

EL DERECHO DE LOS MENORES A RECIBIR PROTECCIÓN: EL PAPEL DE LA FAMILIA Y DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. LA ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN SITUACIONES DE RIESGO, DIFICULTAD SOCIAL Y DESAMPARO DE LOS MENORES

Ángeles DE PALMA DEL TESO*

Resumen

En nuestro sistema jurídico la familia constituye el núcleo básico para la protección de los niños y adolescentes. Sin embargo, las Administraciones públicas no son ajenas a estas tareas privadas. Las Administraciones deben colaborar con las familias en el cumplimiento de los deberes legales que tienen encomendados respecto a los hijos menores; asimismo, han de velar porque las familias cumplan debidamente sus funciones de protección y, en última instancia, deberán intervenir cuando detecten alguna situación de desprotección de los menores. El alcance de la intervención de las Administraciones públicas en la vida familiar viene determinado por la intensidad de la desprotección. Por ello, en nuestro sistema jurídico se distingue entre situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores. La intervención de las Administraciones en el derecho a la vida familiar debe tener un carácter gradual y flexible. Así, en aquellos casos que fuera necesaria la separación del menor de su familia, la Administración deberá disponer las medidas oportunas para la reintegración familiar, claro está siempre que resulte lo más conveniente para el interés superior del concreto menor.

Palabras clave

Ley, familia, padres, Administración Pública, menores, interés superior del menor, protección de menores, derechos de los menores.

Key Words

Law, family, parents, Public Administration, children, best interests of the child, child care, child rights system.

* Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona. Dirección de correo: depalma@ub.edu.

SUMARIO: I. El papel de la familia y de las Administraciones Públicas en la atención y protección de los menores; 1. La familia como núcleo básico para la atención y desarrollo del menor. El derecho a la vida familiar; 2. Los principios jurídicos de actuación de las Administraciones Públicas en materia de protección de menores derivados del derecho a la vida familiar; II. La actuación de las Administraciones Públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores; 1. El derecho de los menores a recibir protección y asistencia de las Administraciones Públicas de forma subsidiaria a la familia; 2. La protección por las Administraciones Públicas de los menores en situación de riesgo; 3. La protección por las Administraciones Públicas de los menores en situación de dificultad social; 4. La protección por las Administraciones Públicas de los menores desamparados. La tutela administrativa: A) La situación de desamparo de los menores; B) La autoridad competente para declarar la situación de desamparo de los menores; C) El procedimiento administrativo para determinar la situación de desamparo de los menores. La adopción de medidas cautelares antes de iniciarse el procedimiento. Fases del procedimiento y formas de terminación; D) Efectos de la resolución que declara la situación de desamparo: la tutela administrativa de los menores desamparados y la suspensión de la patria potestad; E) La delimitación entre las figuras de la tutela administrativa de los menores desamparados y la guarda administrativa.

I. EL PAPEL DE LA FAMILIA Y LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA ATENCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS MENORES

La aprobación de la Constitución de 1978 determinó un nuevo marco jurídico de protección de la infancia; delimitado por el derecho fundamental a la igualdad (art. 14), la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección de la familia y, en particular, la protección integral de los hijos (art. 39.1 y 2) y el reconocimiento a los menores de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4).

El artículo 39 de la Constitución (en adelante CE) dispone lo que sigue:

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

El texto constitucional acoge un sistema de protección de menores que podríamos calificar de mixto, en la medida que se basa en la colaboración entre el ámbito público y el privado, las responsabilidades se comparten entre la familia y las Administraciones Públicas. El citado artículo 39 atribuye, tanto a los padres como a los poderes públicos, la responsabilidad de prestar asistencia y protección a los menores.

Los padres tienen la obligación legal de brindar asistencia de todo orden a sus hijos menores en el seno de la familia. Este mandato se concreta en los deberes y facultades inherentes a la patria potestad: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, y representarlos y administrar sus bienes.

Por su parte, las Administraciones públicas deben garantizar a los menores el disfrute de sus derechos y, para ello, deben garantizar la asistencia y protección necesaria, tanto los aspectos personales como sociales, en los ámbitos de la familia, la salud, la educación, la justicia, la cultura, el consumo o el ocio. A tal efecto, deberán actuar a través del sistema sanitario, educativo o de servicios sociales de responsabilidad pública.

La familia es la primera y directamente responsable de la guarda del menor, de su crianza y formación. Los menores deberían crecer, siempre que sea posible, al amparo y bajo la responsabilidad de los padres. Sin embargo, las Administraciones Públicas no son ajenas a esta tarea privada. En consideración a las esenciales funciones legales atribuidas a la familia respecto a los menores, la propia Constitución encomienda a los poderes públicos el deber de colaborar y asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1). Además, las Administraciones están, asimismo, obligadas a velar porque los padres u otros responsables del menor cumplan debidamente sus funciones de guarda. Así, cuando las Administraciones detectan que un menor, en el seno de la familia, padece una situación de falta de atención o protección, deberían intervenir y garantizar al menor la asistencia necesaria.

El citado artículo 39.4 de la CE garantiza a los menores la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Pues bien, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 (en adelante CDN), dispone en su artículo 19.1 que: «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicios o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo». Y el artículo 9.1 establece que «Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño».

Por tanto, las Administraciones Públicas deberán actuar *de forma subsidiaria* siempre que los padres no cumplan de forma adecuada sus obligaciones legales y los menores no tengan debidamente garantizada su protección y el disfrute de sus derechos; en definitiva, su pleno desarrollo como personas.

1. LA FAMILIA COMO NÚCLEO BÁSICO PARA LA ATENCIÓN Y DESARROLLO DEL MENOR. EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR

En nuestro sistema jurídico la familia constituye el núcleo básico para la asistencia y formación de los menores. La importancia de la familia explica el recono-

cimiento al más alto rango normativo del derecho a la vida familiar. En efecto, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en adelante CEDH), proclama en su artículo 8 el derecho al respeto a la vida familiar: «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar... no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática sea necesaria para... la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás». El derecho a la vida familiar goza de una especial protección, ya que la violación del mismo, una vez agotada la vía judicial interna, permite demandar al Estado (por la actuación de las Administraciones Públicas) ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (también conocido como Tribunal de Estrasburgo).

Asimismo, la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas encomienda a los Estados velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando tal separación sea necesaria para el interés superior del menor (art. 9.1).

Por otra parte, nuestra Constitución contempla el derecho a la vida familiar, no sólo en el artículo 39, sino también quedaría comprendido en el derecho fundamental a la intimidad familiar que reconoce el artículo 18.1 de la Constitución. Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que «la noción de vida privada» podrá, en determinadas circunstancias, abarcar la integridad física y moral (TEDH de 16 de mayo 2002, caso D.G. contra Irlanda, Ap. 105), por lo que la vulneración del derecho a la vida privada y familiar podría implicar, asimismo, la violación del derecho fundamental a la integridad física y moral reconocido en el artículo 15 de nuestra Constitución (STC 221/2002, de 25 de noviembre).

Los padres son los que en primer término tienen la obligación legal de prestar asistencia y protección a los hijos menores (art. 39.3 CE). Por su parte, los poderes públicos quedan obligados a colaborar y prestar apoyo a las familias en el cumplimiento de estas esenciales funciones (art. 39.1 CE). Las Administraciones Públicas deben velar porque la familia cumpla sus deberes de asistencia a los hijos menores y, en su caso, intervendrán cuando se constate que los responsables legales incumplen o no cumplen debidamente sus obligaciones legales de protección. Por otra parte, en el supuesto de que las Administraciones se vieran en la necesidad de adoptar medidas que impliquen la separación del menor de su familia, deberán evitar una ruptura del vínculo familiar, siempre que el interés del menor así lo aconseje, estableciendo un adecuado régimen de relaciones familiares y planes o programas de reintegración familiar.

Las instituciones jurídico-privadas a través de las cuales la familia cumple sus obligaciones legales respecto a los menores son, fundamentalmente, la patria potestad y la tutela ordinaria o civil. La potestad de los padres comprende los siguientes deberes y facultades de contenido personal respecto a los hijos menores: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (art. 154 CC). Estas mismas obligaciones se imponen a los tutores civiles respecto a los menores bajo su tutela (art. 269 CC).

2. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DE ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES DERIVADOS DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR

De la fuerza jurídica del derecho a la vida familiar reconocido, como se ha visto, al más alto rango normativo, derivan un conjunto de principios de actuación a los poderes públicos en esta materia: el principio de prevención, los principios de integración y reintegración familiar y el carácter progresivo y flexible de la actuación administrativa. La legislación sobre protección pública de menores, estatal y autonómica, proclama o contempla, de forma más o menos explícita, estos principios.

Los principios de prevención, integración y reintegración familiar derivan del derecho a la vida familiar reconocido, en nuestro ordenamiento jurídico, tanto a los menores como a los padres.

La Ley estatal 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, proclama expresamente, como principios de actuación de los poderes públicos, los de mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, salvo que no sea conveniente para su interés y el de integración familiar (art. 11.2 *b*) y *c*). Asimismo, esta Ley, con la intención declarada –en la Exposición de motivos– de crear un marco jurídico de protección que vincule a todos los poderes públicos, procedió a distinguir entre situaciones de riesgo y desamparo de los menores, con el fin de imponer actuaciones de prevención y el carácter gradual de la actuación administrativa protectora. La situación de riesgo se distingue de la de desamparo porque en el primer caso las medidas de protección se adoptan en el propio entorno familiar, mientras la situación de desamparo exige adoptar medidas que implican la separación del menor de su familia. El derecho a la vida familiar impone el principio de prevención, que algunas leyes autonómicas proclaman expresamente, y obliga a las Administraciones a actuar preferentemente en el propio entorno socio-familiar del menor, con el fin de prevenir situaciones de grave desprotección que pudieran hacer necesario adoptar medidas que impliquen la separación de la familia.

Asimismo, el Código Civil y el conjunto de leyes autonómicas sobre protección de menores proclaman el principio de reintegración familiar. El artículo 172.4 del Código Civil establece que, siempre que resulte lo más conveniente para el interés del menor, se procurará la reinserción en su propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona. En la legislación autonómica se han establecido mecanismos para hacer efectivo este principio en el caso de menores tutelados por la Administración, como la elaboración de planes de reintegración familiar y el establecimiento de un régimen de relaciones personales con la familia.

Por otra parte, la actuación de las Administraciones Públicas deberá tener un carácter flexible, lo que supone que el conjunto de medidas de protección adoptadas deberán ser revisadas periódicamente para adaptarlas en todo momento a la cambiante situación del menor y su familia. Así, situaciones inicialmente declaradas de riesgo pueden pasar a ser calificadas de desamparo y viceversa; también pueden ser modificadas las concretas medidas de protección adoptadas frente a cualquiera de las referidas situaciones o el régimen de relaciones personales establecido con el fin de adecuarlo a las nuevas circunstancias.

