaria aunque ello también presenta excepciones como la existencia de procedimientos contenciosos (véase el artículo 763 LEC para el internamiento por razón de trastorno psíquico) o el de la autorización para entrada en domicilio para la ejecución de los actos de la Entidad Pública en materia de protección que es competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

En cuanto a la protección de derechos, es necesario precisar que no existen procedimientos específicos para la tutela judicial de los derechos fundamentales del menor. En el ámbito civil, el procedimiento aplicable para las demandas que «pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación», se deciden por el juicio ordinario. En estos procesos, será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente. Es competente el Tribunal del domicilio del demandante y, cuando no lo tuviere en territorio español, el del lugar donde se hubiere producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate (artículo 52.1.6.º de la LEC 1/2000). Como señala el artículo 4.4 LOPJM, el Fiscal tiene legitimación activa originaria para los casos de protección al honor, intimidad y propia imagen y también la ostenta por sustitución en los casos de menores respecto de los cuales se produzca la violación de un derecho fundamental (Circular 1/2001, de 5 de abril de 2001, sobre *incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles*). En todo caso, siempre tendrá intervención en este tipo de procesos.

Téngase en cuenta que la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* también cuenta con un procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (artículos 114 a 122 bis) en el que interviene también preceptivamente el Fiscal (artículo 119). Como particularidad, el artículo 122 regula el supuesto de prohibición o de propuesta de modifica-

(4) Así, entre otras, STC, Sala 2.ª, de 25 de noviembre de 1996, Pte.: García-Mon y González-Regueiral, Fernando (EDJ 1996/7603).

(5) Así, entre otras muchas, STC, Sala 1.ª, de 4 de abril de 2005, Pte.: Delgado Barrio, Francisco Javier (EDJ 2005/23716).

ción de reuniones previstas en la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Reunión que no sean aceptadas por los promotores, expresando que éstos podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal competente. El recurso se interpondrá dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la prohibición o modificación, trasladándose por los promotores copia debidamente registrada del escrito del recurso a la autoridad gubernativa, con el objeto de que ésta remita inmediatamente el expediente. El Tribunal, en el plazo improrrogable de cuatro días, y poniendo de manifiesto el expediente si se hubiera recibido, convocará al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los recurrentes o a la persona que éstos designen como representante a una audiencia en la que, de manera contradictoria, oír a todos los personados y resolverá sin ulterior recurso. La decisión que se adopte únicamente podrá mantener o revocar la prohibición o las modificaciones propuestas. Téngase en cuenta a los efectos del artículo 7.3 LOPJM que expresa que los menores tienen derecho a promover y a convocar reuniones con el consentimiento expreso de sus padres, tutores o guardadores.

La Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social*, también contiene un procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en sus artículos 177 a 184, en el que el Fiscal es siempre parte. Debe recordarse que el artículo 16 de esta norma otorga capacidad procesal a los «trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho respecto de los derechos e intereses legítimos derivados de sus contratos de trabajo y de la relación de Seguridad Social, cuando legalmente no precisen para la celebración de dichos contratos autorización de sus padres, tutores o de la persona o institución que los tenga a su cargo, o hubieran obtenido autorización para contratar de sus padres, tutores o persona o institución que los tenga a su cargo conforme a la legislación laboral o la legislación civil o mercantil respectivamente». Igualmente tendrán capacidad procesal «los trabajadores autónomos económicamente dependientes mayores de dieciséis años». Finalmente, también se les otorga «capacidad procesal respecto de los derechos de naturaleza sindical y de representación, así como para la impugnación de los actos administrativos que les afecten».

El proceso penal ha experimentado un notable avance en la protección de los derechos de menores víctimas y testigos que es digno de mención.

Téngase en cuenta que, por motivos de especialización, las competencias anteriores no residen necesariamente en la Sección de Menores sino que dependerá de la estructura de organización de cada Fiscalía Provincial.

Otra perspectiva de análisis importante, vinculado con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE⁽⁶⁾, radica en las funciones que tiene el Ministerio Fiscal en materia de integración de la capacidad procesal de los menores.

(6) Interesante, en este sentido, resulta la Sentencia de 22 de diciembre de 2008 de la Sala 1.^a del TC (núm. 184/2008, BOE 21/2009, de 24 de enero de 2009, rec. 3321/2007; Pte.: Pérez Tremps, Pablo; EDJ

Finalmente, es necesario recordar que, tras la introducción del artículo 158 del Código Civil en 1981, se adopta un sistema muy flexible de intervención judicial para la adopción de medidas de protección de menores en los casos de peligro o de posibles perjuicios que permite la tramitación «dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria». De esta forma se completa el sistema de protección administrativo con la necesaria intervención judicial, exigible dentro del marco de protección global que contemplan el artículo 39 CE en relación con los artículos 24.1 PIDCyP y 3 CDN que vinculan a todos los poderes públicos. Al mismo tiempo, es importante consignar que es privativa del sistema judicial la medida más grave: la privación de la patria potestad.

Ejemplo de esta flexibilidad, directamente relacionado con la actividad de la Entidad Pública de protección de menores, es la posibilidad de acordar judicialmente, como medida de protección, la guarda administrativa prevista en los artículos 172, apartado 2, *in fine* CC y 19 LOPJM. La expresión «cuando así lo acuerde el Juez **en los casos en que legalmente proceda**» ha sido interpretada de varias formas: en un sentido estricto —referido a los supuestos previstos en el Código Civil que permiten adoptar esta decisión judicial—; en un sentido amplio, que incluiría cualquier caso en que los padres o el tutor no pueden proporcionar al menor los cuidados que necesita por cualquier causa. La comúnmente aceptada por la doctrina es aquella que limita la actuación judicial a los supuestos contenidos en el Código Civil, concretamente:

- a) En el artículo 103.1.^ª, párrafo 2 CC, donde se regulan las medidas provisionales de los procesos matrimoniales, disponiéndose que «excepcionalmente los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez». Estas medidas podrán ser adoptadas en la sentencia.
- b) En el artículo 158 CC, cuyo número 4 establece que el juez dictará «las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios», que pueden ser adoptadas en proceso civil, penal o de jurisdicción voluntaria.
- c) En los procesos de filiación, el artículo 768.1 LEC permite al juez adoptar durante la tramitación del procedimiento las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor.

La constitución de la guarda se efectúa mediante la resolución judicial dictada en el procedimiento previsto en la ley para cada caso concreto, ya sea de oficio o a instancia de parte. Así en los procesos matrimoniales o en el proceso de filiación.

2008/243970) sobre el acceso a la jurisdicción de un menor marroquí repatriado en un proceso especial de tutela de derechos fundamentales.

El régimen de la guarda estará establecido en la resolución judicial y podrá ser modificado por el mismo órgano jurisdiccional que lo acordó. Además, la medida estará sujeta al control judicial del órgano jurisdiccional que la adoptó a través de los medios procesales previstos en el procedimiento de que se trate. En cuanto a su cesación, ésta se producirá en virtud de resolución judicial dictada en el procedimiento en el que se hubiese acordado la medida.

Dentro del marco del proceso penal, también existen situaciones que exigen la puesta a disposición del menor para la guarda por la Entidad Pública en aplicación del principio de atención inmediata del artículo 14 LOPJM, ya vimos en epígrafe anterior (Instrucción FGE 6/1990), por ejemplo, los casos de detención en que no existan parientes cercanos acreditados que se hagan cargo de ellos. Varios son los preceptos que se ocupan, en este sentido, de los casos del menor víctima, así, con carácter general el artículo 13 LECrim (primeras diligencias de protección de la víctima o sus familiares), artículo 544 ter, apartado 7, LECrim (orden de protección) o Disposición Adicional Segunda de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que expresa: «en los supuestos en que el Juez o Tribunal acuerde la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, el acogimiento, la guarda tutela o curatela, o la privación de la patria potestad lo comunicará de inmediato a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores y al Ministerio Fiscal para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias».

Tras esta amplia introducción, dado que algunos temas de proceso ya han sido abordados en los epígrafes precedentes, este capítulo se centrará en los aspectos referentes a la representación y defensa en juicio, entrada en domicilio, oposición a las resoluciones administrativas, la privación de la patria potestad y algunos particulares de la jurisdicción voluntaria.

En capítulo posterior, se tratará, por su importancia, la evolución que ha experimentado la protección de menores víctimas y testigos.

Finalmente, el último capítulo se destinará al análisis de la sustracción parental de menores, materia que es propiamente de Derecho de Familia pero que, últimamente, se ha incorporado a las funciones de las Secciones de Protección de las Fiscalías.

5.2. REPRESENTACIÓN Y DEFENSA DE MENORES EN JUICIO

La LEC, en su artículo 7, apartado primero, establece que «sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles». Por tanto, las personas físicas que no se encuentren en plenitud de derechos, como ocurre con los menores de edad no emancipados, deben comparecer en juicio bajo la representación legal de sus padres o tutores.

Efectivamente, el artículo 154 CC dispone que «los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres», esta potestad, específica el precepto, comprende la representación de los hijos. Más concreción añade el artículo 162 del mismo cuerpo legal cuando indica que «los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados».

Se exceptúan de la representación (artículo 163 CC):

- Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.
- Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.
- Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

En el ámbito de esta representación legal de carácter obligatorio, corresponde a los padres la representación procesal de los hijos, sin perjuicio de que si en algún asunto existiere oposición o conflicto de intereses entre los padres y sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor judicial que les represente en juicio y fuera de él.

En el caso de que el conflicto de intereses existiera respecto a uno solo de los progenitores, corresponde al otro por ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.

El artículo 8 LEC, refiriéndose no sólo a menores de edad no emancipados, sino a cualquier persona física que precise un complemento de su capacidad de obrar, prevé que en los casos en que haya de designarse un defensor judicial al demandado, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de éste, hasta que se produzca el nombramiento de aquél, quedando en suspenso el proceso mientras no conste la intervención del Fiscal.

5.3. ENTRADA EN DOMICILIO PARA LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS DE LA ENTIDAD PÚBLICA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

Una vez que la Entidad de Protección ha dictado una resolución en el ámbito administrativo que le es propio (ordinariamente, la separación del niño de su familia), su ejecución eficaz requiere en algunos casos la entrada en el domicilio de particulares cuando éstos se encuentren renuentes a cumplirla.

Conforme establece el artículo 18.2 CE, el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

Pues bien, el artículo 8.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), establece como competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo 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.

En consecuencia, la Entidad Pública de protección de menores debe solicitar autorización al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo cuando la efectividad de sus resoluciones requiera la entrada en un domicilio particular. Si se considera imprescindible para salvaguardar la seguridad de los moradores de la vivienda, y en mayor medida del menor afectado, así como del personal que va a protagonizar la entrada, se recabará de la Delegación o Subdelegación del Gobierno que proceda, la asistencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

La atribución competencial establecida en la ley no resulta operativa. Sería preferible residenciarla en los Juzgados de Instrucción de guardia por cuanto frecuentemente concurren riesgos u otras razones de urgencia para realizar la entrada en un domicilio a efectos de otorgar asistencia y protección inmediata a un menor de edad, y sin embargo los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo carecen de un servicio de guardia que permita la rápida obtención de la autorización judicial.

5.4. OPOSICIÓN A LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

5.4.1. PLANTEAMIENTO

La presente exposición parte de cuanto se ha expuesto en el Capítulo II sobre la situación fáctica de desamparo y su declaración por resolución administrativa.

Cuando la entidad pública de protección dicta la resolución declarando el desamparo de un menor y asume *ex lege* su tutela, el efecto inmediato es la automática suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria, siendo no obstante válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.

Las resoluciones sobre protección de menores están revestidas de la presunción de legalidad de la actuación administrativa y son, en consecuencia, inmediatamente ejecutivas, sin perjuicio de las posibilidades de oposición que se confieren a los interesados.

La regulación procesal de tal oposición constituye una excepción a la genérica atribución competencial que realiza el artículo 1.1 LJCA a los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo. Efectivamente, el artículo 779 LEC dispone

que será competente para conocer de estos procedimientos de oposición el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Entidad protectora.

No obstante esta desviación de jurisdicción apuntada, el procedimiento que regulan los artículos 780 y siguientes LEC toma caracteres específicos de la jurisdicción Contencioso-Administrativa como más adelante se verá.

En primer término, la regulación específica que hace la ley procesal civil se fundamenta en la especialidad de la materia, pues aun cuando se ventilen ante la jurisdicción civil, estos procesos, por afectar al derecho de familia y a menores en particular, tienen una indudable naturaleza de carácter público, que prevalece hasta el punto de quebrar los principios de justicia rogada y dispositivo que son propios de los procesos civiles.

No sólo se configura un procedimiento, a mitad entre el ámbito público y el privado, que por afectar al interés general restringe la disponibilidad de su objeto, sino que las resoluciones que en éste se adopten no pueden gozar del efecto de la cosa juzgada material, ya que el eventual cambio de circunstancias relativas a la situación del menor, permitirán en su caso modificar las decisiones judiciales que se hubieren adoptado en aras de la efectividad del interés del menor como criterio superior de actuación.

