

MENORES E INCAPACITADOS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

PONENTE:

D. Luis Carlos Martín Osante
Magistrado del Juzgado de Menores
Doctor en Derecho

COPONENTES:

D^a. Aurora López Azcona
Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza
Doctora en Derecho

D. Carlos Sancho Casajús
Fiscal de Menores

MODERADOR:

D. Fernando Zubiri de Salinas
Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

MENORES E INCAPACITADOS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

Foro de Derecho Aragonés

Por

Luis Carlos MARTÍN OSANTE (Ponente)

D^a. Aurora LÓPEZ AZCONA y D. Carlos SANCHO CASAJÚS (Coponentes)

Intervención de D. Luis Carlos MARTÍN OSANTE

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. 2. LA ASIMILACIÓN EN MATERIA DE DESAMPARO ENTRE MENORES E INCAPACITADOS. 2.1.— La Ley de Aragón 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona. 2.2. La situación de desamparo y las concretas figuras de protección. 2.3. La intervención de los poderes públicos. 2.3.1. La intervención de la Administración Pública. 2.3.2. La intervención del Ministerio Fiscal. 2.3.3. La intervención judicial. 2.4. Diferencias entre menores e incapacitados a estos efectos. 3. PROTECCIÓN DE MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO. 3.1. Idea general. Evolución normativa. 3.2. La actividad del Gobierno de Aragón a través del Instituto Aragonés de Servicios Sociales: estadísticas de menores. 3.3. Cuestiones prácticas. 4. INCAPACES E INCAPACITADOS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO. 4.1. Idea general. Antecedentes legislativos. 4.2. El incapaz en situación de desamparo. 4.3. El nombramiento de la Administración Pública como tutor en defecto de familiares o allegados: la delación dativa o judicial. 4.4. La Administración Pública como tutor en caso de desamparo del incapacitado: delación legal (arts. 104 a 108 LDP). 4.4.1. Idea general. 4.4.2. La tutela automática. 4.5. La protección por la Administración Pública de las personas incapacitadas. 4.5.1. La guarda administrativa (arts. 146 a 150 LDP). 4.5.2. El acogimiento: el acogimiento familiar (arts. 151 a 155 LDP) y el acogimiento residencial. 4.5.3. La Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la Comunidad Autónoma de Aragón. 4.5.4. Estadísticas. 4.5.5. Ámbitos de actuación. 4.5.6. Cuestiones prácticas. 5. CONSIDERACIONES FINALES. 6. BIBLIOGRAFÍA. 7. ANEXO NORMATIVO.

Con carácter previo, deseo mostrar mi más sincero agradecimiento al moderador y presentador de la Jornada de hoy, el Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, D. Fernando Zubiri de Salinas, por sus amables palabras de presentación. También agradezco su presencia a los asistentes a esta Jornada, y expreso mi gratitud a todas las instituciones organizadoras de los Encuentros del Foro de Derecho Aragonés; en especial a la Institución del Justicia de Aragón, que destaca en la labor de promoción y divulgación del Derecho Aragonés. Desde luego, es para mí un honor intervenir en el prestigioso Foro de Derecho Aragonés, que constituye un verdadero referente, no sólo para los juristas aragoneses, sino para todos los estudiosos de los Derechos Forales o Autonómicos.

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Probablemente a muchos de nosotros se nos ha planteado el dilema de decidir cuál es la mejor forma de actuar cuando vemos a una mujer pidiendo limosna con un niño en sus brazos, o cuando vemos a un indigente con problemas de alcoholismo que padece algún trastorno síquico sentado en algún banco de nuestras ciudades.

Para atender a estas personas se crea un sistema de servicios sociales, que cubre las situaciones de necesidad. Pero desde el punto de vista del Derecho de la persona, es preciso organizar una adecuada protección jurídica para los casos en que los menores o incapacitados, personas especialmente débiles y vulnerables, no son atendidos por quienes están legalmente llamados a otorgales protección, ya sean los padres o los tutores.

Al hilo de estas consideraciones, esta ponencia sobre los menores e incapacitados en situación de desamparo, tiene como objeto el análisis del tratamiento que el ordenamiento jurídico aragonés da a este fenómeno. En este terreno destaca, por su especial significación, la Ley de Derecho de la Persona, que contiene las líneas maestras del sistema, y que ha introducido novedades significativas.

Para abordar correctamente el tema de la ponencia, conviene aclarar que no se trata de estudiar propiamente una institución jurídica, como puede ser el caso de la legítima o de la Junta de Parientes, sino que se trata de estudiar una «situación de hecho» (el desamparo): nos encontramos ante una realidad o fenómeno social. Todo ello tiene dos consecuencias; por una parte, se trata de una materia que puede ser analizada desde varias perspectivas. Como indico, es una materia que recibe un determinado tratamiento jurídico, pero también es importante la dimensión social del fenómeno. En definitiva, se trata de una materia con muchas «ramificaciones», lo que viene a suponer que no se puede «agotar» en una ponencia como la que nos ocupa. Por otra parte, es necesario conocer cuál es la verdadera realidad del fenómeno, y, de esta forma, en la ponencia haré especial incidencia en los datos y estadísticas sobre el desamparo de menores e incapacitados.