Además, la adopción de medidas de protección del menor que supongan su separación de la familia –acogimiento familiar o residencial– deberán tener, de forma general, carácter temporal. La Administración Pública que asume la tutela del menor declarado en desamparo ha de disponer, desde el primer momento, las medidas necesarias para hacer posible el retorno con su familia; claro está, siempre que así resulte conveniente para su interés superior.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia de 26 de febrero de 2002, caso *Kutner* contra Alemania, ha proclamado que «la decisión de las autoridades de tomar un menor a su cargo debe ser adoptada en principio como una medida *temporal*, a anular en cuanto las circunstancias se presten a ello, y todo acto de ejecución debe estar de acuerdo con un *fin último: unir de nuevo a los padres biológicos con el niño* (véase la STEDH de 24 de marzo de 1988, caso *Olsson* contra Suecia (TEDH 1988\2). Las autoridades tienen la *obligación positiva* de tomar *medidas para facilitar la reunión de la familia* en cuanto sea verdaderamente posible, desde el inicio del período en que toman el menor a su cargo y cada vez con más fuerza, lo que debe siempre estar en equilibrio con el deber de considerar el interés superior del menor (véase STEDH de 12 de julio de 2001, caso K. y T. contra Finlandia, TEDH 2001\467; STEDH de 10 de mayo de 2001, asunto T.P. y K.M. contra Reino Unido, TEDH 2001\331). Por otra parte, el Tribunal también ha declarado que el derecho a la vida familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio «*garantiza a los padres biológicos el derecho a medidas apropiadas al retorno de sus hijos y obliga a las autoridades nacionales a adoptarlas...* la reunión de padres biológicos con hijos que viven desde hace tiempo con una familia de acogida no puede llevarse a cabo sin ciertos *preparativos*. Su naturaleza y alcance dependerá de las circunstancias del caso» (STEDH de 22 de noviembre de 1992, asunto *Olsson II* contra Suecia, Ap. 90, TEDH 1992\74).

Además, el propio Tribunal de Estrasburgo ha declarado que aunque las autoridades gozan de cierto margen para valorar la necesidad de poner a los menores bajo su guarda legal «hay que mantener un estricto control respecto a cualquier limitación posterior, como las limitaciones de las autoridades a los derechos de visita de los padres». Y añade que «lo mínimo que se puede esperar de las autoridades es que se examine de nuevo la situación de vez en cuando para ver si ha habido mejoras en la situación de la familia. Las posibilidades de reunificación familiar disminuirán progresivamente y al final no existirán si no se permite encontrarse a los padres biológicos y a sus hijos, o solamente en tan pocas ocasiones que no es probable que se produzcan entre ellos los vínculos naturales [STEDH de 14 de enero de 2003, asunto K.A. contra Finlandia, Ap. 139 (JUR 2003\50027)].

Por ello, es fundamental que las medidas de protección acordadas por las Administraciones en el marco de la tutela administrativa de los menores declarados en situación de desamparo vayan acompañados de planes de reintegración familiar y un adecuado régimen de visitas con la familia. Las relaciones personales son fundamentales para mantener el vínculo entre el menor y su familia y favorecer la reintegración familiar.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el derecho de visitas forma parte del derecho a la vida familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas de 1950. El propio Tribunal ha advertido del «riesgo elevado de que una interrupción prolongada de contacto entre padres e hijos o de que unos encuentros dema-

siado espaciados en el tiempo comprometan cualquier posibilidad seria de ayudar a los interesados a superar las dificultades surgidas en la vida familiar. El Tribunal recuerda que «los vínculos entre los miembros de una familia y las posibilidades de lograr la reagrupación se ven debilitados por la fuerza de las cosas si se ponen obstáculos que impiden los encuentros fáciles y regulares» (STEDH de 9 de mayo de 2003, asunto *Covezzi y Morselli* contra Italia, Aps. 118 y 126 (TEDH 2003\24) y STEDH de 13 de julio de 2000, asunto *Scozzari y Giunta* contra Italia, Aps. 177 y ss. (TEDH 2000\391).

Por otra parte, el principio de integración familiar supone que cuando fuera conveniente adoptar medidas de protección que impliquen la separación del menor de su familia, tendrá carácter preferente el acogimiento familiar respecto al residencial. Y la acogida en familia extensa respecto la acogida en familia ajena. La familia se configura en nuestro Ordenamiento como el ámbito más idóneo para la asistencia, formación y socialización del menor.

Por ello, la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, establece que «cuando la entidad pública acuerde la acogida residencial de un menor, teniendo en cuenta que es necesario que tenga una experiencia de vida familiar, principalmente en la primera infancia, procurará que el menor permanezca internado durante el menor tiempo posible, salvo que convenga al interés del menor» (art. 21.1). En el mismo sentido, se pronuncian las leyes autonómicas de protección de menores. El acogimiento institucional o residencial tiene carácter subsidiario respecto al acogimiento familiar. La medida de acogida institucional sólo se acordará en aquellos casos que así resulte lo más conveniente para el interés del concreto menor y durante el tiempo imprescindible. Además, será preferible el acogimiento en centros pequeños, ya que el modelo de relaciones personales de la organización será más próximo al propio de una familia.

II. LA ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN SITUACIONES DE RIESGO, DIFICULTAD SOCIAL Y DESAMPARO DE LOS MENORES

1. EL DERECHO DE LOS MENORES A RECIBIR PROTECCIÓN Y ASISTENCIA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE FORMA SUBSIDIARIA A LA FAMILIA

Los menores tienen reconocido en nuestro Ordenamiento los derechos que corresponden a toda persona por el hecho de serlo y, además, aquellos derechos dirigidos a brindarles una especial protección en su calidad de personas en desarrollo y, por tanto, con cierta dependencia de padres o tutores. Por ello, con el fin de garantizar a los menores el goce de todos sus derechos, el Ordenamiento les reconoce el derecho a recibir la protección y formación necesaria para el pleno desarrollo de su personalidad. La obligación de hacer efectivo este derecho, como se ha visto, recae en primer término sobre los padres o tutores (art. 39.3 CE). Por su parte, tal como se ha apuntado, las Administraciones deben colaborar con las familias y velar porque cumplan debidamente con sus obligaciones respecto a los hijos menores

(art. 39.1 CE). En el caso de que las familias no cumplan de forma adecuada o incumplan sus obligaciones de protección deberán intervenir las Administraciones públicas. Las Administraciones Públicas actuarán de forma subsidiaria al efecto de garantizar a los menores su derecho a recibir asistencia y protección.

La Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989, establece en su artículo 3.2 que «los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables del mismo ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas». Asimismo, la propia Convención dispone en su artículo 20.1 que «los niños temporal o permanente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado». Pues bien, como se ha dicho anteriormente, la propia Constitución garantiza a los menores la protección prevista en esta Convención (art. 39.4 CE).

Así, como no podía ser de otro modo, tanto la legislación estatal como autonómica sobre protección de menores han reconocido el derecho de los menores a recibir protección de las Administraciones Públicas. La Ley estatal 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, proclama expresamente el derecho de los menores a recibir de las Administraciones públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos y que se garantice su respeto (art. 10.1). Además, la referida Ley establece que para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente y los recursos sociales disponibles de las Administraciones Públicas [art. 10.2 a) y d)].

En la legislación de protección de menores se han contemplado distintas situaciones de desprotección, en función de la gravedad de la misma, que obligan a las Administraciones competentes a adoptar las medidas necesarias. Asimismo, se han previsto las instituciones jurídico-públicas a través de las cuales deben actuar las Administraciones para garantizar a los menores el derecho a recibir asistencia y protección y el pleno desarrollo de su personalidad (en especial, la tutela de los menores desamparados, la guarda administrativa y las medidas de protección previstas en ejercicio de las mismas).

Así, de la legislación estatal y autonómica sobre la materia resulta que las situaciones de desprotección en que se pueden encontrar los menores son riesgo, desamparo y dificultad social, sin perjuicio de que buena parte de las leyes autonómicas contemplan, asimismo, medidas de prevención dirigidas, precisamente, a evitar que los menores se encuentren en una situación de desprotección. Pues bien, a continuación se analizan cada una de las referidas situaciones y las medidas que deben adoptar las Administraciones para garantizar a los menores el derecho a la asistencia y protección.

2. LA PROTECCIÓN POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE LOS MENORES EN SITUACIÓN DE RIESGO

Los menores padecen una situación de riesgo cuando su bienestar y desarrollo personal o social se ve perjudicado por cualquier circunstancia personal, social y/o

familiar y, para su protección efectiva, la Administración competente debe adoptar medidas de protección que no hacen necesaria su separación del núcleo familiar; así resulta del examen de la legislación estatal y autonómica en materia de protección de menores.

La situación de riesgo se incorpora a nuestro Ordenamiento jurídico ante la necesidad de interpretar de forma restrictiva el desamparo, ya que esta última situación de desprotección comporta la asunción de la tutela del menor por la Administración y la adopción de medidas que implican su separación de la familia y, por tanto, inciden de forma directa y grave en el derecho a la vida familiar. La situación de riesgo y las medidas de protección en este ámbito se dirigen precisamente a prevenir y evitar situaciones de desamparo de los menores.

La institución de la tutela administrativa de los menores desamparados había sido incorporada a nuestro Ordenamiento en la reforma del Código Civil de 1987. La aplicación de esta institución puso de relieve la necesidad de actuar de forma previa, precisamente con el fin de evitar las consecuencias jurídicas que comportaba la declaración de desamparo y la asunción de la tutela por la Administración. Los jueces y tribunales proclamaron, de forma reiterada, la necesidad de interpretar de forma restrictiva el concepto de desamparo. Algunos legisladores autonómicos se hicieron eco de esta doctrina jurisprudencial y, al dictar leyes en materia de protección de menores, incorporaron la distinción entre situaciones de riesgo y desamparo. Este fue el caso de las leyes dictadas en 1995 por los Parlamentos de las Comunidades de Asturias, Madrid y Murcia.

Por su parte, el legislador estatal de nuevo buscó garantizar que la regulación de la protección de menores tuviera cierta uniformidad en el conjunto del Estado y, por ello, también acoge la distinción entre situaciones de riesgo y desamparo en la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (en adelante LPJM). El artículo 12 de la Ley prevé, como una de las formas de intervención pública para brindar protección a los menores, «la prevención y reparación de situaciones de riesgo». Por su parte, el artículo 17 dispone que «*en situaciones de riesgo* de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientarán disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia. *Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia*» (1).