La originaria redacción del artículo 780 LEC no contemplaba plazos de caducidad para el ejercicio de las acciones de oposición. Tampoco establecía ningún plazo el artículo 172 CC. Esta situación legal permitía la impugnación de las medidas protectoras cualquiera que fuere el tiempo transcurrido desde su adopción, con los consiguientes efectos perniciosos que para la estabilidad de los menores afectados podrían suponer.

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, en su Disposición Final Primera modificó determinados preceptos del CC, entre los que se encontraba el artículo 172, y en la Disposición Final Segunda reformó los artículos 779 y 780 LEC, estableciendo plazos para el ejercicio de las acciones de impugnación y, otro más amplio, también de caducidad, para la obtención de la rehabilitación en el ejercicio de la patria potestad suspendida, reiterando el criterio de innecesariedad de reclamación previa en vía administrativa.

La reforma legal y sus consecuencias se analizan en la Circular FGE 1/2008 sobre *limitaciones temporales a la oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores*.

5.4.2. **COMPETENCIA**

La competencia corresponde al Juez de Primera Instancia del domicilio de la entidad protectora, fuero que privilegia a las Entidades de protección, por cuanto todos

los procedimientos se ventilarán en los juzgados civiles donde tenga su sede la entidad administrativa que decretó la medida de protección. Se da preferencia así al fuero del lugar donde tenga su sede la Entidad Pública que dictó la medida, frente al fuero general que sería el del domicilio del menor.

En todo caso, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 54.1.º LEC, no se admite la sumisión expresa o tácita de las partes al tratarse de una cuestión litigiosa a dilucidar por los trámites del juicio verbal.

Ninguna especialidad se ha fijado respecto a la competencia objetiva por razón de la materia, excepto su asignación a los Juzgados de Primera Instancia, contra cuyas resoluciones cabrá recurso de apelación en un solo efecto ante la Audiencia Provincial (Disposición Adicional Primera, apartado 3.º, LOPJM y los artículos 455 y 774 LEC).

La salvaguarda del interés superior del menor comporta el mantenimiento de su situación personal, hasta que la resolución judicial quede definitivamente firme y, de este modo, tenga ya ejecutoriedad, al objeto de establecer definitivamente el *status* personal y, en su caso, familiar del menor afectado.

5.4.3. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

La regulación legal prevé dos tipos de impugnaciones:

En primer lugar, las acciones de oposición: sometidas a breves plazos, con las que se ataca la propia resolución administrativa.

a) *La oposición a la declaración de desamparo.* Tiene un plazo de caducidad de tres meses desde que fue notificada a los interesados, generalmente los padres del menor. La pretensión se dirige a combatir los mismos fundamentos de la resolución administrativa de desamparo, por no ser ciertos los hechos o no haberse valorado correctamente. La oposición también puede combatir la modalidad en que se haya decretado el acogimiento (familiar o residencial) subsiguiente a la asunción de la tutela.

La Circular 8/2011 de la FGE, al pronunciarse sobre dos instituciones que responden al principio de atención inmediata al menor, cuales son la tutela automática urgente y la declaración provisional de desamparo, concluye que en tales supuestos se debe cumplir con el deber de notificación de tales resoluciones a los interesados, y el cómputo de los plazos a efectos de impugnación se realizará precisamente desde aquélla.

Si tras estas resoluciones de carácter provisionalísimo se dictase una resolución de desamparo fundamentada en motivos distintos, podrá reabrirse nuevamente la vía de la impugnación, tras la notificación correspondiente a los interesados.

La legitimación se reconoce a los portadores de intereses legítimos, incluyendo por tanto a los padres, tutores, familiares que hayan convivido con el menor, guardadores y, en todo caso, al Ministerio Fiscal. En el mismo sentido cabe invocar al artículo 9 CDN cuyo párrafo establece que «en cualquier procedimiento relativo a la separación de un niño de sus padres se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones». También la Circular FGE 1/2001, sobre *la incidencia de la nueva LEC sobre la intervención del Fiscal en los procesos civiles*, se inclina por esta hermenéutica extensiva de la legitimación para formular oposición al desamparo.

b) *La oposición a las restantes resoluciones administrativas de protección de menores*. Cabe también impugnar la regulación o supresión del régimen de visitas, denegación del cese de la guarda voluntaria, medidas educativas, la declaración de idoneidad de los adoptantes y cualesquiera medidas acordadas por la Administración para la protección de menores.

El plazo de caducidad es de dos meses a computar desde la notificación de la resolución que proceda y la legitimación extensa que se propugna para la oposición al desamparo, con más argumentación si cabe, se debe sostener en esta clase de oposición, comprendiendo a los portadores de intereses legítimos, por tanto a los padres, tutores, familiares que hayan convivido con el menor, guardadores y, por supuesto, al Ministerio Fiscal.

Mención especial merece la oposición al acogimiento. El artículo 172.3, párrafo segundo, CC dispone que los padres o tutores del menor podrán oponerse en el plazo de dos meses a la resolución administrativa que acuerde el acogimiento, cuando consideren que la modalidad elegida no es la más conveniente para el menor, o si existiera en el círculo familiar otras personas más idóneas a las designadas. Por tanto esta oposición no tiene por objeto combatir el desamparo, sino el *status* que componen el lugar y las personas con quien el menor va a convivir.

La oposición de los padres o tutores del menor al acogimiento administrativo propuesto por la Entidad Pública no precisa hacerse valer judicialmente, por cuanto una vez formulada dicha oposición en el expediente administrativo, el acogimiento sólo podrá constituirse por vía judicial, que iniciarán la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal.

Como subraya la Circular 1/2008, la impugnación judicial directa del acogimiento por los padres sólo tendrá sentido cuando se trate de un acogimiento familiar provisional que, conforme al artículo 173.3, párrafo segundo, CC no precisa consentimiento de los padres por ser de carácter transitorio.

En segundo lugar, las acciones de revocación: no discuten la fundamentación u oportunidad de la medida al tiempo de ser dictada, sino la subsistencia en el tiempo de tales fundamentos. Esto es, invocan la variación de las circunstancias. El CC prevé las siguientes:

a) *Revocación por superación de las causas que justificaron el desamparo.* El artículo 172.7 CC concede a los padres legitimación por un lapso de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la resolución de desamparo del menor, si por cambio de las circunstancias que la motivaron entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.

El legislador consideró razonable el plazo de dos años que se concede a los padres para superar los problemas que les hubieren impedido cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad. De esta forma se satisface el principio de prioridad de la reintegración familiar (artículo 9 CDN) del niño a su entorno familiar, siempre que las circunstancias lo permitan.

La legitimación la ostentan exclusivamente los padres, mientras continúen suspendidos de la patria potestad y no hubieran quedado privados de ella.

La eventualidad de éxito en el ejercicio de esta acción desaconseja durante el plazo de vigencia de dos años, la adopción de soluciones de carácter definitivo respecto del menor tales como el acogimiento familiar preadoptivo o la adopción que impidan su retorno a su familia de origen.

Pero junto a este criterio general respecto de padres que colaboran con la intervención protectora de la Administración, la mencionada Circular 1/2008, indica que el plazo de dos años no puede ni debe ser obstáculo para la constitución de acogimientos preadoptivos o adopciones inmediatas, si de los informes técnicos se deduce la irreversibilidad de la situación de los padres para cuidar en el futuro a sus hijos, e incluso sugiere la conveniencia de instar la privación de la patria potestad en los supuestos más claros por gravedad o irreversibilidad de la imposibilidad de su ejercicio.

b) *Revocación de otras resoluciones de protección por superación de sus causas.* Están sujetas al mismo plazo de caducidad de dos años, por lo que, pasados dos meses y hasta tanto transcurran los dos años, las resoluciones de protección distintas de la declaración de desamparo podrán ser impugnadas por el cambio de circunstancias que presidieron su adopción, pero no con fundamento en las razones por las que se adoptaron.

c) *Modificación de Medidas de Protección, transcurrido el plazo de dos años.* El artículo 172.7 *in fine* refiere que pasado el plazo de dos años decaerá el derecho de los padres para oponerse o impugnar las medidas adoptadas respecto a sus hijos, pero les reconoce el derecho de facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo.

Por tanto, perdida la legitimación para impugnar judicialmente, resta a los padres la única posibilidad de comunicar a la Administración o al Fiscal cualquier dato o variación fáctica que pudiera aconsejar una modificación de las medidas

protectoras acordadas y firmes. El rechazo por parte de la Entidad Pública de esta información o su eficacia puede ser impugnado, pero ya no por los padres —carentes de legitimación— sino exclusivamente por el Ministerio Fiscal (SAP de Palencia de 22 de octubre de 2009,...) como «único modo de someter al control jurisdiccional de los Tribunales civiles las decisiones sobre los menores tutelados adoptadas una vez transcurrido el plazo de dos años desde la asunción de su tutela legal».

Por tanto, el Fiscal —en el seno de unas diligencias preprocesales— puede a raíz de la información suministrada y si lo aconseja el interés del menor, solicitar a la Entidad de Protección que quede sin efecto la declaración de desamparo, teniendo la facultad, en caso de denegación, de impugnar en la vía civil en el plazo de 2 meses. En este sentido se pronuncia la Circular FGE 1/2008.

d) *Revocación de oficio por parte de la Administración.* Por último el artículo 172.8 CC indica que la Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá en todo momento revocar la declaración de desamparo y decidir la vuelta del menor con su familia, si no se encuentra integrado de forma estable con otra familia o si se entiende que es lo más adecuado en interés del menor. Esta decisión será notificada al Ministerio Fiscal.

De esta regulación de medios de impugnación se desprende que todas las decisiones dictadas por una entidad de protección que afectan a un menor están sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus*. Primando siempre el interés superior del menor, si el mero transcurso del tiempo pusiera de manifiesto la innecesariedad de la medida adoptada, podrá ser revocada.

La legitimación para impugnar esta decisión de la Administración, pese al silencio legal, corresponde exclusivamente al Fiscal y en el plazo general de dos meses.

e) *Asentimiento en la adopción.* El procedimiento para regular la necesidad de asentimiento en la adopción viene establecido en el artículo 781 LEC, en cuya virtud los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción, podrán comparecer para manifestarlo ante el Tribunal que esté conociendo del expediente.

La legitimación corresponde exclusivamente a los padres biológicos que no estuvieran incurso en causa de privación de la patria potestad al tiempo de la declaración de desamparo.

El Tribunal, con suspensión del expediente, señalará el plazo que estime necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser superior a veinte días. Una vez presentada la demanda se tramitará conforme a lo previsto por el artículo 753 LEC.

De no interponerse la demanda en el plazo señalado por el Tribunal, se dictará Auto dando por finalizado el trámite. Una vez dictado este auto, no se admitirá

ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre necesidad de asentimiento para la adopción de que se trate.

5.4.4. PROCEDIMIENTO COMÚN A TODOS LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

Ya se indicó que el procedimiento podría calificarse de naturaleza cuasi mixta, entre lo contencioso-administrativo y lo civil, por cuanto el objeto del proceso es la modificación de una resolución administrativa y por ello se establecen unos trámites previos a la interposición de la demanda, que se asemejan en lo sustancial a los procesos de carácter contencioso-administrativo.

Así, cabe destacar ciertos presupuestos fundamentales:

1. **Estos procedimientos en materia de protección de menores tendrán carácter preferente.** Como subraya la Circular FGE 1/2008, se configura un procedimiento sencillo y ágil para evitar que los menores sufran las consecuencias de una justicia tardía. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, reconocido genéricamente en el artículo 24.2 CE, cobra en este ámbito especial relieve por cuanto se corre el grave riesgo de incumplir los objetivos de la protección si las decisiones estables que requiere la situación de los niños se demoran en el tiempo. La peculiar vivencia que del tiempo tienen los niños y la distinta manera en que incide en el desarrollo de su personalidad reclama intervenciones rápidas que podrían resultar inútiles o incluso totalmente perjudiciales, si se adoptan o ejecutan tras un lapso temporal cuando por los destinatarios se encuentran en una situación personal o familiar totalmente diferente.

Conforme al artículo 3 de su EOMF, el Fiscal tiene un relevante papel en orden a velar por la pronta satisfacción del interés superior del menor mediante el impulso de la preferencia y celeridad en la tramitación de estos procedimientos.

2. **No resulta necesaria la previa reclamación en vía administrativa** para formular la correspondiente oposición ante los Tribunales civiles.

3. La **fase procesal previa a la interposición de la demanda**, que continuará por los trámites correspondientes al juicio verbal, comienza con la presentación en el Juzgado de Primera Instancia de un escrito inicial que, al modo del proceso contencioso-administrativo, no tiene que esgrimir alegaciones de carácter jurídico, limitándose a la sucinta expresión de:

- La resolución que se impugna.
- La pretensión que se articula.

Este escrito no es una demanda, por lo que, una vez examinado el expediente administrativo que deberá remitir al Juzgado la Entidad Pública de protección, cabe desistir de la presentación de la demanda simplemente mediante la inacción procesal.

Aun cuando en el procedimiento se requiere la postulación procesal, esto es, las partes han de comparecer asistidas de letrado y procurador (artículo 750.1 LEC), esta exigencia no es extensible a la presentación del escrito inicial.