En este momento de la exposición bastará con indicar, a estos efectos, que en el ámbito de los menores, existe una cierta estabilidad en lo que se refiere al número de menores en situación de desamparo, excepción hecha de los menores extranjeros no acompañados, cuyo número crece al hilo del fenómeno migratorio, y que son objeto

de la exposición de la Doctora López Azcona. Por lo que se refiere a los incapacitados en situación de desamparo [entendida esta situación en sentido amplio], la realidad es de crecimiento exponencial, en consonancia con el envejecimiento de la población, la mayor esperanza de vida de las personas con discapacidad intelectual y la menor implicación de los familiares en el cuidado de los enfermos mentales.

También conviene destacar en esta introducción, que si bien el tema que nos ocupa se enmarca en el Derecho de la persona, nos vamos a encontrar con una importante actividad de la Administración Pública, y, en consecuencia, con la aplicación del Derecho administrativo. Se puede citar, por ejemplo, la relevancia que en la tutela de incapacitados alcanza la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la Comunidad Autónoma de Aragón, órgano de carácter administrativo.

En esta ponencia abordo, en primer lugar, determinadas novedades de la Ley de Derecho de la Persona sobre el tema del desamparo, con especial atención a la asimilación operada a estos efectos entre menores e incapacitados. A continuación, indico determinadas cuestiones sobre la protección de menores en situación de desamparo, que es la cuestión que tiene un tratamiento jurídico más clásico. La ponencia continúa con el tema de los incapaces e incapacitados en situación de desamparo, en cuyo apartado abordo las diferentes situaciones en las que se pueden encontrar estas personas, así como las cuestiones referidas a la intervención de la Administración como protectora de las mismas. El estudio finaliza con unas consideraciones finales, a las que siguen una relación bibliográfica y un anexo normativo.

En la Ley de Derecho de la Persona hay una diferenciación básica entre personas «incapaces» y personas «incapacitadas». Cuando una persona adolece de una deficiencia síquica que le impide gobernarse a sí misma, y no ha sido sometido a un procedimiento de incapacitación, se habla de incapaz (también se dice que es «incapaz en sentido estricto», «incapaz natural» o «presunto incapaz»). Si esa misma persona ha sido sometida a un procedimiento judicial y se ha decretado su incapacitación por sentencia, se habla de incapacitado, siendo el elemento diferenciador la existencia de una sentencia dictada en el correspondiente procedimiento de incapacitación, conforme a los arts. 756 y siguientes LEC.

A la hora de delimitar el tema es preciso indicar las cuestiones que no analizo en la ponencia. Por una parte, no abordo las cuestiones de orden penal: en ocasiones, el desamparo viene provocado por conductas delictivas, como es el abandono de menores o incapaces, tipificado en los arts. 226 y siguientes del Código Penal. De conformidad con lo establecido en el art. 233 del Código Penal, en tales casos el Ministerio Fiscal debe instar las medidas de protección del menor. Tampoco abordo determinadas figuras que, si bien pueden tener una incidencia en los casos de desamparo de menores, su entidad aconseja que no sean abordadas en una ponencia con estas características, como es el caso de la adopción. Por último, cabe señalar que tampoco abordo las cuestiones de Derecho Internacional o Interregional Privado¹.

(1) Estas cuestiones quedan sujetas a las previsiones de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (conforme a la remisión del art. 9.5 Cc —modificado por la Disposición Final Primera de dicha Ley—), a los Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España (art. 33 de dicha Ley), y en su defecto, a los siguientes preceptos del Código civil: el

Termino esta nota introductoria señalando que la Doctora Dña. Aurora López Azcona intervendrá respecto de los menores extranjeros no acompañados y el Ilmo. Sr. Fiscal D. Carlos Sancho Casajús intervendrá sobre los menores en situación de conflicto.

2. LA ASIMILACIÓN EN MATERIA DE DESAMPARO ENTRE MENORES E INCAPACITADOS

2.1. *La Ley de Aragón 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona*

La Ley de Derecho de la Persona contiene, entre otras materias, una regulación sistemática y completa de las figuras de protección de menores e incapaces desde el punto de vista del Derecho civil. Frente a la fragmentaria regulación que en su día se incluyó en la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967 (modificada por la Ley 3/1985, de 21 de mayo), cuyo Libro I se dedicaba al «Derecho de la persona y de la familia»², el legislador aragonés ha decidido extender la regulación autonómica de forma considerable³. Incluso la propia denominación de la Ley puede llegar a ser equí-

art. 9.1, referido a la capacidad y estado civil de las personas, que toma como punto de conexión la nacionalidad o vecindad civil de la persona; el art. 9.4, referido a las relaciones paterno-filiales, que toma como punto de conexión la nacionalidad o vecindad civil del hijo, o en su defecto la residencia habitual; el art. 9.6 párrafo 1º, referido a la tutela e instituciones tutelares, que como toma como punto de conexión la nacionalidad o vecindad civil del menor o incapaz; el art. 9.6 párrafo 2º, para las medidas provisionales o urgentes, que toma como punto de conexión la residencia habitual; el art. 9.6 párrafo 3º, referido a las medidas protectoras o educativas de menores o incapaces que se encuentren en territorio aragonés, que determina la aplicación de la ley aragonesa. Sobre estas cuestiones siguen siendo válidas, en lo sustancial, las consideraciones efectuadas por SERRANO GARCÍA, José Antonio, «Aspectos civiles de la Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores», RJN, núm. 12, 1991, pp. 39 y ss.