En la Exposición de motivos de la referida Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, se afirma lo que sigue: «de innovadora se puede calificar la distinción, dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre situaciones de riesgo y de desamparo que dan lugar a un grado distinto de intervención de la entidad pública. Mientras en las situaciones de riesgo, caracterizadas por la existencia de perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para

(1) Debe advertirse que estos preceptos tienen carácter supletorio de los que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social, tal como dispone la disposición final 21.ª de la propia Ley.

justificar su separación del núcleo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo; en las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, aquélla se concreta en la asunción por la entidad pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria».

En cualquier caso, los referidos preceptos de la LPJM tuvieron la virtualidad deseada ya que, con posterioridad, el conjunto de legislaciones autonómicas ha contemplado expresamente la delimitación entre situaciones de riesgo y desamparo, acogiendo los criterios que la misma establece. La situación de riesgo comporta la adopción de medidas de protección en el propio entorno socio-familiar. En cambio, la declaración de desamparo, y la consiguiente asunción de la tutela por la Administración, supone adoptar medidas que implican la separación del menor de su familia.

Así, entre las medidas de protección que las diversas normas contemplan para hacer frente a las situaciones de riesgo de los menores se encuentran: la asistencia acompañada del menor a centros educativos; la ayuda a domicilio dirigida a favorecer la atención del menor y hacer posible su permanencia en la familia; la atención en centros de día, fuera del horario escolar; la intervención psico-terapéutica; programas educativos o, en definitiva, cualquier otra medida que permita neutralizar o minimizar los factores de riesgo en el propio entorno socio-familiar.

Ahora bien, si las medidas de atención y protección adoptadas frente a situaciones de riesgo de los menores no tuvieran la virtualidad deseada o los padres no colaboran en el tratamiento y neutralización de los factores de riesgo, la Administración podría tramitar el procedimiento para declarar el desamparo del menor. Una vez declarada la situación de desamparo del menor y asumida su tutela por la Administración, se adoptarían medidas de protección que comportan la separación de la familia.

3. LA PROTECCIÓN POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE LOS MENORES EN SITUACIÓN DE DIFICULTAD SOCIAL

Los menores en dificultad social serían aquellos que por su situación de grave inadaptación pudieran encontrarse en riesgo de causarse perjuicios a sí mismos o a terceros. En realidad, las leyes autonómicas que contemplan esta situación de desprotección utilizan expresiones diversas: menores en conflicto social, con conductas de alto riesgo social, con problemas de conducta o conductas inadaptadas. Sin embargo, teniendo en cuenta esta diversidad de denominaciones, en este trabajo se ha considerado preferible calificar esta situación de desprotección como «dificultad social», al efecto de enmarcarla con toda claridad en el ámbito protector y distanciarse de las medidas de reforma por la comisión de ilícitos penales propias de la justicia juvenil.

La particular situación de desprotección que padecen estos menores comportó, en la etapa preconstitucional, un peligroso entrelazamiento o confusión entre las medidas de reforma y de protección, entre la infancia en peligro y la que se denominaba infancia peligrosa. Pues bien, este es un riesgo que todos los poderes públi-

cos y los sujetos privados deben evitar a toda costa. Sin embargo, como veremos, el examen de la legislación pone de relieve que en muchos casos todavía se entrelazan las actuaciones propias de la reforma con las de protección de menores.

La actuación protectora en situaciones de riesgo se dirige, como se ha visto, a evitar y prevenir el desamparo de los menores. En cambio, en relación a los menores en situación de dificultad social, la acción administrativa protectora tiene por objeto detectar, prevenir y neutralizar situaciones de inadaptación, marginación o exclusión social. Las Administraciones deben adoptar las medidas de protección que permitan garantizar a estos menores el pleno desarrollo de su personalidad y evitar que puedan adentrarse en el mundo de la delincuencia juvenil. Por ello, es fundamental que las Administraciones desarrollen frente a estas situaciones de desprotección una intensa actuación preventiva y protectora.

Sin embargo, lo cierto es que nos encontramos ante la situación de desprotección de menores regulada de forma más desigual por las distintas normas autonómicas. Así, en algunos casos, el legislador autonómico –a mi juicio de forma totalmente indebida– caracteriza los menores en situación de conflicto social incorporando a este ámbito aquéllos a los que se aplican medidas de reforma en el marco de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal (2). En nuestros días todavía se siguen confundiendo o entrelazando las medidas administrativas de protección con las adoptadas en el ámbito de la reforma o justicia juvenil. Es más, en alguna Comunidad Autónoma incluso se prevé aplicar a los menores en situación de dificultad social la medida de ingreso en un centro de reeducación destinado a los menores a los que se aplican medidas judiciales de reforma (3).

En definitiva, las referidas situaciones explican algunas reticencias de los profesionales en la protección de la infancia a que el legislador regule de forma específica esta situación de desprotección. Algunas de las situaciones de la etapa preconstitucional todavía persisten. En ciertos casos, la propia Administración pública que debe velar por la protección de estos menores les brinda un trato más propio de la justicia juvenil de reforma; estas situaciones deben ser corregidas y contemplar para estos menores las debidas medidas de protección.

Por otra parte, por lo que se refiere al ámbito subjetivo de actuación –los menores que podrían encontrarse en dificultad social– tampoco ha sido regulado con el mismo alcance. Así, algunas leyes se refieren exclusivamente a los adolescentes o menores que hubieran cumplido doce años (Asturias, Madrid, País Vasco (en esta última Comunidad, a partir de los 13 años)). En cambio, de forma más amplia, otras leyes contemplan los menores en general (Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Cataluña, Galicia, Navarra, La Rioja y Valencia).

(2) La Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia, establece en su artículo 78, bajo el título *Menores en conflicto social*, que «se consideran menores en conflicto social, a los efectos de la presente ley, aquellos niños y adolescentes que pudiesen encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismos o a otros, así como aquellos a los que les fuera aplicable la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

(3) Así sucede en Galicia, según resulta del artículo 40 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia; y del artículo 14 del Decreto del Gobierno de Galicia 329/2005, de 28 de julio, por el que se regulan los centros de menores y los centros de atención a la infancia.

Asimismo, existen diferencias en cuanto a la forma en que las distintas leyes caracterizan la situación que desprotección que padecen estos menores. En unos casos se pone el acento en la *conducta* antisocial del menor y, en otros, se incide en la *situación* de inadaptación que padece. Así, algunas leyes hablan de menores en situación de conflicto social como aquellos cuya *conducta* altera de manera grave las pautas de convivencia y comportamiento social generalmente aceptadas, que provocan un riesgo evidente de causarse daños a ellos mismos o perjudicar a terceras personas (Madrid y Valencia –en esta última Comunidad la norma se refiere a los menores con conductas inadaptadas (4)–). En cambio, en otros casos se pone el acento en la *situación* de inadaptación que sufre el menor y que pudiera llevar a causarse perjuicios a sí mismos o a terceros (Andalucía, Castilla-La Mancha, Galicia, Navarra). En el caso de las Comunidades de Castilla y León y La Rioja, la norma habla de menores con graves problemas de socialización, inadaptación o desajuste social y contempla la existencia de centros específicos (5). Y en el País Vasco la norma se refiere a los adolescentes con problemas de conducta (6). En Cataluña, la reciente Ley ha enmarcado la situación de dificultad social entre las situaciones de riesgo y la caracteriza poniendo el acento en la «incapacidad o la imposibilidad» de los responsables de «controlar la conducta» del menor que provoca un peligro evidente de hacerse daño o de perjudicar a terceras personas (7). Por otra parte, en algún caso se contempla expresamente, entre los menores en situación de dificultad social, aquellos que han realizado una conducta tipificada como delito o falta y todavía no han cumplido los 14 años, edad a partir de la cual es posible exigirles responsabilidad penal por la vía de la justicia juvenil e imponerles judicialmente medidas de reforma (Castilla-La Mancha y Galicia).

En cuanto a la Administración competente para intervenir. La legislación de Galicia, Andalucía, Castilla-La Mancha y La Rioja atribuyen a la Administración autonómica la competencia para desarrollar las acciones de prevención e integración y la aplicación de las medidas de asistencia y apoyo al menor en situación de dificultad social. En cambio, las Comunidades de Madrid y Cataluña atribuyen a los servicios sociales de atención primaria, prestados por las Administraciones locales, la adopción de medidas y el desarrollo de programas preventivos y educativos en relación a estos menores.

El ámbito de protección de los menores en situación de dificultad social es el que, como puede verse, se encuentra regulado de forma más desigual por las diversas normas autonómicas. Por otra parte, en aquellas Comunidades Autónomas que se ha contemplado la intervención de la Administración para brindar protección a

(4) Artículo 57 de la Ley de Valencia 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia.

(5) Ley de Castilla y León 14/2002, de 29 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia (art. 96.6 y 7) y el Decreto de desarrollo 37/2004, de 1 de abril, por el que se regulan los requisitos mínimos y específicos de autorización para la apertura y funcionamiento de los centros destinados a la atención de menores con medidas o actuaciones de protección (arts. 6 y 30). Y la Ley de La Rioja 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores (art. 91.3).

(6) Decreto del Gobierno Vasco 131/2008, de 8 de julio, por el que se regulan los recursos de acogimiento residencial para la infancia y la adolescencia en situación de desprotección social (art. 4.2.2).

(7) Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia [art. 102.2 g)].

estos menores, no siempre se está actuando y adoptando las necesarias medidas de asistencia y protección. Los recursos no siempre son los adecuados y, además, resultan claramente insuficientes. Ahora bien, lo más cuestionable es que, en algunos casos, la propia norma contempla la aplicación a estos menores de medidas propias de la reforma o justicia juvenil y, además, no siempre se prevén las necesarias garantías para su adopción.

En cualquier caso, no cabe duda que en nuestra sociedad son cada más los menores que padecen una situación de inadaptación o dificultad social, y que las Administraciones competentes tienen la obligación de brindarles la necesaria protección a través de las medidas y recursos adecuados y garantizarles su pleno desarrollo como personas.

En primer lugar, las Administraciones competentes deberían elaborar y aplicar programas dirigidos a prevenir y detectar las situaciones de dificultad social, marginación, inadaptación o exclusión social que puedan padecer los menores. Una vez detectada alguna de estas situaciones, se debería proceder a su valoración, con el fin de diseñar el plan de actuación o intervención que permita eliminar o neutralizar los factores que han conducido a la misma. La actuación de las Administraciones debería tener como finalidad primordial la prevención de este tipo de situaciones y la aplicación de medidas en el propio entorno socio-familiar del menor (así lo prevé expresamente la legislación de Andalucía, Castilla-La Mancha, Cataluña, Galicia, Madrid, Navarra y Valencia). Sin embargo, la realidad parece poner de relieve que no siempre se actúa con la intensidad y eficacia deseable en el ámbito de la prevención.