Este trámite previo resulta útil y hasta necesario porque frecuentemente el litigante carece de la información completa que ha tenido en consideración la Entidad Pública de protección para dictar la resolución administrativa con la que está en desacuerdo y esta información —contenida en el expediente administrativo— le será imprescindible para una correcta fundamentación de la demanda.

Recibido en el Juzgado el escrito inicial, el Secretario Judicial procede a reclamar a la Entidad Pública un testimonio completo del expediente administrativo en que se hubiera dictado la resolución, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días.

En lo que a la *Tramitación procesal* se refiere, el Secretario Judicial emplazará al actor para que en el plazo perentorio de veinte días presente la demanda, de la que se dará traslado a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal, que tienen otros 20 días para formular su contestación.

A partir de este momento, la regulación del juicio verbal, recogida en los artículos 437 al 447 LEC es sencilla: la demanda debe consignar de forma sucinta los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado, así como los domicilios en que pueden ser citados.

Una vez recepcionada la demanda, el Juzgado mediante Auto procede a admitirla y a dar traslado de ella al demandado.

El objeto del proceso será indisponible para las partes (artículo 751 LEC) por lo que no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento, ni la transacción. El desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal. Tampoco cabe la reconvencción, ni, en principio, la acumulación objetiva de acciones.

Acto seguido se citará a las partes para la celebración de la vista, debiendo mediar diez días al menos, desde el siguiente al de la citación, y sin que puedan exceder de veinte.

Una vez interpuesta y admitida la demanda, se cita a las partes para la celebración de la vista, debiendo mediar diez días al menos, desde el siguiente al de la citación, y sin que puedan exceder de veinte. En realidad se trata de que en el mismo trámite de la vista contesten a la demanda y presenten las pruebas de las que intenten valerse, requiriendo al juzgado la citación de aquellas personas que las partes no pueden hacer comparecer por sí mismas.

La citación de las partes a la vista debe hacer constar que ésta no se suspenderá por la inasistencia del demandado y advertir a los litigantes que han de concurrir con los medios de prueba de que intenten valerse y que, si no asistieran y se propusiese y admitiere su declaración, podrán considerarse admitidos los hechos

del interrogatorio. Igualmente, la citación mencionará que en el plazo de tres días desde la citación deben las partes indicar al Tribunal, con todos los datos precisos, las personas que por no poderlas presentar ellas mismas, habrán de ser citadas por el órgano judicial.

En cuanto a la proposición y práctica de la prueba, el artículo 752 LEC establece un principio de flexibilidad en orden a proponer cuantas pruebas de que intentan valerse las partes en acreditación de sus pretensiones. Así, el párrafo primero de dicho artículo indica que estos procesos se decidirán 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. Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y del resto de las partes, el Tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes.

La vista comienza con la exposición que realiza el demandante de los fundamentos de su solicitud o ratificación de los expuestos en la demanda. A continuación, el demandado podrá formular las alegaciones que a su derecho convengan, comenzando, en su caso, por las cuestiones relativas a una posible acumulación de acciones que considerase improcedente, así como a cualquier otro hecho o circunstancia que pueda obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo. Pero no podrá impugnar ya la falta de jurisdicción o competencia del Tribunal, sin perjuicio de su apreciación de oficio por el propio Tribunal.

Una vez oídas las alegaciones del demandante, el Tribunal resolverá lo que proceda, y, en caso de mandar proseguir el juicio, el demandado tendrá la posibilidad de solicitar que conste en acta su disconformidad, a los efectos de una posible apelación contra la sentencia que recaiga.

Resueltas las cuestiones planteadas por el Tribunal, se dará a las partes trámite para que fijen con claridad los hechos relevantes en que fundamenten sus pretensiones. Si no hubiera conformidad entre las partes, se propondrán las pruebas de las que intenten valerse y una vez admitidas se practicarán acto seguido. El órgano judicial no estará sujeto a las reglas que en materia probatoria establece la ley en cuanto al interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados que hayan sido reconocidos, primando la libertad de valoración.

Por último, en trámite de conclusiones cada una de las partes y el Fiscal podrán argumentar oralmente al Tribunal sus respectivas pretensiones, dictándose la sentencia en el plazo de los diez días siguientes.

En lo que respecta a la publicidad como garantía procesal, el artículo 754 LEC habilita al juzgador para acordar, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas.

Contra la sentencia que recaiga, cabe apelación —en un solo efecto— ante la Audiencia Provincial y contra la que dicte la Audiencia, casación ante el Tribunal Supremo.

Finalmente, hay que destacar que las resoluciones judiciales que se dicten en esta materia no podrán tener efectos de cosa juzgada material, por cuanto, aun cuando ganen firmeza (cosa juzgada formal), la modificación de las circunstancias que se tuvieron en consideración para emitir el fallo del procedimiento permite que, en interés del menor, vuelvan a plantearse cuestiones procesales sobre la misma materia que ya ha sido enjuiciada (SSTS de 21 de diciembre de 2001, 12 de julio de 2004 y 23 de mayo de 2009).

5.5. JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La jurisdicción voluntaria, como actividad del Juez dirigida a prevenir derechos (CARNELUTTI) o como cauce de intervención judicial cuando no está empeñada ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas (artículo 1811 LEC de 1881), se consideró tradicionalmente la vía procesal adecuada para la constitución de determinadas figuras o medidas de protección de menores.

El Título II del Libro III de la LEC de 1881, vigente conforme a la Disposición Derogatoria Única 1.1.^a LEC actual, regula la constitución y cese de los acogimientos judiciales, de la adopción (artículos 1825 a 1831); los relativos a la tutela y curatela (artículos 1833 a 1879), y las medidas provisionales relacionadas con los hijos de familia (artículos 1910 a 1918).

El anacronismo de esta regulación demanda urgentemente su reforma y, entre tanto, una interpretación orientada a conseguir soluciones coherentes con las finalidades actualmente perseguidas por el ordenamiento en cada caso. Precisamente por la relevancia de los derechos e intereses en juego, las SSTC 187/1996, de 25 de noviembre y 58/2008, de 28 de abril, destacan la importancia de dotar a estos procedimientos de las mayores garantías de manera que se ofrezca a los interesados una amplia ocasión de alegación y prueba, lejos del rigor formal.

5.5.1. MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN PROCEDIMIENTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA INNOMINADO

El artículo 158 del Código Civil (aplicable en sede de tutela por disposición del artículo 216, párrafo segundo, del Código Civil) expresa, en su último párrafo, que las medidas que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, cualquier pariente o del Ministerio Fiscal pueden «adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria». El artículo, pues, no restringe su aplicación a un único tipo de proceso sino que tiene un carácter amplio. En particular entrará en aplicación en los procesos matrimoniales que regula la LEC 1/2000. Habrá que comprobar, por tanto, si existe un proceso contencioso pendiente.

El artículo no fija un elenco concreto de medidas a adoptar sino que las deja al buen criterio del Juez con gran amplitud ya que la actuación puede realizarse de oficio. La competencia territorial radica en el lugar en el que hayan de adoptarse estas medidas.

La Disposición Adicional Primera de la LOPJM expresaba que se aplicarían las normas de jurisdicción voluntaria a las siguientes actuaciones:

- «1.º Para adoptar las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil.
- 2.º Contra las resoluciones que declaren el desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la Ley y la idoneidad de los solicitantes de adopción.
- 3.º Para cualesquiera otras reclamaciones frente a resoluciones de las entidades públicas con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o guarda de menores».

La disposición señala también que, en el indicado procedimiento, los recursos se admitirán en todo caso en un solo efecto y que quedará siempre a salvo el ejercicio de las acciones en la vía judicial ordinaria.

La entrada en vigor de la LEC 1/2000 supuso la derogación de los números dos y tres de la Disposición Adicional puesto que la nueva norma reguló un procedimiento especial para la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, como hemos visto, y del procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción.

Por otro lado, la Disposición Adicional Tercera de la LOPJM establece que las actuaciones judiciales previstas en el Título X del Libro I del Código Civil (que comprende la tutela, curatela y guarda de menores) se ajustarán al procedimiento previsto para la jurisdicción voluntaria con las siguientes especialidades:

- «1.º Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o incapaz, adoptando o proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplirán la pasividad de los particulares y les asesorarán sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes.
- 2.º No será necesaria la intervención de abogado ni de Procurador.
- 3.º La oposición de algún interesado se ventilará en el mismo procedimiento, sin convertirlo en contencioso».

La LEC 1/2000 derogó la LEC de 1881, pero su Disposición Derogatoria Única mantuvo vigente el Libro III (Jurisdicción Voluntaria) de esta última hasta la entrada en vigor de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria que anunciaba su Disposición Final Decimoctava, derogando los artículos 1827 (oposición en el procedimiento para el acogimiento de menores y adopción) y 1880 a 1900 (medidas provisionales

en relación con la mujer casada), expresando que las referencias que se realizaban al procedimiento contencioso contenidas en el citado Libro III se entenderán referidas al juicio verbal de la LEC 1/2000. Como sabemos, el Ministerio Fiscal interviene siempre en este tipo de procedimientos por escrito, previo traslado del expediente (artículo 1815 LEC).

Por otro lado, en cuanto a la patria potestad, la LEC 1/2000 no ha derogado la Disposición Transitoria Décima de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil, en materia de Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio⁽⁷⁾, a cuyo tenor:

«Mientras no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil, se aplicarán las normas de la Jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan:

- 1.º Para otorgar las autorizaciones judiciales previstas en la presente Ley.
- 2.º Para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente.

En el indicado procedimiento, los recursos se admitirán, en todo caso, en un solo efecto.

Quedará siempre a salvo el ejercicio de las acciones correspondientes en la vía judicial ordinaria».

Lo anterior significa que se incluirá, bajo el procedimiento de jurisdicción voluntaria innominado, buena parte de actos a realizar en sede de patria potestad como la concesión judicial de emancipación del artículo 321 CC, reconocimiento de hijo por menor de edad (artículos 121 y 124 CC), solución de desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad conjunta fuera del marco de los procesos matrimoniales (artículo 156), nombramiento de defensor judicial o de administrador judicial (artículos 163, 164 y 300 CC), puesta en peligro de los bienes del hijo por la administración de los padres (artículo 167 CC), asistencia en el ejercicio de la patria potestad al menor en casos de desacuerdo o imposibilidad (artículo 157 CC), la solicitud de auxilio en el ejercicio de la patria potestad del artículo 154 CC (que puede abarcar un sinnúmero de problemas como la estancia del menor en domicilio distinto al de los progenitores, sin su consentimiento, la corrección del menor, la asistencia a los centros escolares en el ejercicio del derecho a la educación obligatoria), sin que la relación anterior tenga carácter exhaustivo.

En principio, el procedimiento será el previsto en las disposiciones generales del Título I de la Primera Parte del Libro III que básicamente remite a cinco momentos: a) solicitud; b) audiencia de los interesados; c) justificación; d) decisión. El expe-

(7) BOE 119/1981, de 19 de mayo de 1981, Ref. Boletín: 81/11198.

diente no tiene contenido tasado, pero deben observarse los criterios generales del principio de prohibición del exceso (adecuación, necesidad y proporcionalidad) en la adopción de la medida, tomando en consideración principalmente el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

No es aplicable el artículo 1817 LEC de 1881 dado que la oposición no torna en contencioso este expediente ni lo sobresee, sino que continúa su tramitación normal hasta la resolución final en la que el Juez decide si estima o no la solicitud. Para los actos de carácter coercitivo, como es el presente, y, en general, para los actos de Derecho de Familia, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha negado la aplicación de este artículo desde muy antiguo⁽⁸⁾.

5.5.2. CONSTITUCIÓN Y CESE DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR

El acogimiento es una medida de protección de menores desamparados que se materializa en un negocio jurídico por el que una o más personas aceptan al menor en su domicilio y convivencia familiar, produciendo su plena participación en la vida familiar e imponiendo a quien lo acoge las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

En principio se constituye por decisión administrativa, siendo necesaria la intervención judicial exclusivamente cuando los padres del menor no prestan el consentimiento, así como en los supuestos de cese del acogimiento.

Son reglas comunes al procedimiento en uno u otro caso:

1. La competencia corresponde al Juez de Primera Instancia o al de Familia y la territorial, al del lugar de domicilio de la Entidad Pública.
2. El Ministerio Fiscal es parte necesaria.
3. Los interesados pueden actuar por sí mismos o valiéndose de abogado.
4. Iniciado el expediente, el Juez puede ordenar la práctica de cuantas diligencias probatorias estime oportunas para asegurarse que el acogimiento o su cese resultarán beneficiosos para el menor (artículo 1826 LEC).
5. Todas las actuaciones se llevarán a cabo con la conveniente reserva.
6. Contra el auto que resuelve el expediente cabe apelación en un solo efecto.

(8) GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido. *La jurisdicción voluntaria*. Aranzadi. Pamplona, 1989. Página 124. Reseña el autor sentencias muy antiguas del Tribunal Supremo, en concreto cita la de 18 de octubre de 1910 que expresa «a pesar de los términos del artículo 1817 de la LEC, no es aplicable a todos los actos de Jurisdicción voluntaria, por lo prevenido en el artículo 1824, sino también por haber establecido la jurisprudencia otros casos de excepción, sin que dicho artículo tenga aplicación cuando el acto de Jurisdicción voluntaria tiene un carácter coercitivo sobre la voluntad del opositor».