(2) Por lo que se refiere a épocas anteriores señalaba GARCÍA CANTERO («Comentario de los arts. 15 a 18 de la Compilación [Tutela]», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, Dir. José Luis Lacruz Berdejo, Zaragoza, DGA, vol. I, 1988, pp. 520) lo siguiente: «Parece claro que ni a lo largo de su historia, ni en época reciente, ni tampoco en la época compiladora ha existido un sistema tutelar aragonés, completo y autosuficiente que se haya bastado por sí solo para regular en su totalidad las cuestiones tutelares». En términos similares se pronunciaba el año 1994 [*La tutela*], en la obra colectiva *Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 1994), Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1995, p. 9] de la siguiente forma: «la nota más destacada del régimen aragonés de tutela acaso sea la pobreza de su regulación normativa, la fragmentariedad de materias contempladas en la Compilación y, en consecuencia, su radical insuficiencia para atender a las exigencias de la vida real...».

(3) En la «Ponencia General sobre Objetivos y Método para una Política Legislativa en Materia de Derecho Civil de Aragón», aprobada en octubre de 1996 por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil se indica sobre el particular lo siguiente: «La tutela requiere posiblemente un nuevo planteamiento global, con atención específica a la de los incapacitados y que tenga en cuenta, respecto de los menores, las potencialidades razonables de la autoridad familiar ejercida por quienes no son los padres, las instituciones del acogimiento y la adopción y, en general, su coordinación con todas las medidas de protección de menores».

En las reuniones iniciales de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil se puso de manifiesto la incertidumbre inicial sobre el propio contenido de la Ley; reunión de 12/11/2002, COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL, *Actas de las Sesiones de la Comisión*, inéditas, Acta nº 161, pp. 5 y ss. No obstante, ya desde el momento inicial D. José Antonio Serrano García manifestó la necesidad de incluir un título sobre la tutela de la Administración Pública sobre menores e incapaces desamparados.

La regulación se ha ampliado de forma extraordinaria: en la Compilación el Libro citado se extendía a lo largo de 19 artículos (arts. 4 a 22 ambos inclusive), frente a la Ley de Derecho de la Persona, que contiene 168 artículos, además de la Disposición Adicional, las Disposiciones Transitorias, la Disposición Derogatoria y las Disposiciones Finales.

voca, puesto que se recogen cuestiones que exceden de lo que es el Derecho de la Persona, entre las que cabe citar, por ejemplo, el régimen de la Junta de Parientes⁴.

La regulación como tal se debe al mérito de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, cuya encomiable labor está presidida por el profesor D. Jesús Delgado Echeverría y en la que actuó de forma destacada como ponente el profesor D. José Antonio Serrano García⁵. Para la tarea de investigación sobre la Ley, y también para la aplicación de la misma, resulta un material sumamente valioso el contenido de las Actas de las Sesiones de la Comisión, que, si bien se encuentran recopiladas y encuadradas, aún no se han publicado formalmente. Sería una posibilidad interesante que las mismas pudieran ser difundidas para un acceso generalizado a su contenido, siendo factible hacerlo por medio de internet.

Del contenido de la Ley de Derecho de la Persona se desprende cierta reticencia del legislador respecto de la intervención administrativa. Esta situación enlaza con las divergencias de criterio que se advierten en algunas leyes de Aragón que inciden sobre cuestiones referidas al Derecho Civil o al Derecho de la Persona⁶, entre las que cabe

(4) En la reunión de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil de 3/12/2003 (*Actas de las Sesiones de la Comisión*, cit., Acta nº 162, p. 3) D. José Antonio Serrano García, ponente del texto, indicó que «el Título de la nueva ley podría ser «Ley de la persona y de las relaciones parentales y tutelares» (que alude también a las relaciones entre ascendientes y descendientes), pero se inclina finalmente por el más breve y claro «Ley de Derecho de la persona»». En la reunión de 26/10/2005 (*Actas de las Sesiones de la Comisión*, cit., Acta nº 217, p. 7) se indica lo siguiente: «asimismo observa [el presidente de la Comisión, D. Jesús Delgado Echeverría] que está pendiente el título de esta Ley. Se abre un turno para proponer títulos. Por D. José Antonio Serrano García se propone «Ley de Derecho de la persona». Sin perjuicio de que pueda proponerse algún otro título inicialmente se acuerda dejar dicho título entre corchetes». Ya en la reunión de 14/12/2005 (*Actas de las Sesiones de la Comisión*, cit., Acta nº 223, p. 2) se refleja lo siguiente sobre dicho particular: «Propone el ponente si parece oportuno abordar el título de la Ley, pues hay que incluirlo en la remisión. Se recuerda que ya se comentó y quedó fijado inicialmente «Ley de Derecho de la persona». Este título, inicialmente, parece correcto y se acuerda mantenerlo». De la lectura de estos pasajes se deduce que no se vertieron opiniones enfrentadas sobre la cuestión en el seno de la Comisión.