Las medidas de carácter preventivo y de apoyo que algunas normas autonómicas contemplan son, entre otras: la atención especializada socioeducativa o terapéutica; el asesoramiento educativo; programas de socialización complementarios a la escuela; la formación ocupacional de carácter prelaboral o ayuda profesional dirigida a facilitar al menor los medios que permitan su inserción en el mundo laboral; la atención en centros abiertos, talleres u otros servicios; la atención en el propio entorno socio-familiar; el seguimiento de los menores desinternados tras cumplir una medida penal con soporte socio-pedagógico. En aquellos casos en que se ha incorporado al ámbito de los menores en dificultad social, la atención y protección de los menores que no habiendo alcanzado la edad requerida para exigirles responsabilidad penal (14 años) han cometido ilícitos penales, se contempla como medida extrajudicial, la conciliación, la mediación y la reparación del daño. Además, en general, se prevé la aplicación simultánea de diversas medidas.

Asimismo, algunas normas autonómicas prevén que la atención socioeducativa o terapéutica puedan comportar el ingreso del menor en un centro especializado (Castilla-La Mancha, Navarra). En el caso de Navarra, la Ley señala expresamente que la medida de ingreso del menor en un centro sólo se adoptará cuando hayan fracasado otras medidas aplicadas en el entorno socio-familiar (8).

En algunas normas autonómicas también se contempla que cuando la Administración hubiera asumido la tutela o la guarda administrativa de menores que se encuentren en situación de dificultad social pueda adoptar como medida de protec-

(8) Ley foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia [art. 84.1 c)].

ción su acogimiento en un centro especializado o de atención terapéutica(9) (Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, País Vasco, La Rioja o Valencia). En algunas Comunidades se prevé, incluso, que cuando no se cuente con este tipo de centros o no existan plazas, el menor pueda ser ingresado en un centro especializado en el territorio de otra Comunidad.

Aunque de forma excepcional, también se contempla, en ejercicio de la tutela o guarda administrativa de menores que se encuentren en situación de dificultad social, adoptar la medida del acogimiento familiar; en estos casos se prevé una especial colaboración con las familias acogedoras(10) (Aragón, Castilla y León)

El caso de Galicia y Asturias es del todo cuestionable(11). En Galicia, la legislación prevé el ingreso de los menores en situación de conflicto social en centros de reeducación en los que también se aplican medidas de reforma en ejecución de resoluciones judiciales adoptadas en el marco de la Ley orgánica de responsabilidad penal; así, se contempla el ingreso de estos menores, que no han cometido ilícitos penales, en centros en régimen de internamiento. Asimismo, en Asturias se prevé el ingreso de los menores en situación de dificultad social en centros con unidades de alojamiento en las que pueden ver restringida su libertad personal. En ambos casos, la norma que contempla estas medidas omite la necesidad de requerir autorización judicial para su adopción. Por otra parte, nos hemos de cuestionar la legalidad de estas normas, que prevén aplicar a estos menores medidas que implican una restricción de su libertad personal, dado que afectan a un derecho fundamental (art. 15 CE) y, por tanto, estamos ante una materia que debería ser regulada por Ley orgánica.

En cambio, en Castilla y León también se prevé la restricción de libertad personal en los denominados centros de educación especial, pero se contempla la necesidad de autorización judicial, conforme a lo establecido en el artículo 271.1 del Código Civil (CC)(12). El artículo 271.1 del Código Civil establece que el

(9) El Defensor del Pueblo, en el Informe sobre centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social (año 2009), ha criticado la atención prestada a estos menores en algunos de estos centros y la falta de garantías en la adopción de ciertas medidas. Así, se afirma que no se encuentran delimitadas ni legal ni administrativamente las razones por las que un menor con problemas de conducta requiere un cierto tipo de atención, ni tampoco el procedimiento por el que se decide su ingreso en un establecimiento concreto, ni los criterios que aconsejan que sea precisamente ese centro y no otro, el más adecuado a sus necesidades. Del informe del Defensor del Pueblo resulta que en algunos centros se atiende a menores cuyas características y perfiles son distintos, conviven menores con trastornos conductuales, junto con niños con graves problemas psiquiátricos; en otros casos, menores que han acometido actos ilícitos y a los que, por ser menores de 14 años, no pueden aplicárseles los procedimientos de la justicia juvenil y menores que cumplen medidas de reforma pero que, además, precisan de un tratamiento terapéutico. En el Informe se crítica, asimismo, la utilización de salas de aislamiento, la administración de medicamentos o las medidas de contención.

(10) Este es el caso de la Ley de Aragón 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia (art. 75); el Decreto del Gobierno de Castilla y León 37/2006, de 25 de mayo, que regula los acogimientos familiares de menores en situación de riesgo o desamparo (arts. 9.4, 14, 15 o 43).

(11) Ley gallega 3/1997, de 9 de julio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia (art. 40) y Decreto de desarrollo 329/2005, de 28 de julio, por el que se regulan los centros de menores y los centros de atención a la infancia (art. 14). En Asturias, el Decreto 48/2003, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de régimen interior de centros de alojamiento de menores (arts. 9 a 13).

(12) Decreto de Castilla y León 37/2004, de 1 de abril, por el que se regulan los requisitos mínimos y específicos de autorización para la apertura y funcionamiento de los centros destinados a la atención de menores con medidas o actuaciones de protección [(art. 6.i)].

tutor necesita autorización judicial para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. Asimismo, en Castilla-La Mancha parece contemplarse la necesidad de autorización judicial para ingresar a los menores en situación de dificultad social en un centro especializado (13).

Por otra parte, teniendo en cuenta las especiales necesidades de asistencia y protección de estos menores, deberán establecerse mecanismos de colaboración y coordinación entre los diferentes sistemas de la red de servicios públicos. Así, por ejemplo, la normativa del País Vasco, prevé que pueda establecerse el acogimiento residencial de los menores bajo la tutela o guarda de la Administración en centros no destinados específicamente a su protección, sino en recursos especializados existentes en las redes respectivas, en los que puedan recibir la atención especializada que necesitan en situaciones como la grave dificultad de inclusión (14). Asimismo, en el caso de la Comunidad Valenciana, se prevé el ingreso del menor en centros especializados de las redes respectivas públicas de educación, sanidad o drogodependencias (15).

En este ámbito de protección, teniendo en cuenta las circunstancias especiales de los menores, para la eficacia de las medidas de protección resulta de gran importancia contar con el compromiso y participación voluntaria del propio menor y de su familia. Así, la Ley de la Comunidad de Madrid dispone que, en la adopción de las medidas de protección en este ámbito, se procurará contar con la voluntad favorable del menor y de sus padres o responsables legales. Además, en algunas Leyes se prevé que, en caso no contar con el consentimiento de los padres, deberá solicitarse autorización judicial (Castilla-La Mancha o Navarra). En otras Comunidades Autónomas, las normas no contemplan expresamente la necesidad de recabar el consentimiento del menor o sus padres, ni la necesidad de autorización judicial.

En cualquier caso, la falta de colaboración de los padres u otros responsables del menor con los servicios sociales pondrá de manifiesto la falta o indebido cumplimiento de sus deberes legales de protección, lo que podría llevar a la Administración a declarar el desamparo del menor y asumir su tutela. Así, en ejercicio de la tutela administrativa, la propia Administración podría adoptar las medidas que considere más conveniente para el interés del menor; no obstante, si la medida concreta implicara una restricción de libertad sería necesaria la autorización judicial.

En relación a los menores en situación de dificultad social, con trastornos de comportamiento o conductas antisociales, se ha planeado si los recursos de protección y, en concreto, el ingreso en centros especializados es una medida que puede ser aplicada en caso de no encontrarse bajo la tutela o guarda administrativa. En algún caso, la Administración autonómica ha negado que estos recursos puedan alcanzar a estos menores y ha ofrecido a la familia la alternativa de la tutela administrativa como vía para acceder a los mismos. Es obvio que los padres que no desean hacer dejación de sus funciones y ver suspendida la patria potestad, no acepten que la Administración asuma la tutela de sus hijos. Por ello, en aquellos casos que las medidas en el entorno socio-familiar no tienen efectos, se plantea

(13) Ley de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor (art. 63).

(14) Decreto del Gobierno del País Vasco 131/2008, de 8 de julio, que regula los recursos de acogimiento residencial para la infancia y la adolescencia en situación de desprotección social (art. 2).

(15) Ley de la Comunidad Valenciana 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia (art. 11).

como vía para acceder a los centros de protección especializados, la atribución voluntaria a la Administración de la guarda del menor, que no supone la suspensión de la patria potestad.

El artículo 172.2 del CC establece que «cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario». Pues bien, en algún caso que la Administración había procedido ante una de estas situaciones a asumir la tutela del menor, la autoridad judicial ha señalado que, de forma general, no es procedente acudir a la declaración de desamparo y ha remitido a la constitución de la guarda administrativa [Auto de la Audiencia Provincial de Soria, de 7 de octubre de 1998 [(AC 1998\7899)].

4. LA PROTECCIÓN POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE LOS MENORES DESAMPARADOS. LA TUTELA ADMINISTRATIVA

A. La situación de desamparo de los menores

La situación de desamparo es definida por el artículo 172.1 del Código Civil como aquella «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».

A partir de esta definición legal, los Tribunales han elaborado un concepto jurídico de desamparo, caracterizado por la concurrencia de dos requisitos. Uno de carácter objetivo: el menor se encuentra en situación de hecho u objetiva de desprotección. El otro de carácter subjetivo: el incumplimiento o inadecuado cumplimiento por parte de los representantes legales de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores. Los Tribunales se han referido, asimismo, a la existencia de un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes y la situación de falta de desprotección del menor.

No obstante, esta elaboración dogmática del concepto de desamparo sería criticable, ya que no siempre responde a la realidad de la situación del menor. En materia de protección de menores, nuestra tradición conceptual debe dar paso a una visión sociológica. Así, existen casos en que a pesar de no concurrir el requisito objetivo el menor se encuentra en una efectiva situación de desamparo. Esto sucede, por ejemplo, cuando la situación de desprotección se manifiesta en el momento del nacimiento; en este caso el propio centro hospitalario da cuenta a la Administración y el menor no llega a estar en una situación de hecho de efectiva desprotección. Lo mismo sucede en el caso del menor al cuidado de un guardador de hecho; este guardador no tiene atribuida la representación legal del menor y, por tanto, no puede garantizarle plenamente el disfrute de sus derechos –por ello debe comunicar a la Administración protectora la situación de guarda–; sin embargo, el menor no sufre una efectiva situación de efectiva desprotección(16).