Son reglas específicas para la constitución judicial del acogimiento:

1. Se promueve por la Entidad Pública (también puede hacerlo el Fiscal), haciendo constar en su propuesta todas las menciones impuestas por el artículo 173.2 CC.
2. El Juez ha de recabar el consentimiento de la entidad pública si no fuere la promotora del expediente, de las personas que reciban al menor, y de éste si tuviere más de 12 años.
3. En el expediente el Juez oye a los padres que no estuvieren privados de la patria potestad, o al tutor en su caso, y al hijo menor de 12 años si tuviere suficiente juicio.

La audiencia —que no consentimiento— de los padres tiene por finalidad la constancia de las razones de su oposición, pese a la cual el Juez puede constituir el acogimiento sin que el procedimiento se torne contencioso⁽⁹⁾.

Aunque se desnaturaliza la esencia de jurisdicción voluntaria pues en realidad existirá contienda entre las partes, el TC ha descartado la indefensión siempre que se conceda al interesado una posibilidad real de defender sus derechos e intereses legítimos, mediante los medios de alegación y de prueba suficientes⁽¹⁰⁾.

Ante la oposición expresada de los padres, la Circular FGE 8/2011 señala tres opciones:

- Dar por cumplido el trámite de audiencia y resolver sin más lo procedente en interés del menor.
- Dar a los progenitores la oportunidad de practicar prueba.
- Instruirles de la posibilidad de formular oposición, mediante la interposición de demanda, de forma similar a la previsión contenida en el artículo 781 LEC para los procedimientos de adopción, llevando a término el procedimiento de acogimiento, si no acreditan la presentación de demanda dentro de plazo.

La opción entre estas alternativas debe estar guiada por los principios de superior interés del menor y de celeridad, sin olvidar la voluntad del legislador de evitar procesos judiciales permanentemente abiertos para obtener cuanto antes soluciones seguras y estables para los menores.

Tampoco debe olvidarse, a la hora de arbitrar soluciones, que los progenitores de menores desamparados son en su inmensa mayoría personas con severas carencias culturales, debiendo hacerse un especial esfuerzo por evitarles situaciones de indefensión procesal.

(9) AAP de Segovia, Sección única, núm. 49/2002, de 1 de febrero, AAP de Bizkaia, Sección 2.ª, núm. 2/1999, de 3 de febrero, AAP de Cantabria, Secc. 2.ª, núm. 53/1997, de 25 de abril.

(10) SSTC núm. 75/2005, de 4 de abril, 298/1993, de 18 de octubre, 4/1982 y 14/1992.

En atención a estas premisas, la postura de la FGE, primero en el Dictamen 10/2010 de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores, luego incorporado a la Circular 8/2011, considera que, pese al tenor literal del artículo 1828 LEC, es preciso oír a los padres pues sólo si estuvieran privados de la patria potestad, podría obviarse ese trámite.

Con todo, las posibilidades de oposición de los padres no son ilimitadas, no pueden alegar en este cauce si hubo o no causa de desamparo o si, de haberla, ha mediado después la rehabilitación, pues para ello se establecen las correspondientes acciones sujetas a plazo (artículos 780 y siguientes LEC actual).

Si los padres acreditan que se ha impugnado en tiempo y forma la declaración de desamparo o se ha promovido un procedimiento a efectos de rehabilitación, lo procedente será la suspensión del procedimiento de acogimiento hasta que se resuelvan tales cuestiones. Esta solución no es aceptada pacíficamente. Algunas resoluciones consideran que en todo caso los autos de acogimiento deben continuar su curso, sin perjuicio de los efectos que puedan desplegarse con posterioridad si se estiman las pretensiones de los padres biológicos (AAP de Toledo, Sección 1.ª, núm. 40/2005, de 10 de mayo), mientras que otras parten de la necesidad de la suspensión hasta tanto se resuelva la acción ejercida contra la declaración de desamparo (AAP de Cádiz, Sección 1.ª, núm. 18/2005, de 7 de junio). Parece preferible esta última opción, en aras a evitar resoluciones contradictorias y a fin de coadyuvar a una tramitación de las actuaciones más coherente y ordenada.

La acumulación del expediente de acogimiento a los autos de oposición al desamparo (sugerida en la Disposición Final Vigésima de la LOPJM) contradice lo dispuesto en el artículo 1823 «LEC de 1881» y la técnica procesal más correcta, porque se trata de procedimientos heterogéneos (artículo 77 LEC de 2000) que se sustancian a través de juicios de distinta clase (artículo 73 LEC de 2000).

En todo caso, conforme al artículo 172, apartado tercero, párrafo segundo, CC, en el procedimiento de constitución del acogimiento sólo pueden oponerse cuestiones referidas específicamente al acogimiento, tales como que no procede la medida, que la modalidad de acogimiento proyectada por la Entidad Pública no es la más adecuada, que no es procedente el régimen de visitas propuesto o que debieran ser designados unos familiares concretos. Para todo ello, los progenitores y demás legitimados pueden personarse con Letrado o solicitar el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita ante el propio Juzgado, realizar alegaciones y proponer la prueba que estimen oportuna (artículos 1825 y 1826 LEC de 1881).

4. Cuando sea desconocido el domicilio o paradero de los padres o tutores o si citados no comparecieran, el Juez, tras agotar los medios para su localización, puede prescindir del trámite y acordar el acogimiento, si lo estima procedente. En relación con el procedimiento de adopción, el Tribunal Constitucional se pronunció en la STC núm. 143/1990, de 26 de septiembre, con argumentos

perfectamente trasladables al procedimiento de acogimiento: «... resulta especialmente necesaria la comparecencia de los padres biológicos del menor... lo que obliga a rodear de las mayores garantías y del más escrupuloso celo los actos judiciales de comunicación con estos últimos que se practiquen en tales procedimientos».

5. El auto que pone fin al expediente se dicta en el plazo de 5 días y es sólo susceptible de apelación.

5.5.2.1. **Cese del acogimiento**

Es precisa la intervención judicial en el cese del acogimiento en todos aquellos casos en que el Juez hubiera intervenido para constituirlo.

También intervendrá el Juez, cuando se detecte una situación perjudicial para el menor. En tales casos (por ejemplo, graves problemas de convivencia entre el menor y los acogedores) el Fiscal instará normalmente el cese del acogimiento ante la Entidad Pública pero puede también promoverlo judicialmente, cuando aquélla se muestre reticente o rechace la petición y siempre que el acogimiento hubiera sido acordado judicialmente.

5.5.3. **CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN**

La intervención judicial es absolutamente necesaria para la constitución de la adopción. Esta intervención se realiza normalmente en un expediente de jurisdicción voluntaria que, según el artículo 22 LOPJ, será competencia de la jurisdicción española siempre que el adoptante o el adoptado sea español o resida habitualmente en España.

La competencia corresponde al Juez de Primera Instancia o de Familia del domicilio de la Entidad Pública y, en su defecto, del adoptante.

La legitimación corresponde a la persona o personas que pretenden adoptar o a la Entidad Pública que proponga la adopción.

El procedimiento se inicia por escrito en que ha de hacerse expresión completa de las condiciones de adoptante y adoptado y detalle de las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados, domicilio de las personas que han de prestar su consentimiento o su asentimiento (excepto casos de huérfanos o parientes dentro el tercer grado, de hijos del consorte del adoptante, de los que llevan más de un año en acogimiento preadoptivo, de los que han estado bajo su tutela y de los mayores o menores emancipados).

Recibidos los consentimientos y asentimientos en la forma ordinaria, el Juez ha de oír a los padres cuando su asentimiento no sea necesario, al tutor, al adop-

tando menor de 12 años si tuviere suficiente juicio y a la entidad pública si el adoptando llevara más de un año acogido legalmente en ella. Cuando, tras las debidas gestiones, no haya podido conocerse el domicilio o paradero de alguno que deba ser citado o si citado no compareciere, se prescindirá del trámite.

Ahora bien, los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento en la adopción podrán comparecer ante el Juez que tramita este expediente y hacer uso del procedimiento previsto en el artículo 781 LEC.

Aunque la adopción es irrevocable, el Juez puede declarar excluido de las funciones tuitivas al adoptante cuando hubiere incurrido en causa de privación de la patria potestad o cuando los padres naturales no intervinieron en el expediente, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción. El cese en las funciones del adoptante se tramita por las normas del juicio verbal (Disposición Derogatoria Única LEC) en el que el Juez adopta las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del adoptando menor o incapaz (artículo 1832 LEC de 1881).

5.5.4. **PROCEDIMIENTO PARA INTERESAR LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL AL INGRESO DE MENORES TUTELADOS EN CENTROS DE PROTECCIÓN PARA MENORES CON TRASTORNOS DEL COMPORTAMIENTO**

Siempre ha existido un sector de la infancia y adolescencia «en peligro» por el desafío a la autoridad, la ausencia de límites y controles, la conducta antisocial o las zonas limítrofes con la enfermedad mental, pero actualmente la adolescencia disruptiva parece ser un fenómeno emergente por su incidencia estadística, por la insuficiencia de recursos familiares, educativos, sanitarios y sociales para prevenirlo y hacerle frente.

La mayoría de las CCAA disponen de centros de protección destinados a menores con conductas inadaptadas o de alto riesgo. El diseño, la normativa autonómica o propia y aun la denominación de estos centros es muy difusa y variable, pero la especial vulnerabilidad de los adolescentes acogidos —normalmente previo diagnóstico psicológico— reclama la mayor atención por parte del Fiscal en las funciones de superior vigilancia que le encomienda el artículo 174 CC.

De ahí que el Protocolo de la FGE de *actuaciones del Fiscal en sus visitas de inspección a los Centros de Protección* (febrero de 2009) recomiende una periodicidad mínima trimestral en el giro de las visitas a estos centros.

Pese al diferente diseño, estructura y régimen que adoptan estos centros en los distintos puntos del territorio nacional y aun dentro de una misma Comunidad Autónoma, y pese a que no existe propiamente una calificación administrativa de «centro de seguridad», algunos presentan rasgos específicos, incluso legalmente previstos, asociados precisamente con la seguridad y la corrección:

- Elementos constructivos de aislamiento y de seguridad (ubicación alejada de núcleos urbanos, vallas, rejas,...).
- Importante restricción de libertad y movilidad de los residentes.
- Medidas activas y pasivas de control (registros personales y de enseres y vigilancia).
- Régimen disciplinario más severo.
- Medidas de contención.
- Presencia de un personal específico: los vigilantes.
- Perfil de los residentes: alteraciones de conducta, adicciones,... sumisión a tratamientos médicos y/o farmacológicos,...

Teniendo en cuenta que la diferencia entre restricción y privación de libertad no es cualitativa sino sólo cuantitativa, la concurrencia de todas estas características o de la mayor parte de ellas cuestiona seriamente el carácter abierto del recurso y demanda su consideración de **establecimiento de formación especial** a los efectos del artículo 271 CC, aun cuando tal condición no les venga atribuida específicamente en la normativa autonómica o en la de régimen interior.

La consideración de un centro concreto como «de formación especial» corresponde a la Administración y debe hacerse con carácter restrictivo, sólo cuando, por presentar todos o la mayoría de los rasgos específicos apuntados, sea claramente perceptible su diseño y funcionamiento como centro de seguridad.

Por las características descritas que pueden comprometer derechos fundamentales y en concreto la libertad de los menores acogidos, sobre los que el tutor no está facultado a decidir, el ingreso de un menor tutelado en este tipo de centros especiales debe estar judicialmente autorizado conforme al artículo 271.1 CC. Así se reconoce en el Protocolo Interautonómico firmado el 20 de mayo de 2010 por los Directores Generales de Infancia de las CCAA, en las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Especialistas de Menores (Alcalá de Henares 2010) y, finalmente, en la Circular FGE 8/2011.

En los casos de guarda voluntaria, bastará el consentimiento de los padres del menor para su ingreso en este tipo de centros.

El procedimiento para solicitar la autorización judicial es el de jurisdicción voluntaria innominado, previsto en el artículo 273 CC y no el del artículo 763 LEC actual, puesto que no se trata de menores con «trastorno psíquico».

La competencia corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la entidad protectora, por concurrir la misma razón justificativa de la atribución competencial que en el artículo 779 LEC.

Dada la ubicación de los artículos 271.1 y 273 en el Título X del Libro I CC, resulta aplicable la Disposición Adicional Tercera de la LOPJM y se ventilará la eventual

oposición en el mismo procedimiento de jurisdicción voluntaria que no por ello se convierte en contencioso.

Cabe admitir, excepcionalmente, el ingreso de urgencia cuando la medida no permita demora. En tales casos, el ingreso se comunicará al Juez del lugar donde radique el centro (en aplicación analógica del criterio sentado en el artículo 763 LEC *in fine*) a efectos de su aprobación en el plazo previsto en el artículo 17 CE, siendo de aplicación las previsiones mínimas del artículo 5 CEDH y del artículo 37 CDN.

En el expediente de jurisdicción voluntaria se incluye:

- La audiencia no vinculante del menor (artículos 273 CC, 12 CDN y 9 LOPJ).
- El dictamen del Fiscal (artículos 273 CC y 1815 LEC de 1881) que se emitirá siempre previo examen del expediente de protección del menor y de su trayectoria institucional, así como de las razones que exponga la Entidad Pública para el ingreso.
- Las pruebas que sean pertinentes y la audiencia de familiares y personas interesadas, en su caso.