(5) En el debate y votación en las Cortes de Aragón del dictamen de la Comisión Institucional sobre el Proyecto de Ley de Derecho de la Persona, por parte del diputado del Partido Popular y a la vez Catedrático de Derecho civil, D. Ángel Cristóbal Montes, se señaló sobre la elaboración de la Ley que «ha habido una forma particular de elaborar estas leyes. Primero, hemos tenido y tenemos una Comisión Aragonesa de Derecho Civil, a la que saludo desde aquí, muy cualificada, presidida —y también lo he dicho en esta cámara en otras ocasiones— por el que yo juzgo el mejor foralista aragonés vivo; muerto el maestro Lacruz, maestro de todos y de todo, el profesor Delgado Echeverría es el mejor y mayor civilista aragonés, foralista aragonés vivo (...) un modo de trabajo singular: las Cortes, a través de la ponencia respectiva, pedían a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil que formulase su criterio respecto a las enmiendas, y la mayoría, en las tres ocasiones, nos comprometimos a respetar ese criterio que respecto a las enmiendas emanase de la Comisión Aragonesa, y se ha cumplido». Los elogios también fueron respaldados por D. Francisco Catalá Pardo en representación del Partido Socialista, quien señaló lo siguiente: «Y, por eso, si siempre he mostrado mi admiración por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, en este caso quiero mostrar mi asombro por el trabajo que se ha hecho. Ni los más optimistas especialistas en Derecho civil aragonés podían esperar que con los mimbres que teníais podríais elaborar un anteproyecto como el que se ha elaborado, técnica y jurídicamente espléndido. Habéis puesto el sentido jurídico, el sentido histórico, el sentido común, que no es fácil, y el sentido práctico al servicio de esta ley, que, además, toca aspectos fundamentales para los aragoneses».

(6) Ya en relación con la Ley de Aragón 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de menores la doctrina criticó el hecho de que en su articulado se prescindiera de la figura de la autoridad familiar, y se aludiera a la patria potestad; vid. JIMÉNEZ AYBAR, Iván, «El nuevo Derecho de protección de menores: ¿para cuándo una Ley de la infancia y la adolescencia en Aragón?», en la obra colectiva *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*, Zaragoza, Mira, 2000, p. 392.

citar, a título de ejemplo, la Ley de Parejas Estables no Casadas [cuyo origen es una Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista], la Ley de la infancia y la adolescencia en Aragón [cuyo Anteproyecto corrió a cargo de los técnicos del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo del Gobierno de Aragón] y la Ley de Derecho de la Persona [cuyo Anteproyecto corrió a cargo de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil]. Es llamativo, por ejemplo, que en la Ley de Derecho de la Persona no se aluda, en absoluto, a la posición jurídica que ocupa el convivente respecto del otro miembro de la pareja estable. Como se sabe, el art. 12 de la Ley de parejas señala que en caso de incapacitación de uno de los miembros de la pareja, el primer puesto en la delación dativa de la tutela corresponde al otro miembro de la pareja; sin embargo, el art.102 LDP no contempla esta situación en absoluto⁷.

En la Ley de Derecho de la Persona se ha introducido un auténtico principio general de asimilación entre menores e incapacitados en materia de instituciones de protección. Cabe citar, a título de ejemplo, el contenido del art. 104 de la Ley, referido al desamparo, en el que se equiparan plenamente menores e incapacitados.

De un atento examen de las Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, se desprende que en el seno de la misma se llegó a la conclusión de que en materia de instituciones de protección debía otorgarse a las personas incapacitadas el mismo trato que a los menores; en especial, por lo que se refiere al tratamiento que debía darse en situación de desamparo. En un primer momento, en el seno de la Comisión se debatió el tratamiento que debía darse a los menores⁸; con posterioridad, se extendió dicha regulación a los incapacitados. En los debates no se esgrimieron argumentos especialmente significativos para llegar a tal conclusión. Más bien puede decirse que actuaron «en sentido negativo»: no se encontraba ningún argumento de especial relevancia para conceder a los incapacitados un tratamiento diferente del otorgado a los menores. En la medida en que se trata de dos colectivos necesitados de protección jurídica, y de dos colectivos que en situación de desamparo deben verse igualmente tutelados por las instituciones, se confluía en un trato equivalente para los dos. En palabras de PARRA LUCÁN, la nueva regulación muestra una especial sensibilidad por los incapacitados⁹.

Esta asimilación constituye una auténtica novedad en el panorama de los Derechos civiles españoles. Ni en el régimen del Código civil, ni tampoco en otros territorios de Derecho foral o autonómico, se encuentra presente la asimilación con esta rotundidad. Desde luego, se trata de una apuesta significativa por parte del legisla-

(7) En el debate y votación del dictamen de la Comisión Institucional sobre el Proyecto de Ley de Derecho de la Persona en las Cortes de Aragón por Dña. Ana María de Salas Jiménez de Azcárate en representación del PAR se justificaba esta postura de la siguiente manera: «Entendemos, como así nos hizo llegar la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, que sería más oportuno en su caso introducir las mismas en la Ley 6/1999, de parejas estables no casadas. Estamos hablando de una ley de derecho de la persona, no de una ley de familia o de matrimonio».