(16) En Cataluña, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, establece en su artículo 225-2, bajo el título *Obligación de comunicar la guarda*, que «el guardador de hecho que ha acogido transitoriamente a un menor que ha

Así, la aplicación del concepto partiendo de la existencia de los referidos requisitos no resulta en todo caso adecuada para determinar si un menor se encuentra en situación de desamparo. Por ello, es preferible examinar la efectiva situación del menor. En Cataluña, el concepto de desamparo se ha construido trascendiendo la exigencia de los referidos requisitos y se centra en considerar si «faltan al menor los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad»(17). Un elemento determinante para declarar el desamparo es si las medidas de protección que es necesario adoptar implican la separación del menor de sus padres o tutores.

En cualquier caso, teniendo en cuenta que la definición de desamparo que nos brinda el artículo 172 del Código Civil adolece de imprecisión, todas las leyes autonómicas dictadas en materia de protección de menores han precisado supuestos concretos que darían lugar a la declaración de desamparo por la Administración: la existencia de malos tratos físicos o psíquicos; los abusos sexuales; la inducción a la mendicidad; la delincuencia o prostitución; los trastornos graves de los padres que impidan el cumplimiento de sus deberes de desprotección u otras situaciones similares. En todo caso, las diversas situaciones tienen un denominador común: las condiciones que padece el menor impiden o dificultan gravemente su desarrollo físico, psíquico o social y, en definitiva, el pleno desarrollo de su personalidad, por lo que resulta necesario adoptar medidas de protección que implican la separación de sus padres o tutores.

B. La autoridad competente para declarar la situación de desamparo de los menores

La competencia para constatar si un menor padece una situación de desamparo la tiene atribuida la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, se haya encomendado las competencias de protección (art. 172.1 CC). El conjunto de legisladores autonómicos han atribuido a la respectiva Administración autonómica la competencia para constatar –a través del procedimiento legalmente establecido– y declarar, cuando sea pertinente, la situación de desamparo de los menores y asumir, por tanto, su tutela, con la consiguiente suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria(18).

La tutela administrativa de los menores desamparados se califica de automática precisamente porque se atribuye a la Administración pública por disposición de ley, esto es, sin necesidad de intervención judicial previa. El artículo 172 del Código Civil dispone que «La entidad pública a la que en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se

sido desamparado por las personas que tienen la obligación de cuidarlo debe comunicarlo a la entidad pública competente en materia de protección de menores o a la autoridad judicial en el plazo de setenta y dos horas desde el inicio de la guarda».

(17) Artículo 228.1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

(18) En un primer momento se había planteado si la autoridad judicial también podría proceder a declarar el desamparo de un menor. Sin embargo, el legislador estatal quiso zanjar esta cuestión al modificar la redacción del artículo 172 del Código Civil, mediante la Ley 1/1996, de 15 de enero. Así, el citado precepto se refiere expresamente a la «entidad pública» en clara alusión a las Administraciones públicas.

encuentra en situación de desamparo tiene *por ministerio de la Ley* la tutela del mismo».

En cambio, la Ley habilita a la autoridad judicial a atribuir a la Administración la guarda del menor. En efecto, el artículo 172.2 del Código Civil establece que «se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el juez en los casos en que legalmente proceda». La autoridad judicial podría constituir la guarda a favor de la Administración y ésta, en su caso, si constata que el menor se encuentra en situación de desamparo, realizará la oportuna declaración y asumirá su tutela. Por tanto, la guarda administrativa puede constituirse a solicitud de los propios padres o cuando lo acuerde la autoridad judicial (art. 172.2 CC).

C. El procedimiento administrativo para determinar la situación de desamparo de los menores. La adopción de medidas cautelares antes de iniciarse el procedimiento. Fases del procedimiento y formas de terminación

La Administración, en la medida que actúa como poder público, debe dictar la resolución administrativa en la que, en su caso, declara la situación de desamparo del menor a través del procedimiento legalmente establecido. En el supuesto de que, tras las comprobaciones iniciales, la Administración considere que el menor pudiera encontrarse en situación de desamparo, deberá incoar y tramitar el oportuno procedimiento administrativo para conocer la efectiva situación del menor.

La Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas dispone en su artículo 9.1 que cuando los Estados determinen que el interés superior del menor requiere su separación de los padres, actuarán de «conformidad con la ley y *los procedimientos aplicables*». La propia Convención establece una reserva de procedimiento para la adopción de medidas que impliquen la separación del menor de sus padres, como sucede cuando la Administración asume la tutela de los menores declarados en situación de desamparo.

No obstante, cuando la urgencia del caso así lo requiera, la Ley podrá habilitar a la Administración para adoptar medidas cautelares urgentes que le permitan establecer medidas de atención inmediata, incluso antes de iniciarse el procedimiento. A continuación se tramitaría el procedimiento que, en su caso, podrá finalizar con la declaración de desamparo y la consiguiente asunción de la tutela del menor por la Administración.

La adopción de medidas cautelares antes de iniciarse el procedimiento administrativo, según señala el artículo 72.2 de la LRJ-PAC, debe estar expresamente prevista en una norma con rango de Ley. Pues bien, de forma general (aunque como legislación supletoria) el artículo 14 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, establece que «las autoridades y servicios públicos tienen obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencia o de dar traslado en otro caso al órgano competente». Aunque es discutible que este precepto constituya habilitación suficiente para la adopción de medidas cautelares antes de iniciarse el procedimiento. Por ello, es conveniente, como ya sucede en muchos casos, que la respectiva Ley autonómica en materia de protección de menores faculte expresamente a la Administración competente para declarar de forma provisional el desamparo,

incluso antes de iniciar el procedimiento de desamparo. Una vez asumida la tutela provisional del menor, la Administración estaría habilitada para adoptar medidas de protección que suponen la separación de su familia. Tras acordar las medidas que la gravedad del caso aconseje, la Administración iniciará la tramitación del procedimiento (19).

– Las comprobaciones iniciales o investigación previa

Las comprobaciones iniciales no forman parte en sentido estricto del procedimiento administrativo. Este trámite precede al inicio del procedimiento. La finalidad del mismo es determinar si efectivamente existen elementos suficientes que hagan necesario incoar el procedimiento, al efecto de evitar los efectos desfavorables que la iniciación y tramitación del mismo pudiera comportar para el propio menor y para sus padres o representantes legales.

El artículo 69.2 de la LRJ-PAC dispone que «con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento».

Así, de forma preliminar, el órgano competente podrá realizar una serie de actuaciones dirigidas a examinar y valorar sin concurren las circunstancias que justifican la incoación del procedimiento. En el caso de no confirmarse la existencia de indicios que apunten hacia una situación de desprotección del menor, se procedería al archivo de las actuaciones mediante resolución motivada. En cambio, si se detecta que pudiera concurrir una situación de desprotección se incoaría el procedimiento. Asimismo, en el caso de que, tras estas averiguaciones previas, se concluyera que puede estarse ante una situación de riesgo se dará cuenta de la misma a la Administración competente (20).

– El inicio del procedimiento administrativo

Los procedimientos administrativos pueden iniciarse de dos formas: de oficio por la propia Administración o a solicitud de persona interesada (art. 68 LRJ-PAC). En general, los procedimientos de los que derivan efectos favorables se inician a solicitud del interesado, aunque también cabe iniciarlos de oficio. Por otra parte, los procedimientos susceptibles de producir efectos desfavorables se inician de oficio por la Administración.

Ahora bien, lo cierto es que, en ocasiones, es difícil determinar si un procedimiento es susceptible de producir efectos favorables o desfavorables. Los procedimientos administrativos de desamparo serían uno de estos casos. En función de si

(19) El acuerdo de iniciación del procedimiento deberá dictarse dentro de los quince días siguientes a la adopción de las medidas provisionales. Además, en el acuerdo de iniciación del procedimiento deberán ser confirmadas o levantadas las medidas provisionales adoptadas previamente. Las medidas quedarán sin efecto si el procedimiento no se inicia en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas (art. 72.2 LRJ-PAC).

(20) Así, por ejemplo, la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia, que en su artículo 61.1 establece que «finalizada la fase de comprobación inicial e investigación previa, si no se confirma la situación de desprotección, se acordará el cierre de las actuaciones, ordenando su archivo mediante resolución motivada, que será comunicada a los interesados, impugnabile ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación previa en vía administrativa».

se acoge la perspectiva del menor o de sus padres o representantes legales podríamos concluir uno u otro tipo de efectos. Desde la perspectiva de los derechos del menor y, en concreto, del derecho a la protección pública, el procedimiento tendría efectos favorables. Ahora bien, desde la perspectiva de los padres, que como consecuencia de la asunción de la tutela por la Administración, verían suspendida su patria potestad, el procedimiento tendría efectos desfavorables.

La mayoría de leyes autonómicas de protección de menores contemplan la iniciación del procedimiento únicamente de oficio por la Administración. Así, acogen la perspectiva de los padres y parecen configurarlo como un procedimiento susceptible de producir efectos desfavorables. En cambio, lo cierto es que la legislación debería contemplar la posibilidad de que el procedimiento también se iniciara por solicitud de los interesados y, en concreto, a instancia del propio menor; en especial, en el caso de los adolescentes.

Así, por ejemplo, en el caso de los menores extranjeros no acompañados es esencial que puedan solicitar por sí mismos, o a través de una persona que les represente, que la Administración declare su situación de desamparo y asuma su tutela (art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre). La Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, contempla expresamente que los menores extranjeros no acompañados puedan solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente [art. 10.2 a) en relación con los apdos. 3 y 4].

Debe tenerse en cuenta que el inicio del procedimiento y la determinación de si tiene o no efectos favorables comporta consecuencias importantes. En el caso del transcurso del plazo máximo establecido para la tramitación del procedimiento, en función del tipo de efectos que deriven del mismo y la forma de iniciación, se producirá el silencio administrativo o la caducidad del procedimiento (más adelante se hace referencia a esta cuestión, en el epígrafe sobre la terminación del procedimiento).