Al informar sobre la procedencia de la autorización judicial el Fiscal analiza si la situación de riesgo del menor y sus dificultades de adaptación justifican la adopción de la medida, si ésta responde al principio de prohibición de exceso y qué periodicidad debe darse a la revisión de su mantenimiento. Aunque todo ingreso debe fundarse en un diagnóstico psicológico y social que lo justifique, el Fiscal mantiene criterios restrictivos al ponderar la adecuación cualitativa (en relación a las necesidades del menor) y cuantitativa (intensidad y duración) de la medida, sin olvidar el principio de inclusión característico del ámbito educativo y social.

El auto que ha de dictar el Juez autorizando el ingreso o denegándolo debe estar suficientemente motivado y contra él podrán interponer apelación (artículo 456.2 LEC) la Entidad Pública de Protección de Menores, el Fiscal, y los padres, tutores o guardadores del menor, aunque estén suspendidos de la patria potestad o de la tutela *ex* artículo 172.1 CC.

El recurso de apelación no tiene efectos suspensivos, conforme al artículo 456.2 LEC, por lo que, si el internamiento es autorizado o ratificado, la interposición no da lugar al cese de la medida, permitiendo su continuidad.

La intervención judicial y la ulterior revisión periódica de su mantenimiento son sólo alguno de los múltiples controles que demanda la naturaleza de este tipo de recursos, siendo imprescindible la permanente supervisión del Fiscal, tanto de las condiciones de los centros y los procedimientos aplicados, como de la situación de cada uno de los adolescentes residentes.

La doctrina de las Audiencias Provinciales viene confirmando lo expuesto en Auto núm. 137/2010, de 28 de junio (AP de Alicante, Sección 9.^a) y Auto de 23 de

marzo de 2012 (AP de Madrid, Sección 22.^a) que reconocen la necesidad de intervención judicial para el ingreso en centros de protección especiales o de seguridad, así como la competencia de los Juzgados de Familia para conocer los procedimientos en que se solicite.

5.6. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La privación de la patria potestad es la medida de protección que mayor injerencia supone en el respeto a la vida familiar previsto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Como sabemos, hay posibilidad de aplicación en el ámbito civil pero también en el ámbito penal por lo que procederemos al estudio separado de ambas situaciones dado que revisten caracteres diferenciados.

5.6.1. PRIVACIÓN DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN EL PROCESO PENAL

La primera cuestión que se plantea es si un Tribunal Penal puede acordar, junto con los pronunciamientos penales, la privación de la patria potestad civil en el mismo procedimiento. La Sala 2.^a se pronunció en contra tras el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 26 de mayo de 2000 que fue seguido por diferentes sentencias (así, Sentencias de 11 de septiembre de 2000⁽¹¹⁾ y 13 de julio de 2006⁽¹²⁾). Es de reseñar también la existencia de Sentencias como la de 19 de abril de 2004⁽¹³⁾ (que examina el recurso de casación de una sentencia por maltrato habitual y tentativa de asesinato) y 2 de abril de 2004⁽¹⁴⁾ (delito intentado de asesinato con la agravante de parentesco) en las que se acordó la privación de la patria potestad de la madre por la Audiencia Provincial y no fueron revocadas (en estos casos el Tribunal Supremo confirmó la sentencia pero no entró en el análisis de este problema).

La reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre del mismo año cambió este panorama al crear la pena de privación de la patria potestad o instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas que se incluye en el catálogo de penas privativas de derechos previs-

(11) Tribunal Supremo, Sala 2.^a, Sentencia de 11 de septiembre de 2000, núm. 780/2000. Pte.: Prego de Oliver y Tolivar, Adolfo (EDJ 2000/25623).

(12) Tribunal Supremo, Sala 2.^a, Sentencia de 13 de julio de 2006, núm. 815/2006, rec. 2458/2005. Pte.: Puerta Luis, Luis Román (EDJ 2006/109831).

(13) Tribunal Supremo, Sala 2.^a, Sentencia de 19 de abril de 2004, núm. 514/2004, rec. 306/2003. Pte.: Granados Pérez, Carlos (EDJ 2004/31469).

(14) Tribunal Supremo, Sala 2.^a, Sentencia de 2 de abril de 2004, núm. 433/2004, rec. 339/2003. Pte.: Martínez Arrieta, Andrés (EDJ 2004/17455).

tas en el artículo 39, fijándose su contenido en el artículo 46. Esta nueva pena tiene el carácter de principal en los supuestos previstos en el artículo 192 y el de pena accesoria de acuerdo a lo establecido en los artículos 55 y 56, cuando los derechos derivados de la patria potestad hubieren tenido una relación directa con el delito cometido⁽¹⁵⁾. En efecto, el artículo 33.2 incluye entre las penas graves la privación de la patria potestad, modificando el artículo 46 con el siguiente tenor:

«La **inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento**, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. **La pena de privación de la patria potestad** implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.

A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas».

Lo que se podía imponer, con la redacción anterior, en un procedimiento penal era la pena (accesoria o principal) o la medida de inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad cuya diferencia primordial con la civil era el carácter temporal de la primera. Venía recogida como pena privativa de derechos en el artículo 39 y su concepto se definía en el modificado artículo 46 que señalaba:

«La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. El juez o tribunal **podrá acordar esta pena respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso**».

El cuadro esquemático sería el que sigue:

Principal. En los siguientes delitos:

- Artículo 149.2 (mutilación genital femenina).
- Artículo 153 (malos tratos en el ámbito familiar).
- Artículo 173.2 (maltrato habitual).
- Artículo 192.2 (disposiciones comunes a los delitos contra la libertad sexual). Este artículo se ha visto modificado por la LO 5/2010 y es el único caso en que la

(15) Véase Exposición de Motivos, apartado XII, último párrafo.

reforma impone la pena de privación de patria potestad como principal. Tiene el siguiente tenor: «192.3. El Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años, **o bien la privación de la patria potestad**».

- Artículo 220.4 (suposición de parto, alteración de la filiación, sustitución de un niño por otro).
- Artículo 221.1 (entrega de menor mediante compensación económica).
- Artículo 225 bis.1 (sustracción de menores).
- Artículo 226.2 (abandono de familia).
- Artículo 233.1 (disposición común a los delitos de abandono de menores y utilización de menores para la mendicidad).

Accesorias. Conforme al artículo 56.1.3.^a, en las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes: 3.^a) Inhabilitación especial para ... cualquier otro derecho, si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación». Este artículo y el sistema general de las accesorias se ha visto modificado con la LO 5/2010. Así, el artículo 55, en su redacción actual expresa:

«La pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate. El Juez **podrá además** disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, **o bien la privación de la patria potestad**, cuando estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia».

También se ha visto modificado el artículo 56 que actualmente señala:

«1. En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

(...)

3.^a) Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código».

Medida de seguridad. El artículo 107 CP expresa: «El Juez o Tribunal podrá decretar razonadamente la medida de inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho (...), por un tiempo de uno a cinco años, cuando el sujeto haya cometido con abuso de dicho ejercicio, o en relación con él, un hecho delictivo, y cuando de la valoración de las circunstancias concurrentes pueda deducirse el peligro de que vuelva a cometer el mismo delito u otros semejantes, siempre que no sea posible imponerle la pena correspondiente por encontrarse en alguna de las situaciones previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20».

La nueva regulación resuelve buena parte de los problemas que se planteaban con la vigente anterior a 23 de diciembre de 2010. Tales eran:

- 1) La aplicación de la inhabilitación especial para la patria potestad como pena accesoria y como medida de seguridad era, propiamente, una posición doctrinal basada en el tenor de la ley⁽¹⁶⁾ pero en la dicción literal no incluía expresamente la inhabilitación de la patria potestad por lo que la cuestión de su aplicación era dudosa. En cuanto a la posibilidad de aplicarla como accesoria, existía una sentencia del Tribunal Supremo que la negaba expresamente⁽¹⁷⁾ y otra que parecía admitirla aunque de forma no automática⁽¹⁸⁾. La cuestión, por tanto, no era pacífica. Actualmente, tras la reforma de la LO 5/2010, está resuelto el tema en cuanto a la cuestión de las accesorias pero sigue sin estar bien resuelto el problema de las medidas de seguridad.
- 2) En segundo lugar, la aplicación de la pena accesoria no cubría los delitos más graves⁽¹⁹⁾ y, como principal, estaba concebida de forma facultativa en la mayor parte de los casos (parecía ser de imposición obligatoria en los casos de los artículos 221.1 —entrega de menor mediante compensación económica— y 225 bis.1 —sustracción de menores—, pero esto también es discutible). Por otro lado, su carácter temporal hacía que su cesación automática tras el cumplimiento de la pena pudiera tener consecuencias negativas para el interés del menor. Tras la reforma de la LO 5/2010, el problema de las accesorias está mejor determinado y es posible acordar la privación propiamente dicha.

(16) Por ejemplo, a favor de su aplicación en ambos casos, RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, Covadonga. *La privación de la patria potestad*. Ed. Atelier. Barcelona, 2006, páginas 151 a 155. Como accesoria, parece que sí ha sido admitida por las Audiencias Provinciales. Así, por ejemplo, AP de Valencia, Sección 2.ª, Sentencia de 11 de noviembre de 2003, núm. 596/2003, rec. 83/2003. Pte.: Monterde Ferrer, Francisco (EDJ 2003/223833) o AP de Madrid, Sección 7.ª, Sentencia de 21 de julio de 2005, núm. 92/2005, rec. 8/2004. Pte.: Martel Rivero, Juan Francisco (EDJ 2005/185754), entre otras muchas. Piénsese, por ejemplo, en lo absurdo que supone aplicar esta medida en el delito del artículo 153 y no hacerlo en unas lesiones ordinarias o en una tentativa de homicidio contra los menores, por ejemplo.

(17) STS, Sala 2.ª, de 29 de noviembre de 2004. Pte.: Soriano Soriano, José Ramón (EDJ 2004/219320).

(18) STS, Sala 2.ª, de 21 de mayo de 2003. Pte.: Martínez Arrieta, Andrés (EDJ 2003/30222).

(19) STS, Sala 2.ª, de 11 de septiembre de 2000. Pte.: Prego de Oliver y Tolivar, Adolfo (EDJ 2000/25623).

- 3) Con la redacción anterior, en ocasiones los propios Tribunales entendieron que era preferible que se pronunciara el Juzgado de Familia sobre estas cuestiones⁽²⁰⁾. La coexistencia de jurisdicciones y la incompatibilidad de la imposición rígida de la pena con el criterio del interés del menor no eran cuestiones bien resueltas legalmente. Es de observar que la aplicación automática resulta contraria al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁽²¹⁾. Con independencia de que deba motivarse adecuadamente en atención a las circunstancias del caso, la reforma de la LO 5/2010 permite evitar esta dualidad y los consiguientes retrasos en la adopción de la medida pero su carácter accesorio facultativo permite entender posible esta tendencia jurisprudencial.

Reseñar que la Disposición Adicional Segunda, párrafo segundo (tras su modificación por la LO 5/2000), del Código Penal establece que «en los supuestos en que el Juez o Tribunal acuerde la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, el acogimiento, la guarda, tutela o curatela, o la privación de la patria potestad lo comunicará de inmediato a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores y al Ministerio Fiscal para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias»⁽²²⁾.

Hacer constar, además, que el artículo 189, en su apartado 6, para los delitos de exhibicionismo y tenencia de material pornográfico, establece la obligación del Fiscal de promover «las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior» que señala «el que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses».

La reforma relaja un poco la necesidad de control para la interposición de demandas civiles en aquellos casos en que el intrincado sistema anterior a la LO 5/2010 lo hacía necesario. Sin embargo, habrá que estar expectante a la posible

(20) STS, Sala 2.^a de 7 de noviembre de 2000. Pte.: Martínez Arrieta, Andrés (EDJ 2000/37117).

(21) TEDH, Sentencia de 28 de septiembre de 2004, núm. 46572/1999, *caso Sabou y Pircalab vs. Rumanía* (EDJ 2004/116229). Versa sobre un supuesto de privación de la patria potestad acordada en proceso penal en el que se estimó vulneración del artículo 8 porque la ley rumana establecía esa consecuencia de forma automática sin tener en cuenta el interés del menor.

(22) La redacción anterior disponía: «en los supuestos en que el Juez o Tribunal acuerde la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, el acogimiento, la guarda tutela a curatela, **lo comunicará de inmediato** a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores y **al Ministerio Fiscal** para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias».

interpretación de los tribunales para evitar que casos graves y complejos queden fuera del ámbito de aplicación de tan importante medida.

5.6.2. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN EL PROCESO CIVIL

5.6.2.1. El supuesto de hecho

El artículo 170 del Código Civil expresa:

«El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Los Tribunales podrán, en beneficio o interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación».

La definición del Código Civil es escueta, incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, no estableciendo más requisitos. Es posible realizar un análisis de las causas de privación partiendo de las resoluciones de los Tribunales españoles y atendiendo al tipo de comportamiento de los padres, diferenciamos así⁽²³⁾:

Abuso o maltrato. Se trata de un comportamiento activo de los padres que causa daño a los menores.