(8) En la reunión de 6/4/2005 (*Actas de las Sesiones de la Comisión*, cit., Acta nº 199, p. 9) D. Jesús Delgado Echeverría propuso abordar la normativa referida a la «delación legal» desde la perspectiva de los menores y con posterioridad considerar la oportunidad de extenderla a los incapacitados.

(9) PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, 2^a ed., Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2007 (1^a ed. 2006), p. 215.

dor aragonés, cuya verdadera relevancia se irá comprobando con el paso del tiempo¹⁰. Bajo el sistema del Código civil, que al fin y a la postre era el régimen vigente en Aragón —en esencia— hasta la entrada en vigor de la Ley de Derecho de la Persona, existen algunos tímidos intentos de asimilación¹¹, como sucede por ejemplo con las medidas de protección concebidas para la defensa de menores e incapacitados¹².

Cabe preguntarse si es acertada la asimilación efectuada en el seno de la Ley de Derecho de la Persona. No obstante, entiendo que dicho planteamiento no es demasiado fructífero. Por el contrario, entiendo que es más interesante examinar si existen diferencias entre ambas realidades. Como veremos más abajo, efectivamente se trata de realidades diferentes, tanto desde el punto de vista jurídico (por ejemplo, sólo para los menores se contemplan, en principio, la figura de la adopción o de la autoridad familiar de otras personas), como desde el punto de vista sociológico (por ejemplo, en los últimos tiempos se produce un incremento considerable del número de incapacitados cuyos familiares no los pueden atender).

2.2. La situación de desamparo y las concretas figuras de protección

El elemento central del tema que nos ocupa es la situación de desamparo. En la Ley de Derecho de la Persona se introduce una delimitación de dicha situación, que coincide con la que se introdujo en el art. 172 Cc por la reforma de la Ley 21/1987, y que también coincide con la prevista en el art. 59.1 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón. Cabe hacer notar que la Ley de Derecho de la Persona no distingue entre menores e incapacitados a efectos de delimitar dicha situación.

El elemento más característico del desamparo es que se trata de una situación de hecho. La apreciación de la misma debe efectuarse en el caso concreto, atendiendo a

(10) Cabe hacer notar que en el vigente Estatuto Autonomía de Aragón (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril), si bien en el art. 71.39^a se alude a los menores en situación de desamparo, y se configura como una materia que es competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón, no existe un precepto homólogo para los incapacitados en situación de desamparo.

(11) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos («*La Ley aragonesa de Derecho de la Persona: una aproximación*», Sepín-FAM-75, marzo de 2008, pp. 23 y ss.) señala en esta línea que el Código Civil no ha completado esta evolución, y aunque ha extendido a los incapaces mayores de edad algunas de esas medidas (por ejemplo, el desamparo o la tutela administrativa: art. 239 Cc), no lo ha hecho con todas.

(12) Así, el art. 158 Cc (que tiene su homólogo en el art. 7 LDP) fija una serie de medidas de protección aplicables para el caso de los menores, que el art. 216 párrafo 2º Cc (apartado introducido por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero que no tiene su homólogo en la Ley de Derecho de la Persona), extiende a los incapaces. No se aprecia ninguna razón para no extender dicha medidas de protección a los incapacitados; de hecho PARRA LUCÁN (*Manual de Derecho Civil Aragonés*, cit., p. 189) mantiene que el art. 216 párrafo 2º Cc es aplicable en Aragón. De la misma forma, ya en el régimen del Código civil, y desde la reforma operada en el art. 239 párrafo 3º por la Ley 41/2003, de 18 noviembre 2003 (de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad), se da cierta asimilación respecto de la situación de desamparo y de la tutela por la entidad pública entre los menores e incapacitados: para los menores dicha circunstancia ya se introdujo en el art. 172 Cc por la Ley 21/1987, y para los incapaces se contempla dicha circunstancia en el art. 239 párrafo 3º Cc.

las circunstancias de índole social, familiar, educativa, psicológica, económica, etc., presentes en relación con el concreto menor o incapacitado. A tal efecto es de gran interés el estudio efectuado por la profesora LÓPEZ AZCONA sobre el particular¹³.

También es significativa la diferenciación que se efectúa en el ámbito legal entre la situación de riesgo y la situación de desamparo. La Ley de la infancia y la adolescencia diferencia nítidamente tales situaciones en los arts. 56 y 59, respectivamente¹⁴. En el primer caso, se desencadenan dificultades u obstáculos para el adecuado

(13) «La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de la declaración de desamparo», Aranzadi Civil, núm. 4/2001, Estudio, pp. 1.913 ss. Esta autora indica lo siguiente: «A efectos de obtener una visión general de los supuestos constitutivos de desamparo, procede, en primer lugar, dejar constancia de aquellas circunstancias a las que, con mayor frecuencia, se refieren las normas autonómicas, a saber:

«a) abandono del menor.

«b) malos tratos físicos o psíquicos o abusos sexuales del menor por familiares o terceros, producidos bien en su ámbito familiar (según matizan las Leyes aragonesa, asturiana, canaria y riojana), bien con el consentimiento de la familia (de conformidad con las Leyes andaluza, extremeña, gallega y de Castilla-La Mancha).