– La cuestión de la asistencia jurídica en el procedimiento administrativo de desamparo

En los procedimientos administrativos, en general –también en los procedimientos de desamparo– los interesados pueden actuar de forma personal o a través de un representante (art. 32 LRJ-PAC). En el caso de que se actúe a través de un representante, la ley no exige que tenga ninguna cualificación profesional. Así, a diferencia de los procesos judiciales, en los procedimientos administrativos no es necesario actuar asistido de un abogado. Sin embargo, en ocasiones, teniendo en cuenta el objeto del procedimiento (en este caso afecta al derecho a la vida familiar) y las especiales circunstancias de las personas interesadas, resulta conveniente para garantizar la tutela reconocer el derecho a la asistencia jurídica. Así, en nuestro Ordenamiento se prevé que, en determinados procedimientos administrativos, los interesados puedan gozar del derecho a la asistencia jurídica gratuita, al efecto de que puedan actuar asistidos por un letrado que defienda sus derechos o intere-

ses (21). Pues bien, el derecho a la asistencia jurídica gratuita debería ser reconocido en todo caso a los menores y a sus padres u otros representantes legales cuando se tramita un procedimiento de desamparo y asunción de la tutela por la Administración.

Sin embargo, lo cierto es que ni la legislación estatal ni el conjunto de leyes autonómicas en materia de protección de menores reconocen el derecho a la asistencia jurídica gratuita en estos procedimientos administrativos. Andalucía es la única Comunidad que ha reconocido este derecho. El Decreto del Gobierno andaluz 42/2002, de febrero, de régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa, ha dispuesto que, en el momento de notificar a padres, tutores y guardadores el inicio del procedimiento de desamparo, la Administración pública «les informará acerca de la posibilidad de intervenir por medio de representante, y sobre los requisitos y trámites a cumplir para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, a fin de que puedan actuar durante el procedimiento asistidos de letrado en defensa de sus intereses» (art. 24).

Por otra parte, es especialmente importante el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, independiente de los intereses de la Administración, a los menores inmigrantes no acompañados. El Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, en la Observación General núm. 6, de 1 de septiembre de 2005, sobre el «Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (CRC/GC/2005/6), ha establecido que los Estados quedan obligados por la Convención a designar un asesor a estos menores. Advierte que esta función no puede ser desempeñada por la Administración que tiene atribuida su tutela. La razón es que la función de asesor no puede ser realizada por una entidad cuyos intereses pueden colisionar con los del menor. Según indica el Comité, el asesor debe ser consultado e informado de todas las medidas que adopten las autoridades en relación con el menor inmigrante no acompañado. Por ello, se advierte que el asesor deberá tener los conocimientos necesarios para que los intereses del menor estén protegidos. Las obligaciones derivadas de la Convención coinciden, en este punto, con las recomendaciones realizadas por el Defensor del Pueblo, en su «Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España» (2005): en la medida que los menores inmigrantes no acompañados pueden tener intereses contrapuestos a los de la Administración legalmente responsable de velar por ellos y asumir su tutela, han de tener derecho a la asistencia de un letrado o de un representante legal externo que vele por sus derechos e intereses frente a la Administración.

(21) Por ejemplo, la Ley reconoce a los extranjeros el derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos que puedan llevar a la denegación de su entrada, devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; esta asistencia será gratuita cuando carezcan de recursos económicos suficientes, según los criterios de la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita (art. 22). Asimismo, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en el artículo 20 reconoce a las mujeres víctimas de la violencia de género y, en general, a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten, el derecho a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en todos los procesos y *procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida*.

– La instrucción del procedimiento de desamparo: alegaciones, medidas cautelares, pruebas, informes, audiencia y propuesta de resolución

El acuerdo de iniciación del procedimiento administrativo de desamparo deberá ser notificado a todos los interesados –padres, tutores, en su caso guardadores y, cuando las circunstancias lo aconsejen, al propio menor, en especial a los adolescentes (22). La notificación debería realizarse, en la medida de lo posible, de forma personal. Asimismo, aunque de forma general las normas autonómicas no lo prevén, sería conveniente notificar el acuerdo de iniciación al Ministerio fiscal, al objeto de que pueda participar en el procedimiento.

Los interesados podrán presentar alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio que estimen convenientes, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia. Estas alegaciones y documentos deberán ser tenidas en cuentas por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución. Así lo dispone de forma general el artículo 35 e) y el artículo 79 de la LRJ-PAC y, de forma particular, las normas autonómicas que regulan este procedimiento.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que el artículo 8 CEDH requiere que el proceso decisorio que conduce a la adopción de medidas que suponen una injerencia en la vida familiar sea equitativo y respete los intereses protegidos. Por ello, concluye que la falta de una posibilidad real, justa y suficiente de participar en el procedimiento de desamparo o en el de adopción de las consiguientes medidas de protección constituye una violación del derecho a la vida familiar (STEDH de 10 de mayo 2001, asunto T.P. y K.M. contra Reino Unido, apdos. 58, 65, 73, 73, 80 y 83). Según el Tribunal, los padres deben tener en el procedimiento un rol lo suficientemente importante como para concederles la protección requerida de sus intereses; en caso contrario no se respetaría su vida familiar y la inferencia resultante no se consideraría «necesaria» en los términos del artículo 8 del CEDH. Y añade que «es esencial que los padres estén en una posición en la que puedan tener acceso a la información en la que se basan las autoridades para adoptar la medida de poner el menor bajo su cuidado o para tomar las decisiones pertinentes para el cuidado o la custodia del menor. De otro modo, los padres no podrían participar de manera efectiva en el procedimiento de adopción de decisiones o indicar adecuadamente las cuestiones que abogan a favor de su capacidad para proporcionar al menor el cuidado y la protección adecuados» (STEDH de 9 de mayo de 2003, asunto *Covezzi y Morselli* contra Italia, Ap. 133) y STEDH de 17 de diciembre de 2002, asunto *Venema y Venema-Huizing* contra Países Bajos, Aps. 91, 92 y 93).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el artículo 35 a) de la LRJ-PAC reconoce el derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos administrativo en los que se tiene la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos.

La Administración, en el caso de que concurra alguna circunstancia que aconseje una intervención urgente, podría declarar como medida cautelar, en el curso del procedimiento y antes de su finalización, la situación de desamparo provisio-

(22) En Cataluña, la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, prevé la notificación del acuerdo de incoación a los adolescentes (art. 106.2). La propia Ley considera adolescentes a los menores de entre doce años y la mayoría de edad (art. 2.2).

nal. En la resolución que declare el desamparo provisional se deberán expresar los motivos que aconsejan en el caso concreto la intervención urgente. Una vez asumida la tutela del menor por la Administración, proseguirá la instrucción del procedimiento hasta dictar la resolución final, que dispondrá la ratificación, modificación o revocación de la resolución que ha dispuesto como medida cautelar la situación de desamparo provisional. La mayoría de normas autonómicas prevén la adopción de medidas cautelares en el curso del procedimiento. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el artículo 72.1 de la LRJ-PAC habilita de forma general a las Administraciones para adoptar medidas cautelares una vez iniciado el respectivo procedimiento.

Por otra parte, el órgano instructor del procedimiento podrá acordar la apertura de un periodo de prueba, por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas se juzguen pertinentes (art. 80 LRJ-PAC) (23). Será admisible cualquier medio de prueba que sirva para acreditar las circunstancias reales del menor, en especial, la pericial, documental y testifical.

Además de las pruebas que pueda instar, en su caso, el instructor del procedimiento, también podrán solicitar la práctica de pruebas todos los interesados (24). El instructor sólo podrá rechazar la realización de las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada (art. 80.3 LRJ-PAC).

En cuanto a los informes, el órgano instructor deberá solicitar todos aquellos que la norma que regula el concreto procedimiento de desamparo establezca como preceptivos y, asimismo, los informes sociales, médicos, psicológicos, pedagógicos, periciales que se estimen convenientes para conocer la verdadera situación del menor y su entorno socio-familiar (25).

En el supuesto que los servicios sociales básicos o de atención primaria hubieran intervenido previamente en el entorno socio-familiar del menor, será fundamental incorporar al expediente administrativo un informe elaborado por los mismos sobre las actuaciones realizadas (26).

Una vez instruido el procedimiento y antes de redactar la propuesta de resolución, deberá tener lugar el trámite de audiencia. Este trámite supone que el expediente administrativo se deberá poner a disposición de todos los interesados o sus

(23) Sirva de ejemplo el artículo 25 del Decreto andaluz 42/2002, de 12 de febrero, de régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa.

(24) La Ley de la Comunidad de Madrid 6/1995, de 25 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia, prevé en su artículo 52.1 c) que «se podrá abrir un período de prueba a instancia del propio menor que hubiere cumplido doce años o de quienes ejercieren sobre él potestad o guarda».

(25) Así, por ejemplo, el Decreto del Gobierno de Cantabria 58/2002, de 30 de mayo, establece en su artículo 18.2 que «es preceptiva la emisión de un informe social sobre la situación del menor y su familia. Además, podrán solicitarse cuantos informes sociales, médicos, psicológicos, policiales o de cualquier naturaleza, resulten necesarios».

(26) En el Decreto del Gobierno Valenciano 93/2001, de 22 de mayo, de medidas de protección jurídica del menor, se prevé en el artículo 26.1 que «en todo caso será necesario que en el expediente (de declaración de desamparo) conste el informe del equipo municipal de servicios sociales. Dicho informe contendrá un análisis completo de la situación personal del menor, de sus circunstancias socio-familiares y de su entorno inmediato, así como una valoración de las actuaciones realizadas y medidas adoptadas previamente por la entidad local en ejercicio de las competencias atribuidas» (para actuar frente a situaciones de riesgo).

representantes para que, en su caso, procedan a examinarlo. De forma general, se deberá poner el conjunto del expediente a disposición de los interesados. Sin embargo, tal como prevén ciertas normas, no se dará acceso a los datos de identificación de los denunciantes, en atención a las circunstancias concurrentes, si ello pusiera en riesgo su seguridad (27). Los interesados podrán presentar alegaciones, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, y presentar todos los documentos que estimen convenientes.

Debe tenerse en cuenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que es esencial que los padres puedan tener acceso a la información en la que se basan las autoridades para adoptar medidas de guarda legal. El artículo 8 CEDH impone a los Estados contratantes la obligación positiva de proteger los intereses de la familia, lo que exige que la documentación del caso esté a disposición de los padres afectados, incluso aunque ellos no lo hayan solicitado [TEDH de 14 de enero 2003, asunto K.A. contra Finlandia, Ap. 105 (JUR 2003\50027)].

Los menores también deberán ser escuchados en el trámite de audiencia, en la forma adecuada a su edad y grado de madurez, garantizándose en todo caso que en su desarrollo se cumplan las condiciones de discreción, intimidad, seguridad y ausencia de presión. Es más, en el caso de procedimientos de desamparo tramitados en relación a menores inmigrantes no acompañados, podrían participar en este trámite asistidos de asesor, cuando lo consideren conveniente para la defensa de sus intereses (art. 85.2 LRJ-PAC).