- Maltrato físico (generalmente se sustancia ante los tribunales penales).
- Exceso en el derecho de corrección.
- Maltrato psíquico.
- Maltrato a otros miembros del grupo familiar.
- Omisión muy grave del ejercicio de la patria potestad cuando es necesario para el interés del menor.
- Incumplimiento muy grave de las normas o resoluciones judiciales sobre el ejercicio de la potestad o visitas.

Abandono. Se trata de un comportamiento pasivo de los padres que incluye los supuestos de incumplimiento de los deberes de cuidado: alimentación, vestido, educación, vigilancia, atención médica, higiene, etc.

(23) RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, Covadonga. *Op. cit.*, páginas 69 y ss. Se trata de un análisis exhaustivo de Sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales. En las páginas finales contiene un índice sistemático de jurisprudencia.

- Desinterés o desidia grave prolongada en el tiempo (se incluye aquí la falta de escolarización, el no haber realizado el más mínimo esfuerzo por mantener contacto con el menor internado en centro o remover las causas que dieron lugar al desamparo, etc.).
- Ausencia del titular de la patria potestad (por paradero desconocido o, en algunos casos, se ha apreciado la situación de prisión del progenitor cuando, además, existen circunstancias que aconsejan la privación de la patria potestad).
- Delegación del cumplimiento de los deberes paterno-filiales cuando ésta implique dejación real de funciones.

Fracaso involuntario. En estos casos no hay componente de voluntariedad en la conducta, activa o pasiva, de los padres. Podemos citar:

- Falta de idoneidad del titular de la patria potestad. No es motivo para privar de la potestad el que existan personas más capacitadas para ejercer la función de educar a los menores desde un punto de vista subjetivo o económico⁽²⁴⁾. Tampoco puede considerarse causa la ausencia de medios económicos o de vivienda, a menos que vayan acompañadas de otras circunstancias.
- Toxicomanías (sólo si, además de la situación de dependencia, existe una situación de riesgo o peligro para el menor derivada de la misma).
- Psicopatologías (sólo si, además de la situación de patología psíquica, existe una situación de riesgo o peligro para el menor derivada de la misma⁽²⁵⁾).
- Libre desarrollo de la personalidad de los progenitores. Se trata aquí de los casos en que la conducta de los progenitores se aparte de los estándares sociales habituales. Debe apreciarse con carácter muy restrictivo y sólo atender a casos en que efectivamente exista un riesgo evidente contra la integridad del menor. Se ha estimado, en ocasiones, en los casos de pertenencia de los progenitores a sectas destructivas que pone en riesgo al menor⁽²⁶⁾.

En general, no se ha estimado causa de privación el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las facultades de representación y administración de bienes en el ámbito del patrimonio (sin perjuicio de la designación judicial de un adminis-

(24) Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de junio de 1994, núm.n 630/1994, rec. 2559/1991. Pte.: Ortega Torres, Teófilo (EDJ 1994/5618).

(25) Nunca puede aceptarse de forma automática por el hecho de que una persona padezca, por ejemplo, de discapacidad intelectual (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 26 de febrero de 2002, núm. 46544/1999, EDJ 2002/156) o enfermedad mental. Puede ser apreciada en los casos de trastornos de la personalidad.

(26) Aunque no trata de la privación de la potestad sino de la privación del régimen de visitas, sí que es interesante el tratamiento que realiza el Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2000, núm. 141/2000, BOE 156/2000, de 30 de junio de 2000, rec. 4233/1996. Pte.: Vives Antón, Tomás S. (EDJ 2000/10328) sobre el conflicto entre libertad religiosa del padre e interés de los menores a su cargo.

trador, si procede). Nuestro ordenamiento no parte de un principio sancionador a la hora de la privación de la patria potestad sino de su carácter de medida de protección en interés del menor⁽²⁷⁾. Los criterios que deben presidir la adopción de la medida son los de legalidad y de prohibición del exceso ya analizados.

Respecto del *nasciturus* no puede privarse de la patria potestad a los padres del concebido no nacido pero sí adoptarse medidas de protección en particular en los casos de riesgo grave previstos en el artículo 157 del Código Penal⁽²⁸⁾, además de tener en cuenta esta conducta, una vez nacido, para poder privar de la patria potestad.

5.6.2.2. Efectos

La privación de la patria potestad no significa anulación de la relación. Los padres privados de patria potestad «están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos» (artículo 110 del Código Civil). Estas obligaciones operan incluso en los casos del artículo 111 del Código Civil que expresa:

«Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor:

1. Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.
2. Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

En ambos supuestos, el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal.

Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos».

(27) Véase Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 18 de septiembre de 2001, rec. 4500/1999. Pte.: Villagómez Rodil, Alfonso (EDJ 2001/38448).

(28) Artículo 157 del Código Penal. «El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos, consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años».

Téngase en cuenta el artículo 29 del Código Civil que expresa: «El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente». El siguiente artículo 30 señala: «La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno».

La naturaleza de este tipo de actuaciones es diferente a la prevista en el artículo 170. Como expresa el Tribunal Supremo⁽²⁹⁾:

«Y como apunta la sentencia antes citada de 2 de febrero de 1999 (EDJ 1999/939) , “no se diga que la solución que surge de esta interpretación legal perjudica al menor, cuyo interés debe ser siempre prevalente, puesto que **la exclusión del ejercicio no equivale a privación**; basta ver el artículo 111 cuando concluye que sobre los poderes excluidos ‘quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos’, y con el cumplimiento de tales deberes y el ejercicio materno de la patria potestad queda cubierto el interés preponderante del menor; amén de que las restricciones podrán cesar, como también prevé el citado artículo 111”».

También puede responder civilmente conforme al artículo 1903 CC por culpa *in vigilando* o *in educando*. Aunque, en principio no reúnen las condiciones porque los hijos no están bajo su guarda, puede ostentar durante ese período una guarda de hecho o bien considerarse que hay relación entre su mal ejercicio de la patria potestad y el hecho dañoso (por ejemplo, por falta de educación o control previa a la privación efectiva de la patria potestad)⁽³⁰⁾.

Por otro lado, el artículo 160 del Código Civil que expresa que «los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial», sigue siendo plenamente aplicable, por lo que la supresión o restricción del régimen de visitas debe ser justificada al margen de la causa concreta de privación.

Por último, el párrafo segundo del artículo 170 permite a los Tribunales «acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación», en beneficio o interés del hijo.

5.6.2.3. Procedimiento aplicable

El artículo 170 del Código Civil expresa que la privación de la patria potestad podrá ser acordada «en sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial». No especifica la LEC 1/2000 cuál es el procedimiento aplicable para los casos en que esta cuestión se ventile fuera de un proceso matrimonial, como sí lo hacía el artículo 484 LEC de 1881 (menor cuantía). La doctrina y la práctica judicial se inclinan por el procedimiento

(29) TS, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de julio de 2004, núm. 691/2004, rec. 3344/1998. Pte.: González Poveda, Pedro (EDJ 2004/82596) FJ 2.

(30) RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI cita, en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 10 de enero de 2003. *Op. cit.*, página 160.

ordinario con fundamento en el artículo 249.2 que incluye aquéllas cuya cuantía no sea posible calcular ni siquiera de modo relativo. La sentencia tiene acceso al Registro Civil (artículo 46 LRC).

Es necesario hacer mención a los procesos relativos a la privación de la patria potestad tras la adopción y para la extinción de la adopción (artículos 179 y 180 CC). Pese a la citación casual que realiza el artículo 779 de la LEC 1/2000, la Fiscalía General del Estado estima (Circular 1/2001, apartado VII.5) que no existe mención de este proceso en el catálogo de especiales que figura en el artículo 748 y que sus características exigen que sean llevados a través del proceso ordinario. El artículo 779 se limita a decir que en estos procesos la competencia corresponderá al Juzgado del domicilio del adoptante, es decir, del demandado, coincidiendo de esta manera con el del fuero general establecido en la LEC en el artículo 50.

La doctrina ha puesto de manifiesto la escasa utilización por parte del Ministerio Fiscal de su legitimación para instar la patria potestad⁽³¹⁾. Ello es lógico si tenemos en cuenta que los casos más graves se sustanciarán normalmente en los procedimientos penales y que nuestro sistema de protección está centrado en el ámbito administrativo, comportando la declaración de desamparo la suspensión de la patria potestad, no siendo razonable que se aplique directamente la privación —en casos de menor gravedad— cuando existen soluciones alternativas teniendo en cuenta la doctrina del TEDH sobre el artículo 8 CEDH.

En principio, también está legitimada la entidad pública para instar el procedimiento⁽³²⁾.

Finalizar señalando que, en lo que se refiere a acumulación de acciones, es posible solicitar igualmente la fijación de una pensión de alimentos a cargo del progenitor privado de la patria potestad⁽³³⁾.

(31) RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI cita, en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 8 de mayo de 1998 como única sentencia localizada en la que la demanda fue interpuesta por la Fiscalía. *Op. cit.*, página 237.

(32) AP de Vizcaya, Sección 1.ª, Sentencia de 6 de julio de 1999, núm. 90/1999. Pte.: Aizpurúa Biurarena, Olatz (EDJ 1999/25947).

(33) AP de Alicante, Sección 6.ª, Sentencia de 7 de noviembre de 2002, núm. 677/2002, rec. 223/2002. Pte.: Prieto Lozano, Francisco Javier (EDJ 2002/71384).

VI

PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS MENORES VÍCTIMAS Y TESTIGOS

FRANCISCO MANUEL GARCÍA INGELMO

En nuestro Derecho no existe un conjunto sistematizado de normas jurídicas que regulen las particularidades que puede revestir el testimonio y las comparecencias de los menores de edad víctimas o testigos ante Juzgados y Tribunales.

No se trata de que los niños, por el hecho de serlo, hayan de tener un *status* específico frente a los testigos y víctimas adultos, pero si la comparecencia ante los órganos jurisdiccionales puede acarrear para cualquier persona inquietud, desasosiego o temor por la carga emocional, cuando no traumática, que todo proceso lleva consigo, no parece que el ordenamiento jurídico pueda ser ajeno a esa circunstancia, ignorando las peculiaridades que puede revestir el testimonio infantil.

A lo largo de los últimos años se ha observado una toma de conciencia sobre este problema. Esa mayor sensibilidad, unida a los compromisos internacionales contraídos (CDN en 1989 y Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al *estatuto de la víctima en el proceso penal*), se tradujo en diversas reformas legislativas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) operadas por las Leyes Orgánicas 14/1999, de 9 de junio y 8/2006, de 4 de diciembre, ambas tendentes a procurar una mayor protección para la indemnidad del menor testigo en los procesos penales, evitando, entre otros aspectos, los careos y la confrontación visual con los imputados.

Respecto a los operadores jurídicos es patente —aun con vacilaciones— la evolución jurisprudencial en la materia abriendo, cada vez más, la posibilidad de dar valor a la prueba preconstituida, cuando se trata de niños de corta edad.

El interés de la FGE en la cuestión ha sido máximo, siendo prueba de ello la Circular 3/2009, *sobre protección de menores víctimas y testigos*, que fijó criterios de actuación en esta materia.

En ese contexto hay que tener en cuenta, igualmente, el *Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil*, elaborado y aprobado por el pleno del Observatorio de la Infancia el 22 de noviembre de 2007 con participación de las Comunidades Autónomas y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, así como los distintos protocolos aprobados en esta materia en diferentes Comunidades Autónomas.

Aunque la mayor atención se ha centrado en el campo procesal penal, al que se aludirá primero, no se puede obviar la protección necesaria de los niños en el proceso civil, en particular en los procedimientos matrimoniales que afectan a hijos menores de edad.

6.1. PROTECCIÓN EN PROCESOS PENALES

El proceso penal, cuando un menor de edad hubiere de declarar como víctima o testigo —especialmente en delitos contra la libertad sexual—, debe buscar un equilibrio, no siempre fácil, entre dos intereses aparentemente contrapuestos.

Por un lado, estaría el de protección de los menores que han de deponer, limitando todo aquello que afecte negativamente a su desarrollo personal e indemnidad moral y psíquica. Se trata de contrarrestar la fuerte carga de victimización secundaria que el proceso penal puede acarrear a los niños, eludiendo la reiteración de sucesivas comparecencias del menor víctima ante distintas instancias policiales, judiciales, sanitarias, etc. Este designio está muy presente tanto en la Circular FGE 3/2009 como en los distintos Protocolos contra el maltrato infantil.

Pero, por otro lado, debe asegurarse al imputado el derecho a un proceso con todas las garantías de contradicción, tal y como se plasma en el artículo 6.3.d) CEDH, conforme al que es derecho mínimo de todo acusado «interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra».

Tales intereses, no obstante, no son irreconciliables, pues como señala la STC 174/2011, de 7 de noviembre, «en estos supuestos, cuando la víctima es menor de edad, resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada; mas tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren

los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral».

A ese fin deben tratarse las peculiaridades legislativas en cuanto a declaración de los niños en el proceso, introducidas en las reformas legales ya aludidas, teniendo en cuenta las pautas interpretativas de la citada Circular 3/2009.