«c) inducción a la mendicidad, delincuencia, prostitución, trabajo infantil o cualquier otra forma de explotación del menor

«d) trastorno mental grave de los padres, tutores o guardadores que impida el cumplimiento de los deberes que les incumben en relación al menor.

«e) drogadicción —o alcoholismo, añaden las Leyes canaria y extremeña— habitual de las personas que integran la unidad familiar y, en particular, de los padres, tutores y guardadores, que perjudique el desarrollo del menor.

«Junto a estos supuestos deben mencionarse otros contemplados singularmente en algunas leyes, en ocasiones con gran amplitud:

«a) inducción, consentimiento o tolerancia a la drogadicción o alcoholismo del menor.

«b) ausencia de escolarización habitual.

«c) no solicitar la recuperación de la guarda una vez desaparecidas las circunstancias justificativas de la asunción de ésta por la Administración.

«d) carencia de vínculos afectivos.

«e) existencia de un entorno socio-familiar que deteriore o perjudique el desarrollo del menor.

«f) ausencia de personas a las que corresponda ejercer las funciones de guarda o cuando las mismas se encuentren imposibilitadas para su ejercicio o en situación de ejercitarlas con grave peligro para el menor.

«g) negligencia en el cumplimiento de las obligaciones alimenticias, higiénicas, de salud y educativas.

«h) incumplimiento de los deberes de protección —con riesgo para la vida o integridad física o psíquica del menor, precisa la Ley aragonesa—.

«i) cualquier desatención o imprudencia que atente contra la integridad del menor.

«En cualquier caso —continúa señalando la profesora LÓPEZ AZCONA—, las situaciones descritas en los párrafos anteriores constituyen una lista meramente ejemplificativa, toda vez que la normativa autonómica suele contener una fórmula abierta en la que se da cabida a cualquier otra situación análoga».

(14) Se trata de una distinción que se introdujo en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (arts. 12, 13 y 17). Señala la Exposición de Motivos de la Ley: «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 un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar los factores de riesgo, en las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, aquélla se concreta en la asunción por la entidad pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria».

desarrollo del menor (o incapacitado), pero no es pertinente separar al mismo de la familia o entorno en el que se desenvuelve. Por ello se considera procedente adoptar medidas de apoyo a la familia o de favorecimiento de los recursos del menor (o incapacitado), ya sea en el ámbito material, formativo, psicosocial o socioeducativo.

Cuando se presente una situación necesitada de intervención urgente, la Ley de la infancia y la adolescencia contempla la posibilidad de actuar de forma inmediata, mediante lo que se denomina en el art. 60.2 una declaración provisional, con la adopción de las medidas necesarias para asegurar su asistencia¹⁵. El Proyecto del Gobierno de Aragón de Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo contempla un procedimiento de urgencia para declarar la situación de desamparo (arts. 36 y 37), aplicable en los casos de grave riesgo para el menor o ante cualquier causa que exija una intervención inmediata¹⁶. En todo caso, se exige un informe-propuesta de carácter técnico de los profesionales en materia de menores.

Las figuras o instituciones de protección de menores e incapacitados que contempla el ordenamiento jurídico para este tipo de situaciones son muy diversas. Cabe contabilizar al menos las siguientes (al margen de la propia autoridad familiar en sentido estricto):

- la autoridad familiar prorrogada y la autoridad familiar rehabilitada, arts. 38 a 42 LDP;
- la autoridad familiar de otras personas, arts. 72 a 76 LDP;
- la tutela, arts. 116 y siguientes LDP;
- la curatela, arts. 134 a 138 LDP;
- el defensor judicial, arts. 139 a 141 LDP;
- la guarda de hecho, arts. 142 a 145 LDP;
- la guarda administrativa, arts. 146 a 150 LDP;

(15) En la práctica del Instituto Aragonés de Servicios Sociales se ha introducido la denominada «tutela automática cautelar», que se adopta con éste carácter cuando se aprecia por los órganos técnicos del mismo que existe una situación de desamparo, y se declara de forma provisional, la cual es confirmada con posterioridad —en ocasiones se indica que la resolución es «firme»— una vez que se constata que la situación de desamparo es estable. Desde la resolución provisional hasta la resolución de confirmación puede transcurrir un plazo de diez meses. Este período de tiempo se utiliza en la práctica para verificar si es posible una reversión de la situación, y el retorno del menor a la familia. MURILLO JASO, Luis [«El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas», *Actas de los XIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza y Teruel, 2003), Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2004, p. 274] califica estas medidas como medidas cautelares, y señala que en la práctica han dado un resultado «absolutamente excelente», dado que en numerosas ocasiones ha concluido con la reinserción del menor en la familia biológica. En cuanto a los efectos, el desamparo cautelar produce los mismos efectos que el desamparo definitivo, y debe ser confirmado al finalizar el procedimiento.

(16) En la Exposición de Motivos del Proyecto de Reglamento se indica lo siguiente: «...concebido como instrumento con el que hacer frente a situaciones que requieren una intervención inmediata y drástica en las condiciones de vida de un menor, estableciendo sus causas y tramitación. Finalmente, las medidas de protección previstas para estas situaciones, y que deberán especificarse en cada programa de intervención en función de las circunstancias concretas del menor en situación de desamparo, se regulan en los Títulos siguientes».