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (LOPJM), en su artículo 9, garantiza a los menores el derecho a ser oídos «en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social». Asimismo, este precepto garantiza que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

Por tanto, en aquellos procedimientos de desamparo en los que la Administración ha considerado que no es conveniente dar audiencia directamente al menor, debería expresarse en la resolución final las razones que justifican esa decisión.

La instrucción del procedimiento concluye tras la celebración del trámite de audiencia y vista del expediente. A continuación, el órgano instructor debe elaborar la propuesta de resolución sobre la procedencia o no de declarar el desamparo y, en su caso, las medidas de protección que se consideran más adecuadas. En algunos casos, las normas procedimentales prevén, asimismo, que la propuesta de resolución contemple el régimen de relaciones personales y el plan de mejora o reintegración familiar.

La propuesta de resolución, junto con los documentos que forman el expediente administrativo, deberá trasladarse al órgano administrativo competente para dictar resolución.

(27) En este sentido se pronuncia el artículo 23.2 del Decreto andaluz 42/2002, de 12 de febrero, de régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa. En otros casos, se prevé disociar del expediente los datos relativos a los acogedores, cuando así se estime conveniente para el interés del menor.

– La terminación del procedimiento. La cuestión del transcurso del plazo. La resolución administrativa: motivación y notificación

El plazo dentro del cual la Administración deberá tramitar el procedimiento de desamparo y notificar la resolución final a los interesados será el establecido en la norma reguladora del correspondiente procedimiento, tal como dispone el artículo 42.2 de la LRJ-PAC. El referido precepto prevé, asimismo, que este plazo no podrá exceder de seis meses, a no ser que una norma con rango de ley disponga uno mayor. Por otra parte, el apartado 3 del propio artículo 42 dice que «cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses».

Pues bien, por lo que se refiere a los procedimientos que tienen por objeto determinar si un menor está en situación de desamparo, las respectivas normas autonómicas no siempre contemplan el plazo para su tramitación. En los casos que así sucede, deberá acudir a la aplicación del plazo de tres meses que establece como supletorio el artículo 42.3 LRJ-PAC.

Por otra parte, en el supuesto que la Administración supere el plazo legalmente establecido para la tramitación del procedimiento y la notificación de la resolución final, los artículos 43 y 44 LRJ-PAC regulan las instituciones del silencio administrativo y la caducidad del procedimiento. La aplicación de una u otra figura viene determinada por dos cuestiones: una de ellas los efectos del procedimiento, esto es, si se trata de un procedimiento susceptible de producir efectos favorables o desfavorables; la otra se refiere a la forma de iniciación del procedimiento, de oficio por la Administración o a solicitud del interesado.

Pues bien, en cuanto a los procedimientos de desamparo, la mayoría de las normas autonómicas han contemplado la iniciación del procedimiento tan sólo de oficio por la propia Administración. El análisis del conjunto de normas que regulan estos procedimientos pone de relieve que, de forma general, han sido concebidos como procedimientos a través de los que se ejercitan potestades de intervención o susceptibles de producir efectos desfavorables. Por ello, en la mayoría de los casos no se ha previsto la iniciación del procedimiento a solicitud de los interesados y, de modo particular, a instancia del propio menor. Sin embargo, ésta es una posibilidad que debería haber sido contemplada ya que, por ejemplo, en el caso de los menores extranjeros no acompañados, son los primeros interesados en que se inicie el procedimiento de desamparo para ser tutelados por la Administración, ya que a partir de ese momento es posible acceder tanto al permiso de residencia como, en su caso, al permiso de trabajo(28).

Por otra parte, para establecer los efectos que produce el transcurso del plazo que tiene la Administración para tramitar el procedimiento y notificar la resolución final, es necesario determinar, de forma previa, los efectos que se atribuyen a los procedimientos de desamparo. La respuesta a esta cuestión será distinta si se acoge la perspectiva del menor o la de sus padres. Desde la perspectiva del menor el procedimiento tendría efectos favorables, ya que se dirige a hacer efectivo su derecho a recibir protección de las Administraciones públicas. En cambio, desde la pers-

(28) Artículos 35, 40 i) y 41.1 j) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (tras la modificación operada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre).

pectiva de los padres, se concluiría que el procedimiento es susceptible de producir efectos desfavorables, pues con la asunción de la tutela por la Administración queda suspendida la patria potestad. Pues bien, de forma general, las normas autonómicas han acogido la perspectiva de los padres, y los han concebido como procedimientos susceptibles de producir efectos desfavorables.

Por todo ello, en la medida que se trata, de forma general, de procedimientos que sólo pueden ser iniciados de oficio por la Administración, aquellas normas que han atribuido efectos al transcurso del plazo máximo normativamente establecido para tramitar y notificar la resolución final, han previsto la caducidad del procedimiento. Sólo en algún caso se ha previsto el silencio administrativo negativo, al contemplarse que el procedimiento puede ser iniciado a instancia de parte (29).

Ahora bien, la forma normal de terminar el procedimiento será la resolución administrativa, en la que la Administración declare si el menor se encuentra o no en situación de desamparo. La resolución que ponga fin al procedimiento deberá estar debidamente motivada, en especial si declara el desamparo del menor; así lo contemplan la mayoría de normas autonómicas sobre la materia y resulta de lo dispuesto en el artículo 54 de la LRJ-PAC. La resolución deberá explicitar las razones que han conducido, a la vista de los hechos, a declarar el desamparo y adoptar las concretas medidas de protección.

La motivación de la resolución de desamparo es exigible al más alto rango normativo. Según ha declarado el TEDH, la decisión sólo será conforme al artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuando se base en razones «pertinentes» y «suficientes». De la jurisprudencia del TEDH resulta que la resolución debe convencer a un observador objetivo que la asunción de la tutela por la Administración está basada en una valoración cuidadosa y sin prejuicios de todas las pruebas realizadas en el curso del procedimiento y obrantes en el expediente, *indicando explícitamente las razones que han llevado a adoptar esta medida*. El razonamiento debe reflejar el cuidadoso examen que en una cuestión de esta magnitud deben realizar los órganos competentes, valorando las diferentes pruebas que militan a favor o en contra de la decisión [STEDH de 14 de enero de 2003, asunto K.A. contra Finlandia, Ap. 103 (JUR 2003\50027)].

Por otra parte, en alguna norma autonómica se establece que podrá servir de motivación a la resolución la aceptación de informes que se hubieran incorporado al procedimiento durante su instrucción y que se refieran a la realidad de los menores (30). Pues bien, esta previsión debe cuestionarse y, en su caso, ser interpretada conforme a la jurisprudencia del TEDH en relación al artículo 8 del CEDH.

En efecto, el TEDH ha declarado en la sentencia citada anteriormente (STEDH de 14 de enero de 2003, Ap. 104) que el artículo 8 CEDH exige que las autoridades y tribunales que toman decisiones proporcionen «razones detalladas como para permitir a los padres o tutores participar en las siguientes tomas de decisiones, recurriendo sus resoluciones de manera adecuada». Y añade «una mera referencia

(29) Este sería el caso de la Ley de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (art. 52.2). En esta materia se produce una gran inseguridad jurídica para los interesados, por lo que debería ser resuelta de forma general para el conjunto del Estado.

(30) Así lo prevé el artículo 28.2 del Decreto andaluz 42/2002, de 12 de febrero, de régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa.

a la “documentación archivada” o a la “información” contenida en apéndices de una resolución no proporcionará a esa parte del procedimiento la suficiente información para un posible recurso y así, no le permitirá participar de manera suficiente en el proceso de toma de decisiones».

En cuanto al contenido, la resolución deberá expresar la procedencia o no de declarar el desamparo del menor y, en su caso, la propia resolución podría contemplar las medidas de protección, el plan de reintegración familiar y el régimen de relaciones personales. No obstante, algunas de las citadas cuestiones podrían ser establecidas en una resolución distinta a aquella que declara el desamparo, tras la tramitación del correspondiente procedimiento. Por otra parte, la resolución de desamparo también podrá establecer el plazo dentro del cual los padres u otros responsables deberán entregar el menor a la Administración, para ejecutar las medidas de protección acordadas (31).

Una vez dictada la resolución, deberá ser notificada a todos los interesados en el procedimiento y comunicada al Ministerio Fiscal y, en el caso de menores extranjeros no acompañados, a la autoridad consultar.

El artículo 172.1 del Código Civil establece que la resolución administrativa de desamparo deberá ser notificada en forma legal a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Y añade que «siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada».

En la STC 114/1997, de 16 de junio (FJ 6), el Tribunal afirma que los riesgos de que la actuación de los poderes públicos en situaciones percibidas como desamparo pueda producir indefensión a alguna de las personas concernidas, explica que se hayan reforzado las garantías que protegen a los afectados por las resoluciones administrativas en esta materia. Por ello, la ley impone la obligación de notificar la resolución de desamparo en un plazo de cuarenta y ocho horas, de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada. Y añade que «el cumplimiento de este deber cualificado de notificación y de información, que deberá ser supervisado cuidadosamente por los Tribunales cuando la Administración proponga cualquier medida de acogimiento o de adopción, o los interesados se opongan a sus resoluciones, disipa el riesgo de falta de conocimiento de los hechos determinantes para la defensa».

Por tanto, el conjunto de normas autonómicas han previsto la notificación de la resolución dentro del plazo de cuarenta y horas desde que se dictó y de forma presencial. Asimismo, la resolución debería ser notificada al propio menor, siempre que así lo aconseje su superior interés. Algunas normas autonómicas prevén la notificación a los menores que hubieran cumplido doce años. La notificación se realizará de forma personal, en todo caso a los menores, y cuando resulte posible a los demás interesados, teniendo en cuenta sus circunstancias personales y socio-culturales, de forma que comprendan claramente el significado y consecuencias de

(31) Por ejemplo, el Decreto del Consejo de la Junta de Galicia 42/2000, de 7 de enero, establece que los padres tendrán un plazo de dos días, a contar desde el día siguiente de la notificación, para hacer entrega voluntaria del menor (art. 37.2).

la declaración de desamparo, las causas que la han motivado, los recursos que caben contra esta decisión y el plazo para su interposición (32). En cualquier caso, en el expediente administrativo deberá quedar constancia por escrito de la práctica de la notificación a cada uno de los interesados.

Además, la resolución administrativa de desamparo deberá ser comunicada al Ministerio Fiscal. Tal como establece el artículo 174.2 del Código Civil, la Administración le deberá remitir copia de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Y el artículo 172.1 también establece la necesidad de dar conocimiento de la resolución al Fiscal. Por otra parte, el conjunto de normas autonómicas han previsto, asimismo, la comunicación de las resoluciones al Ministerio Fiscal. Ahora bien, no debería tratarse de una mera comunicación formal. La comunicación de la resolución debería ir acompañada de una copia del expediente administrativo tramitado, con el fin de permitir al Fiscal realizar un control de los aspectos formales y materiales de la actuación administrativa. Debe tenerse en cuenta que el Ministerio Fiscal está legitimado para oponerse a las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores y, en su caso, podría promover ante la autoridad judicial otras actuaciones.