6.1.1. DENUNCIA Y EXPLORACIÓN DEL MENOR EN DEPENDENCIAS POLICIALES

La LECrim no contiene ninguna previsión específica que restrinja la capacidad de los menores para interponer por sí denuncia, como tampoco establece limitación alguna en cuanto a la edad para declarar en el proceso penal.

Podrá, en consecuencia, un menor denunciar por sí mismo, si se apreciase en él, por su edad y circunstancias, suficiente madurez. En otro caso, lo hará asistido de sus representantes legales, salvo que su presencia fuere incompatible con los intereses del menor.

Las previsiones relativas a las declaraciones de los menores contenidas en el artículo 433 LECrim se refieren a la fase de instrucción en el Juzgado, no a las declaraciones en dependencias policiales.

No obstante ello, será aconsejable que las fuerzas policiales prescindan de la declaración del niño y lo trasladen para su exploración al Juzgado de Guardia, en aquellos casos en que procediera preconstituir la prueba y evitar la reiteración de exploraciones (Circular 3/2009). Puede ser especialmente indicada esta precaución tratándose de delitos sexuales y de víctimas de corta edad.

6.1.2. DECLARACIÓN DE MENORES EN FASE DE INSTRUCCIÓN

Conforme al artículo 433, párrafo segundo, LECrim:

- La declaración del menor se verificará ante el Juez de Instrucción, Secretario del Juzgado y Fiscal. Si se tratase de un procedimiento contra otro menor, incoado conforme a la LORPM, tal declaración se llevará a cabo ante el Fiscal.
- Potestativamente pueden asistir los padres, tutores o guardadores del menor. Queda exceptuada su presencia cuando sean imputados o el juez, con carácter excepcional y motivadamente, acuerde lo contrario (por ejemplo, cuando exista conflicto de intereses o se infiera que puedan presionar al menor en su declaración...).

- Facultativamente el juez podrá acordar que en la declaración estén presentes expertos.

Esto último puede estar especialmente indicado para menores no maduros. La ley no especifica tipo de titulación, por lo que podrán ser psicólogos infantiles, psiquiatras, educadores, pedagogos,...

Nada impide que el interrogatorio sea dirigido y efectuado por los expertos, siempre y cuando las preguntas le sean facilitadas al experto por el Juez, Fiscal y Letrado de la defensa, que deben estar presentes. La STS núm. 96/2009, de 10 de marzo, otorgó plena validez —como prueba preconstituida— a una declaración así tomada por una psicóloga en una sala especial provista de un espejo desde donde el Juez, Secretario, Fiscal y abogados podían presenciar la exploración, sin ser vistos por la menor interrogada.

- Podrá acordarse grabar la declaración. Especialmente importante será la grabación en aquellos casos en que por la corta edad, vulnerabilidad de la víctima o especiales circunstancias concurrentes se valore la posibilidad de preconstituir prueba y evitar la declaración posterior del menor en el acto del juicio.
- La declaración de los testigos tendrá lugar evitando su confrontación visual con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico (artículo 448 LECrim, último párrafo). Se establece también en fase de instrucción por la LECrim esta previsión que rige de idéntica forma en el juicio oral.

6.1.3. DECLARACIÓN DE MENORES EN EL JUICIO ORAL

Debe tenerse en cuenta lo preceptuado en los artículos 707, párrafo segundo, y 731 bis LECrim.

- Las declaraciones de los testigos menores tendrán lugar empleando cualquier artificio técnico que evite su confrontación visual con el inculcado (artículo 707 LECrim).
- A tales efectos, podrá autorizarse por el Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, que la declaración tenga lugar mediante videoconferencia u otro sistema de comunicación bidireccional (artículo 731 LECrim en relación al artículo 229 LOPJ).

A estos imperativos legales la Circular 3/2009 de la FGE añade como buenas prácticas que pueden contrarrestar los factores estresantes que siempre puede implicar para el menor la comparecencia en juicio los siguientes:

1. Procurar que el menor sea el primero en declarar, evitando esperas en la puerta de la sala de juicios.
2. Celebrar el juicio a puerta cerrada.
3. Separar al menor del acusado o tomarle declaración en otra sala, o evitando la visión directa con mamparas.
4. Proporcionarle compañía durante la declaración (psicólogo o familiar), sobre todo para niños más pequeños.
5. Utilizar un lenguaje comprensible.
6. Suprimir el uso de togas durante la declaración del menor.
7. Permitir que declaren sentados.

6.1.4. PAUTAS SOBRE EL INTERROGATORIO A MENORES

En la misma línea, la mentada Circular 3/2009 relaciona una serie de recomendaciones, basadas en la experiencia y en la psicología del testimonio, que deben tenerse en cuenta en las exploraciones e interrogatorios de niños:

- Evitar retrasos en citaciones en instrucción y en señalamientos de juicios que afecten a menores.
- Dar preferencia en el orden de señalamientos de los Tribunales de las vistas en que hayan de intervenir niños.
- Usar un lenguaje comprensible al dirigirse al menor.
- Formular preguntas abiertas, favoreciendo que el menor exprese el recuerdo libre, haciendo luego preguntas concretas sobre puntos oscuros.
- Evitar en el interrogatorio el uso de aditivos sugestivos o «sugestión por coacción implícita».
- Presencia de padres, tutores o allegados, salvo que razones de incompatibilidad u otras circunstancias lo desaconsejen.
- Valorar la colaboración de psicólogos.
- Valorar la celebración del juicio oral a puerta cerrada.

6.1.5. PROSCRIPCIÓN DE CAREOS CON TESTIGOS MENORES EN LA INSTRUCCIÓN Y JUICIO ORAL

Esta diligencia de prueba, configurada de forma restrictiva en la LECrim, se regula para los menores de edad como absolutamente excepcional y subordinada a la concurrencia cumulativa de unos mismos requisitos, tanto si es en instrucción (artículo 455, segundo párrafo, LECrim) como en el juicio oral (artículo 713, segundo párrafo, LECrim). Tales requisitos legales son:

- Que el juez o tribunal los considere imprescindibles para el esclarecimiento de los hechos.
- Que no sea lesivo para el interés de los testigos menores, previo informe pericial.

6.1.6. **LAS POSIBILIDADES DE PRESCINDIR DE LA DECLARACIÓN DEL MENOR EN EL PLENARIO: TESTIMONIOS DE REFERENCIA Y PRUEBA PRECONSTITUIDA**

Esta cuestión se ha planteado de manera recurrente: la posibilidad de evitar a los menores, especialmente a los de más corta edad y para delitos sexuales, el acudir a juicio, eludiendo la rememoración de lo sucedido y la carga traumática y emocional que supone siempre una vista penal.

Ahora bien, prescindir de esa declaración en el juicio oral implicaría en principio la absolución del inculpado, salvo que se acuda a dos posibles alternativas probatorias: los testigos de referencia o la preconstitución de la prueba.

La posibilidad de fundamentar una condena exclusivamente en **testimonios de referencia**, conforme al artículo 710 LECrim, resulta puramente excepcional y residual. Existe algún ejemplo jurisprudencial, en delitos contra la libertad sexual sobre niños de muy corta edad, en que la condena se basó en el testimonio de referencia de los padres, reforzado por otros elementos periféricos que lo corroboraban (prueba pericial psicológica) como es el de la STS 492/2002, de 8 de marzo. Sin embargo, abundan los ejemplos en contrario de sentencias absolutorias basadas precisamente en ese carácter completamente excepcional del testimonio de referencia y en la necesidad de contar con el testimonio directo, aun de niños de corta edad, cuando es posible acudir a él (así, SSTS 332/2006, de 14 de marzo; 1251/2009, de 10 de diciembre; 587/2010, de 27 de mayo y 1036/2010, de 10 de noviembre, entre otras).

La vía jurisprudencial que sí se ha abierto paso, cada vez en mayor medida, para prescindir en el plenario del testimonio de la víctima menor, siempre que razones fundadas lo justifiquen, es la de **la prueba preconstituida**.

Dicha vía aparece mencionada en la STEDH de 28 de septiembre de 2010, *caso A. S. contra Finlandia*, cuando señala que «quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior».

En idéntica dirección apunta el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, en su Sentencia de 16 de junio de 2005, *caso Pupino*, en que la víctima era una niña de cinco años de edad. Declara esta resolución que la Decisión

Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, antes citada, debe interpretarse en el sentido de que «el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctima de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta».

La más reciente jurisprudencia de la Sala 2.^a del TS se adscribe a esa postura. Así, la STS 96/2009, de 10 de marzo, confirmando condena por delito continuado de abusos sexuales sobre una niña de cinco años, estima que la reproducción completa en el juicio oral de la grabación que reflejaba las manifestaciones prestadas por la niña en el acto de la exploración judicial, en condiciones de contradicción y a presencia de una psicóloga en fase de instrucción, permitió al tribunal sentenciador fundar su pronunciamiento condenatorio, conjurando los graves riesgos que para la estabilidad de la menor hubiera supuesto su exploración directa en el plenario.

Ésa y otras SSTs (743/2010, de 17 de junio; 884/2010, de 6 de octubre,...) optan por una interpretación amplia del concepto de **imposibilidad** de testificar en el juicio oral al que se refieren los artículos 448, 777.2 y 797.2 LECrim, como presupuesto de la preconstitución de la prueba, de manera que se incluyan en él, junto con los obstáculos materiales para la realización del testimonio, aquellos casos en los que exista un riesgo cierto de que la declaración en fase de plenario produzca graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual.

Como conclusión debe matizarse, no obstante, que a pesar de la evolución jurisprudencial, el prescindir de la declaración del menor víctima o testigo en el juicio, sustituyéndola por el visionado de su exploración grabada en fase instructora, no deja de ser excepcional. El mero hecho de que la víctima de la infracción penal sea un menor de edad no justifica por sí sola que se prescinda de su declaración en el acto del plenario. Para que se pueda obviar la presencia del menor en juicio será necesario:

- Estar a las circunstancias del caso concreto, acreditando la existencia de un riesgo real y efectivo para el éxito del proceso terapéutico de recuperación del menor, como consecuencia de la alteración psíquica o de las secuelas derivadas del hecho enjuiciado (voto particular STS 96/2009, de 10 de marzo, Maza Martín, José Manuel). Normalmente se acreditará tal extremo por los informes periciales relativos al niño en cuestión, debiendo deponer dichos peritos en el plenario.
- Que en el plenario se proceda al visionado de la declaración del menor, previamente grabada en instrucción con cumplimiento de lo previsto en el artículo 433 LECrim y asegurando la presencia de todas las partes con posibilidad de contradicción, en los términos previstos en los artículos 448, 777.2 y 797.2 LECrim.

6.1.7. PRUEBAS PERICIALES SOBRE VERACIDAD DEL TESTIMONIO DEL MENOR

Es frecuente, especialmente tratándose de delitos contra la libertad sexual en los que muchas veces la única prueba es el testimonio de la víctima, que se recabe pericial sobre credibilidad del testimonio, especialmente tratándose de niños de corta edad.

Ciertamente, tales pruebas pueden ser de utilidad en algunos casos, coadyuvando a formar la convicción del Tribunal. Convicción que, en modo alguno, puede ser sustituida por la opinión ofrecida por los peritos sobre la credibilidad que tal testimonio les merece en cada caso, pues su función procesal debe ceñirse al auxilio del Tribunal en la recta formación de su propio criterio (STS núm. 1251/2009, de 10 de diciembre).

Así debe tenerse en cuenta que:

- Estas periciales serán de más o menos utilidad en función de la edad de la víctima, siendo de interés en niños de corta edad frente a los casos de preadolescentes o adolescentes, pues el testimonio de estos últimos presenta pocas peculiaridades en relación al testimonio de adultos.
- Nunca pueden tener una precisión absoluta, a diferencia de otras periciales de índole científica (lofoscópicas, de ADN, etc.).
- No puede pretenderse que sustituyan el testimonio del menor, ya sea en juicio o como prueba preconstituida (STS núm. 1251/2009).

6.2. PROTECCIÓN EN PROCESOS CIVILES

La Circular 3/2009 de la FGE estudia también este aspecto en relación a la audiencia a menores en los procesos de separación y divorcio.

Conforme al artículo 92 CC, redactado según la Ley 15/2005, de 8 de julio, el Juez antes de acordar sobre la guarda y custodia debe «oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor». Dicho precepto no impone imperativamente la audiencia al menor, sino que viene a modularla, a criterio judicial en función de las necesidades de cada caso.

Sin embargo, el artículo 770 LEC, regla 4.^a, de redacción anterior, mantiene el imperativo legal de audiencia a aquellos menores de doce años de edad cumplidos.

La aparente antinomia entre ambos preceptos la resuelve la FGE en favor de la prevalencia de lo dispuesto en el artículo 92 CC, que es ley especial y posterior. La

flexibilidad de este último precepto permite modular la taxatividad de los términos del artículo 770 LEC y sopesar, cuando los afectados fueren mayores de doce años, la necesidad real o no de oírlos.

De esta forma pueden evitarse comparencias que, siendo rutinarias e innecesarias (por ejemplo, cuando no se litigue sobre la custodia y sólo sobre aspectos económicos), pueden, sin embargo, constituir un auténtico trauma para los menores afectados o, simplemente, alterar su estabilidad emocional.