- el acogimiento, que puede ser familiar o residencial, arts. 151 a 155 LDP;
- la adopción, que no se aplica para los incapacitados, y que la Ley de Derecho de la Persona no regula, por lo que se aplica el régimen del Código civil y de la Ley de Adopción Internacional.

Como se puede comprobar fácilmente, el elenco de figuras que el legislador ofrece para conseguir el objetivo de la protección de menores o incapacitados es muy diverso. Desde luego, cada figura o institución tiene su propio régimen jurídico, con su propia normativa, que establece unos requisitos y unos efectos para cada una de ellas. El régimen jurídico aparece delimitado en los correspondientes preceptos de la Ley de Derecho de la Persona, y a cuya delimitación también contribuye la Ley de la infancia y la adolescencia, con el concurso, en algunos casos, del Derecho supletorio del Código civil¹⁷.

Pero si invertimos el enfoque y, partiendo de un caso concreto, nos preguntamos por la figura que debe ser aplicada en cada caso, descubriremos que no está definido legalmente qué figura de protección es aplicable en un determinado supuesto. «El hecho de la existencia de diversas soluciones —indica MURILLO JASO, gran conocedor de la práctica en esta ámbito— da lugar a buscar siempre la más adecuada al caso si bien la realidad es tan variopinta que siempre se dan casos respecto de los cuales es muy difícil acertar con una solución¹⁸».

Para dar respuesta a esta cuestión habrá que atender a los siguientes factores:

- las circunstancias propias de cada situación;
- las decisiones que puedan adoptar familiares o allegados respecto del menor o incapacitado, ya que puede reconducirse la situación mediante la figura de la autoridad familiar de otras personas, si es que, por ejemplo, en caso de imposibilidad de los padres de cuidar de un menor, en lugar de acudir a la entidad pública competente, se acude a los abuelos para que cuiden y eduquen al mismo;
- las decisiones de la Administración competente, que puede optar por una u otra figura de protección, y que en última instancia es quien tiene la potestad para

(17) Hay que recordar que la intervención legislativa en estas materias supone la existencia de títulos competenciales concurrentes, entre los que no se debe olvidar la competencia en materia de Asistencia social; vid. EMBID IRUJO, Antonio, «Protección de menores», en la obra colectiva *Derecho Público Aragonés. Estudios sobre el Estatuto de Autonomía de Aragón*, Zaragoza, El Justicia de Aragón – IBERCAJA, 1990, p. 673. La Constitución en su art. 148.1.20 faculta a las Comunidades Autónomas para la asunción de competencia en esta materia. El art. 35.1.19 del Estatuto de Autonomía de Aragón en su redacción originaria atribuía a la Comunidad Autónoma de Aragón competencia exclusiva en materia de «asistencia y bienestar social». La reforma del Estatuto de Autonomía del año 1996 otorgó a la Comunidad Autónoma en el art. 35.1.28 la competencia «exclusiva» en materia de «protección y tutela de menores». En la redacción vigente (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril), el art. 71.34^a otorga competencia en materia de «acción social, que comprende la ordenación, organización y desarrollo de un sistema público de servicios sociales que atienda a la protección de las distintas modalidades de familia, la infancia, las personas mayores, las personas con discapacidad y otros colectivos necesitados de protección especial». Por su parte, el art. 71.39^a otorga competencia en materia de «menores, que incluye la regulación del régimen de protección y tutela de los menores desamparados o en situación de riesgo».

(18) MURILLO JASO, Luis, *La acción administrativa de protección y reforma de menores en Aragón*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2005, p. 164.

decidir sobre la existencia de una situación de desamparo, sin perjuicio de la eventual revisión judicial, de dicha declaración. En ocasiones se ha dado prioridad al acogimiento frente a la tutela en virtud de las subvenciones que se prevén para el primer caso, incluso cuando se trata de un acogimiento en la familia extensa.

Debe hacerse notar que no se trata de una cuestión en la que el juez tenga una capacidad de opción muy significativa. Cuando se plantee un caso ante los Tribunales, con carácter previo se habrá seleccionado la figura a aplicar. Así, si se promueve la tutela de un incapacitado, el juez podrá constituir o no dicha tutela, pero lo que no podrá hacer será constituir otra figura diferente de la que se insta, como puede ser, por ejemplo, un acogimiento.

La Ley de Derecho de la Persona fija en su art. 148.1 unos criterios generales de actuación para los casos en los que intervenga la entidad pública con competencia en materia de protección de menores e incapacitados: «La entidad pública adoptará *las medidas de protección proporcionadas* a la situación personal del menor o incapacitado, para lo que podrá contar con la colaboración de instituciones habilitadas al efecto». Para los incapacitados, es obvio que será preciso atender, entre otras circunstancias, al grado de incapacitación fijado en la correspondiente sentencia.