Algunas normas autonómicas prevén, asimismo, la comunicación de la resolución a las personas que vayan a recibir al menor en acogimiento familiar o al director del centro en el que ingresará el menor. Sin embargo, si se estima contrario al interés de los menores que los padres conozcan estos datos, se mantendrá la conveniente reserva sobre los mismos en el momento de notificarles la resolución administrativa.

D. Efectos de la resolución que declara la situación de desamparo: la tutela administrativa de los menores desamparados y la suspensión de la patria potestad

La resolución administrativa mediante la que se declara el desamparo de un menor tendría la peculiaridad de producir un doble tipo de efectos: de naturaleza administrativa y de naturaleza civil. Por un lado, la atribución a la Administración de la tutela del menor. Por otra parte, la suspensión de la patria potestad.

La principal consecuencia de la declaración de desamparo es la atribución legal u *ope legis* a la Administración pública competente –la autonómica– de la tutela del menor. La propia Ley (art. 172.2 CC) anuda a la resolución de desamparo la atribución automática de la tutela del menor a la Administración. Por otra parte, la atribución de la tutela a la Administración comporta, a su vez, también de forma automática, la suspensión de la patria potestad o, en su caso, de la tutela civil u ordinaria. A partir de ese momento, la Administración deviene responsable de la guarda del menor y es titular de los deberes y facultades inherentes a la misma.

Al asumir la Administración la tutela del menor y quedar en suspenso la patria potestad o, en su caso, la tutela ordinaria, puede adoptar las medidas de protección que considere más conveniente en interés del menor. Estas medidas, como se ha dicho, comportan la separación del menor de su familia. La tutela administrativa

(32) Así lo prevé, por ejemplo, el artículo 29 del Decreto andaluz 42/2002, de 12 de febrero, de régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa.

constituye, pues, el título que legitima a la Administración competente para intervenir, como poder público, en un ámbito privado como es la familia e incidir y limitar el derecho a la vida familiar.

La tutela administrativa se caracteriza por producirse de forma *automática*. Según dispone el artículo 172.1 del Código Civil, cuando la Administración declare en la resolución administrativa que el menor se encuentra en situación de desamparo «tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo». Asimismo, la tutela se caracteriza por su relativa *provisionalidad*, subsistirá mientras se mantengan los factores que determinaron la declaración de desamparo. Sin embargo, una vez neutralizados esos factores, el menor deberá ser reintegrado con su familia. Por ello, según se ha señalado, es esencial adoptar desde un primer momento medidas que faciliten el retorno del menor con su familia y, en particular, elaborar un plan de mejora o reintegración familiar; claro está, siempre que resulte lo más conveniente para el interés superior del concreto menor.

En la STEDH de 26 de febrero de 2002, asunto *Kutzner* contra Alemania, op. 76 (JUR 2002\90946), el Tribunal afirma que «la resolución de tomar a un niño a cargo de las autoridades debe en principio ser considerada como una *medida temporal*, a anular en cuanto las circunstancias se presten a ello, y todo acto de ejecución debe estar de acuerdo con un *fin último*: *unir de nuevo a los padres biológicos con el niño. Las autoridades tienen la obligación positiva de tomar medidas para facilitar la reunión de la familia en cuanto sea verdaderamente posible*, desde el inicio del período en que toman a su cargo al niño y cada vez con más fuerza, lo que debe siempre estar en equilibrio con el deber de considerar el interés superior del niño» [en el mismo sentido, entre muchas otras, la STEDH de 7 de agosto de 1996 (TEDH 1996\31)].

Por otra parte, si el menor no tuviera padres o teniéndolos hubieran sido privados de la patria potestad, la Administración deberá promover el nombramiento de tutor civil, siempre que existan personas que, por sus relaciones con el menor u otras circunstancias, puedan asumir este cargo en beneficio del mismo.

Ahora bien, en ciertos supuestos, la tutela administrativa podría tener carácter definitivo. Así podría suceder cuando no fuera posible o conveniente la reintegración con su familia, el nombramiento de un tutor civil o su posible adopción. En estos casos –que suelen referirse a menores próximos a la mayoría de edad– la Administración asumiría la tutela hasta la mayoría de edad del menor y podría acoger como medida de protección un acogimiento familiar permanente.

La titularidad de la tutela corresponde a la Administración autonómica competente. Sin embargo, la Administración delega el ejercicio de la guarda inherente a esta función. El artículo 172.3 del Código Civil prevé que la guarda «como función de la tutela por ministerio de la Ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial». Así, la Administración que tiene la tutela delega la guarda del menor en las personas a favor de las que se constituye el acogimiento familiar o en el director del centro en el que ingresa el menor en el supuesto de acogimiento residencial.

La medida de acogimiento familiar o residencial supone que la Administración confía el menor a una persona o personas que asumen el ejercicio de su guarda y, por tanto, quedan legalmente obligadas a velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarle, educarle y procurarle una formación integral, siempre bajo la vigilancia, asesoramiento y ayuda de la Administración que tiene la tutela. El carácter tuitivo

de las funciones inherentes a la guarda explica que, en última instancia, la responsabilidad recaiga sobre personas físicas: las personas que reciben al menor o el director del centro que lo acoge.

Ahora bien, en la medida que la Administración que tiene atribuida la tutela sigue siendo la titular de la guarda del menor y, por tanto, la responsable de brindar protección al menor, también será responsable de los daños y perjuicios que pudiera causar el menor. Así lo vienen reconociendo las propias Administraciones en el marco de los procedimientos administrativos a través de los que se reclama responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados por menores bajo su tutela.

Sin embargo, en el caso de menores tutelados por la Administración, a los que se hubiera aplicado la medida de acogimiento familiar, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el documento de formalización del acogimiento. El artículo 173.2 del Código Civil prevé que el documento de formalización contemple el sistema de cobertura por parte de la Administración pública de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros. Ahora bien, este precepto no impondría la obligación de suscribir un contrato de seguro para cubrir los eventuales daños y perjuicios. El documento de formalización del acogimiento podría referirse a la existencia de una póliza de seguros o bien remitir al régimen de responsabilidad legalmente aplicable.

E. La delimitación entre las figuras de la tutela administrativa de los menores desamparados y la guarda administrativa

La tutela y la guarda administrativa son dos instituciones jurídico-públicas a través de las cuales se arbitra la protección de los menores por las Administraciones. La figura de la tutela administrativa ha sido analizada; sin embargo, es conveniente distinguirla de la guarda administrativa.

La guarda administrativa también ha sido regulada en el artículo 172 del Código Civil. El apartado 2 de este precepto establece que «cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no pueden cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario». A continuación, dispone que «la entrega de la guarda se hará constar por escrito dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración».

Asimismo, los diversos legisladores autonómicos han procedido a regular la guarda administrativa voluntaria en el marco de las previsiones del Código Civil. Por otra parte, en aquellas Comunidades Autónomas que se ha regulado la protección de menores al amparo de la competencia en materia legislación civil, también ha contemplado la figura de la guarda administrativa, de modo similar al Código Civil (33).

(33) Así, en Cataluña, la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, bajo el título *Guarda protectora*, establece en su artículo 119.1 que: «Los progenitores o las personas titulares de la tutela, si concurren circunstancias graves y ajenas a su voluntad que les impiden cumplir temporalmente las funciones de guarda, pueden solicitar al Departamento competente en materia de protección de los niños y los adolescentes (de la Administración de la

Por tanto, la guarda administrativa o voluntaria consiste en que la Administración asume la guarda del menor a solicitud de los propios padres o tutores, que de forma temporal no pueden cumplir sus deberes de protección por concurrir graves circunstancias que se lo impiden. La asunción de la guarda del menor por la Administración no comporta, como en el caso de la tutela, la suspensión de la patria potestad; los padres siguen siendo titulares plenos de la misma. Es más, la constitución de la guarda administrativa podría permitir, en muchos casos, evitar que el menor devenga en situación de desamparo y que la Administración tuviera que asumir su tutela.

Los padres o tutores que solicitan a la Administración que se haga temporalmente cargo de la guarda del menor, deberán expresar y justificar las graves circunstancias o razones –enfermedad, condena penal, drogodependencia, motivos laborales u otros– que les impiden de forma temporal brindar la necesaria protección a los menores. La Administración, en el curso del correspondiente procedimiento, comprobará y evaluará las causas alegadas, que deberán ser lo suficientemente graves como para justificar la separación del menor de su familia y que la Administración pase a asumir su guarda. Por otra parte, la Administración sólo asume la guarda mientras persistan aquellas graves circunstancias. La guarda administrativa, según resulta del artículo 172.2 del Código Civil, tiene carácter temporal, la Administración la asume durante el tiempo necesario.

Una de las graves situaciones que podría llevar a los padres a solicitar a la Administración que asuma la guarda del menor durante el tiempo necesario, sería la referida a los trastornos de conducta o situación de dificultad social del propio menor; situación a la que se ha hecho referencia con anterioridad en este mismo trabajo. Pues bien, en estos casos, si los padres se vieran impedidos de dar respuesta a la situación del menor y, por tanto, brindarle la protección y atención que la situación requiere, podrían solicitar a la Administración que asuma la guarda y adopte las medidas de protección convenientes.

Cuando la Administración que ha asumido la guarda del menor constatare la persistencia de las graves circunstancias o la existencia de otros factores que impidan a los padres ejercer sus deberes de protección, podrían tramitar el procedimiento para declarar el desamparo del menor y asumir su tutela. Asimismo, la Administración podría declarar el menor desamparo y asumir su tutela si los padres no colaboran para resolver la situación que había hecho necesario constituir la guarda administrativa.

La guarda administrativa asumida a solicitud de los padres o tutores se ejercerá a través de las medidas de acogimiento familiar o residencial (art. 172.3 CC). En este caso, teniendo en cuenta el carácter siempre temporal de la guarda, no es posible constituir el acogimiento preadoptivo que, en cambio, sí cabe en el marco de la tutela administrativa.

La guarda administrativa se extingue cuando, desaparecidas las causas que la motivaron, los padres o tutores asumen los deberes de guarda inherentes a la potestad. Asimismo, la guarda administrativa podría finalizar por la declaración de desamparo del menor y la consiguiente atribución de la tutela a la Administración.

Generalitat) que asuma la guarda del niño o el adolescente mientras se mantenga aquella situación...».