Sobre la forma de realizar esas comparencias, cuando fuesen precisas, también da unas pautas la FGE:

- Efectuarlas en presencia sólo de Juez, Fiscal y Secretario, con posibilidad de auxilio de psicólogos o miembros del equipo técnico, y en un ambiente relajado.
- Evitar las preguntas directas al menor sobre con quién quiere vivir o el régimen de visitas.
- Antes bien, debe optarse por preguntas indirectas: con quién tiene relación más intensa, mejor relación, quién asume más responsabilidades,...

VII

SUSTRACCIÓN PARENTAL DE MENORES

JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA CORTINA

7.1. IDEAS GENERALES

El secuestro parento-filial o sustracción parental es la conducta que ejerce un progenitor cuando retiene a un menor y le priva del contacto con el otro progenitor.

El secuestro puede tener una dimensión interna, sin generar una salida del país de residencia habitual. Estos supuestos, que no dejan de ser traumáticos, son sin duda mucho más fáciles de solucionar, bien en vía civil, bien en vía penal, o en ambas.

El secuestro internacional de menores es el más grave dentro de la tipología de los secuestros parentales, pues presenta perfiles muy distintos y es evidente que las dificultades para restablecer el *status quo* anterior son mucho mayores.

El fenómeno de la globalización, el avance de los medios de comunicación, las más fluidas y frecuentes relaciones entre personas de distintas nacionalidades, culturas y civilizaciones ha dado lugar a un crecimiento exponencial de parejas cuyos componentes tienen distinta nacionalidad. Las crisis de pareja, en estos casos y cuando ésta ha generado descendencia, plantea problemas mucho más graves que los derivados de crisis de parejas de la misma nacionalidad. Con la ruptura de la pareja suele ser frecuente el replanteamiento de la residencia. En muchos de estos casos, uno de los progenitores decide la vuelta a su entorno, a su país, llevándose consigo al hijo o hijos comunes, haciendo tabla rasa de los intereses, derechos y expectativas del otro cónyuge y del propio hijo.

La existencia de secuestros internacionales de menores exige una respuesta desde la cooperación internacional. La página *web* del Ministerio de Justicia⁽¹⁾ contiene información sobre la normativa y formularios que pueden utilizarse.

7.2. MARCO JURÍDICO GENERAL

En esta materia, el pilar básico es el reconocimiento del derecho de todos los niños a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés (artículo 9.3 CDN). Igualmente, debe partirse del principio del superior interés del menor, del derecho del menor a una familia (artículos 20 y 21 CDN), de la primacía del papel de la familia con relación a las autoridades públicas (artículo 5 CDN) y del derecho del menor a que se tenga en cuenta su opinión en los procedimientos que le afecten (artículo 12 CDN).

Expresamente, el artículo 10.2 CDN dispone que el niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Además, la CDN aborda específicamente el secuestro de menores en los artículos 11 y 35, instando a los Estados para adoptar medidas tendentes a evitarlo. Éste es el punto de conexión entre la CDN y los distintos convenios internacionales que velan por la rápida restitución del menor.

También en el ámbito del Consejo de Europa el derecho de padres e hijos a relacionarse ha sido reconocido en el artículo 8 CEDH, precepto que en el seno del TEDH ha generado un amplio *corpus* jurisprudencial. Así, la conexión de esta materia con los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH se evidencia en la STEDH de 25 de enero de 2000 (asunto *Ignaccolo-Zenide contra Rumanía*) en la que se condenó a este país por violación del artículo 8 CEDH, al no haber adoptado las medidas razonablemente exigibles para hacer cumplir una resolución de retorno dictada en el contexto del Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de menores.

A nivel interno, la CE en su artículo 39 incorpora como uno de los principios rectores de la política social, económica y jurídica, la protección de la familia y la infancia.

En el Capítulo I del Título VII del CC, bajo la rúbrica «De las relaciones paterno-filiales» se desarrollan los deberes y facultades de la patria potestad (artículo 154) y el derecho de los progenitores a relacionarse con sus hijos menores aunque no tengan la patria potestad (artículo 160).

Debe también tenerse en cuenta que tras la Ley Orgánica 9/2002, de modificación del Código Penal, se tipifican como delito o falta algunas de estas conductas,

(1) <http://www.mju.es/cooperación_jurídica/g_sustmenores.htm>.

introduciendo el artículo 225 bis, añadiendo un nuevo apartado al artículo 224 y modificando el 622. Esta misma Ley reforma los artículos 103 y 158 CC, incorporando medidas cautelares para evitar la consumación de la sustracción.

7.3. EL SISTEMA DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

El Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, *sobre los aspectos civiles de la Sustracción internacional de Menores* (en adelante, CH80), ratificado por España por Instrumento de 28 de mayo de 1987 es el texto convencional clave en esta materia.

La ausencia de ratificaciones por parte de los países islámicos, precisamente los que generan más problemas para el éxito del retorno, es uno de los talones de Aquiles del CH80.

Para interpretar adecuadamente el Convenio, es extraordinariamente interesante contar con el Informe Explicativo del Convenio elaborado por la jurista española Elisa Pérez Vera.

También es importante tener en cuenta que los Estados Partes se reúnen periódicamente en una Comisión especial organizada por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado para revisar la práctica en virtud del Convenio y hacer recomendaciones. Los informes de estas reuniones de la Comisión especial, celebradas en 1989, 1993, 1997, 2001 y 2006, se encuentran en el sitio de Internet de la Conferencia de La Haya⁽²⁾.

Durante la cuarta reunión de revisión, celebrada en La Haya del 22 al 28 de marzo de 2001, se adoptó como recomendación la de que «los Estados partes deberían cooperar entre sí y con la Oficina Permanente para elaborar una Guía de buenas prácticas».

Tal recomendación se llevó a efecto y en la actualidad contamos con una Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya, dividida en tres partes: la primera parte trata de la práctica de las Autoridades Centrales y la segunda parte de las medidas de aplicación. La tercera parte trata de las medidas de prevención, partiendo de que es mejor prevenir la sustracción que tener que solicitar la restitución del niño tras la sustracción.

Por otro lado, debe reseñarse que el CH80 se centra básicamente en el retorno, y tan sólo dedica un artículo al derecho de visitas, el artículo 21, que además plantea numerosos problemas de interpretación.

El CH80 parte de dos ideas fuerza:

(2) <<http://www.hcch.net/e/conventions/reports28e.html>>.

1. Las rupturas bruscas del menor con el medio en el que vive son negativas y deben evitarse.
2. Las autoridades del país de residencia habitual del menor son las que están mejor situadas para decidir sobre la cuestión de la custodia del menor.

Puede sintetizarse la filosofía del Convenio en la preservación del interés del menor, que se especifica y concreta en la permanencia en su entorno habitual y consiguientemente, en su inmediato retorno cuando es desplazado a otro Estado. Se entiende que es en el país de residencia habitual, una vez logrado el retorno, donde puede discutirse sobre los derechos de guarda y visita y sobre dónde y cómo pueden ejercerse.

El CH80, además de ser el Convenio que mejor funciona en la práctica, es el instrumento más universal en el abordaje de la sustracción internacional de menores. En la página web de la Conferencia de La Haya⁽³⁾ puede encontrarse información actualizada sobre los nuevos Estados que han ratificado el CH80 y sobre otros extremos jurídicamente relevantes para su adecuada interpretación y aplicación.

Este Tratado se funda en un principio de colaboración entre las Autoridades Centrales de cada Estado, que conforme al artículo 7 están obligadas a facilitar una solución amigable del conflicto poniendo los medios necesarios para ello, entre los que se encuentra la mediación familiar. Tras el fracaso de la mediación, la propia Autoridad Central tiene obligación de promover el procedimiento para que la autoridad competente en cada país acceda o no a la restitución solicitada en un brevísimo plazo (seis semanas).

El Convenio también prevé excepciones a la obligación de devolver al menor. A través de estas excepciones puede aquilatarse el interés superior del menor en cada caso concreto. Son, expuestas en forma sintética, las siguientes:

1. Haber transcurrido más de un año y estar el menor integrado en el país de destino.
2. No haberse ejercido de forma efectiva el derecho de custodia.
3. Haber consentido o haber aceptado posteriormente el traslado o retención.
4. Concurrir un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro o situación intolerable.
5. Oposición de la restitución a los principios fundamentales del Estado requerido.
6. La voluntad contraria del menor con condiciones de madurez.

(3) <<http://www.hcch.net/>>.

7.4. OTROS INSTRUMENTOS

En el ámbito de la Unión Europea, debe destacarse el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre. La filosofía inspiradora de este instrumento comunitario es la de profundizar en la necesidad de lograr el retorno inmediato del menor ilícitamente trasladado, principio ya consagrado en el Convenio de La Haya pero que el Reglamento refuerza aún más. Ello supone que la Unión Europea tiene un subsistema especial, pues sobre la base del CH80, el Reglamento 2201/2003 introduce algunas singularidades, permitidas por la mayor cohesión que se predica respecto de los países integrados en esta organización.

El Convenio bilateral con el Reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997 es un Convenio de técnica deficiente y de difícil encaje en el marco de la Conferencia de La Haya y del Convenio del Consejo de Europa. Su importancia se relativiza al haberse adherido Marruecos recientemente al CH80 (1 de junio de 2010).

Debe también mencionarse el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, que se centra básicamente en el reconocimiento y ejecución de decisiones, contemplando la devolución inmediata del menor en supuestos muy concretos. Este Convenio trata de agilizar al máximo el procedimiento de exequátur. Sobre este Convenio existe documentación en la Red, en la página web del Consejo de Europa⁽⁴⁾.

El Convenio de Luxemburgo parte —como el CH80— también de la limitación de las sustracciones a menores de 16 años. Se aplica *inter partes*.

En cuanto a las relaciones entre el Convenio de Luxemburgo y el de La Haya, puede decirse que son complementarios, de manera que incluso puede invocarse la aplicación simultánea de ambos convenios, aunque la Autoridad Central española suele decantar por aplicar preferentemente el cauce del Convenio de La Haya entendiéndose que este cauce es más efectivo. La importancia y aplicación práctica de este Convenio es muy inferior al Convenio de La Haya.

En el ámbito iberoamericano, aunque no afecta a España, debe reseñarse que existen dos convenios específicos: la *Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores*, hecha en Montevideo el 15 de julio de 1989 (CIDIP-IV) y la *Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores*, hecha en México el 18 de marzo de 1994.

7.5. ASPECTOS PROCEDIMENTALES INTERNOS

El CH80 establece unos mínimos procesales, y así en su artículo 2 dispone que «los Estados Contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar

(4) <<http://www.coe.int/portals.asp>>.

que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que disponga». Consiguientemente, el procedimiento debe ser, en todo caso, de urgencia.

En España, este procedimiento urgente se regula en la Sección Segunda del Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, bajo la denominación «Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional» (artículos 1901 a 1909 LEC). El Abogado del Estado interviene promoviendo la restitución. El Fiscal defiende el interés superior del menor.

7.6. MEDIDAS CAUTELARES FRENTE A LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

La finalidad de estas medidas preventivas entronca con la protección al menor frente a los daños que pueden derivarse de un traslado ilegal, con la salvaguarda de su derecho a relacionarse con ambos progenitores y con la defensa también del derecho del progenitor a relacionarse con su hijo. La LO 9/2002, de 10 de diciembre, introdujo tres medidas tendentes a evitar la sustracción en caso de riesgo en el artículo 103 CC (medidas provisionales que cabe adoptar en los procesos matrimoniales de nulidad, separación y divorcio) y en el artículo 158 CC (relaciones paternofiliales y que pueden adoptarse en cualquier tipo de proceso):

- Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- Prohibición de expedición del pasaporte al menor o la retirada en su caso.
- Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio en el domicilio del menor.

El artículo 158 CC además deja la puerta abierta (*numerus apertus*) a la posibilidad de adoptar otro tipo de medidas tendentes a neutralizar el *periculum* de sustracción.

7.7. SUSTRACCIONES INTERNAS

Las sustracciones internas presentan una problemática jurídica mucho menor. Más allá de los problemas que puedan producirse de localización del menor, cabrá utilizar la vía civil, bien ejecutando la resolución sobre guarda y custodia por el órgano jurisdiccional civil que la dictó, bien promoviendo unas medidas provisionálísimas o medidas cautelares al amparo del artículo 158 CC y procediendo a su ejecución una vez dictadas.

Si existe una resolución sobre guarda y custodia, también podrá acudir a la vía penal en cuyo seno, además de la detención del sustractor, cabrá igualmente acordarse la entrega del menor al progenitor custodio al amparo del artículo 158 CC.

7.8. SUSTRACCIÓN DE MENORES CON TRASCENDENCIA PENAL: TRATAMIENTO

La sustracción parental de menores, tanto interna como internacional, está tipificada en el artículo 225 bis del Código Penal. La sustracción internacional de menores se constituye como subtipo agravado de la sustracción de menores.

El apartado primero del artículo 225 bis dispone que «el progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años».

El apartado segundo de este precepto da un concepto legal de la sustracción, considerando como tal:

«1.º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa».

En el apartado tercero se recoge el subtipo agravado de sustracción internacional: «cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior».