Desde luego, el principio fundamental en esta materia es el del interés superior del menor o de la persona incapacitada. Respecto de los menores, se refleja de forma expresa en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (Instrumento de ratificación de 30/11/1990, BOE de 31/12/1990). También se erige como principio básico que debe inspirar la actuación de los poderes públicos, el mantenimiento del menor o de la persona incapacitada dentro de su ámbito familiar siempre que sea posible, lo que se indica respecto de los menores en el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por su parte, como indica SALANOVA VILLANUEVA, el artículo 8 del Convenio de Roma de 1950 (Instrumento de ratificación de 26/9/1979, BOE de 10/10/1979), que protege el derecho al respeto de su vida privada y familiar, es el llamado a proteger el discurrir natural, sin perturbaciones exógenas, de la vida familiar de los individuos; en consecuencia, es la sede sustantiva de la inmensa mayoría de las demandas que se presentan con relación a la tutela de un menor ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹. En esta línea, el art. 104.2 LDP, referido a menores e incapacitados, especifica que la situación de desamparo se interpretará de forma restrictiva²⁰.

(19) «Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», Aranzadi Civil, núm. 4/2003, Estudio, pp. 50 y ss. Para que la injerencia denunciada no redunde en una violación del Convenio, los gobiernos demandados deberán acreditar satisfactoriamente que concurren en el caso las tres condiciones exigidas por la cláusula de salvaguarda del artículo 8.2: previsión legal de la medida, finalidad legítima y necesidad en una sociedad democrática.

(20) Esta idea ya se plasmaba en una línea jurisprudencial de la que es ejemplo el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 25/4/2002 (Sección 1, ROJ: AAP TO 130/2002, Buceta Millar), según el cual «la situación de desamparo se ha de examinar minuciosamente atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso concreto, y atendiendo fundamentalmente al interés del menor, pero sin desconocer, empero, la necesaria protección de la situación familiar a que pertenece dicho menor, por lo que será

2.3. *La intervención de los poderes públicos*

Constituye un auténtico reto para el legislador la implementación de los mecanismos adecuados para la protección y defensa de menores e incapacitados. Los poderes públicos se constituyen —en palabras de GIL RODRÍGUEZ²¹— en garantes en todo caso de la protección integral de los menores y de los discapacitados (arts. 39.2 y 49 de la Constitución), por lo que han de regular otras instituciones tuitivas y de protección para los casos en los que los padres o tutores no actúen de forma adecuada.

2.3.1. *La intervención de la Administración Pública*

La intervención de la Administración Pública es un factor de especial relevancia en la materia que nos ocupa. El principio general en la Ley de Derecho de la Persona se plasma en el art. 2.6, que dispone lo siguiente: «En situaciones de riesgo o desamparo, la entidad pública competente en materia de protección de menores adoptará en interés del menor las medidas oportunas». En el art. 105 LDP se otorga a la Administración competente la potestad para declarar el desamparo tanto de menores como de incapacitados. Se trata de una potestad administrativa sobre la situación de la persona, que se ejerce sin necesidad de autorización judicial previa, ni tampoco de ratificación a posteriori. Sólo cabe la intervención de la autoridad judicial en la fase de impugnación de las decisiones administrativas²².

Cuando se aborda el análisis de la intervención de la Administración Pública, nos encontramos con que frecuentemente se entremezcla el aspecto puramente jurídico con aspectos más propios del ámbito de los servicios sociales.

necesario una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales, de tal manera que sólo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego».

(21) GIL RODRÍGUEZ, Jacinto (en colaboración con Lluís PUIG i FERRIOL, María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, y José Javier HUALDE SÁNCHEZ), *Manual de Derecho Civil*, T. I, *Introducción y Derecho de la Persona*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997 (1ª ed., 1995), p. 220.

(22) En España, como se sabe, la competencia de los Juzgados de Menores, en el sistema actual, queda restringida a la intervención respecto de los delitos cometidos por los menores desde los 14 hasta los 17 años, inclusive (lo que tradicionalmente se ha venido denominando «reforma de menores», expresión que la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores no utiliza, pero que se sigue empleando en la práctica). No obstante, la previsión de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su art. 96 no restringe la competencia de los Juzgados de Menores al ámbito penal, y dicho texto admitiría la posible intervención respecto de otras cuestiones además de las propias de la jurisdicción penal. Es sintomático el dato de que, por ejemplo, cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial en su art. 94 se refiere a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, de forma expresa indique que se adscriben al orden jurisdiccional penal. El art. 97, además de atribuir a los Juzgados de Menores las funciones que establezcan las leyes respecto de los menores que hubiesen incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta otorga a los Juzgados de Menores «aquellas otras [funciones] que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes». Esta previsión legal permitiría atribuir, eventualmente, a los Juzgados con escasa carga de trabajo determinadas actuaciones referidas a menores, que bien podrían ser cuestiones propias del ámbito de la protección de menores.

2.3.2. *La intervención del Ministerio Fiscal*

La referencia que en el art. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal se realiza a los menores e incapaces ha motivado que su intervención en este ámbito se haya ido potenciando con el tiempo²³. La Carta Europea de los Derechos del Niño (Resolución A3,-0172/92, de 8 de julio de 1992 del Parlamento Europeo, DOCE n° C 241, de 21 de septiembre de 1992) de una forma más general, establece que en los procedimientos administrativos o judiciales en materia de patria potestad, determinación de la guarda y custodia, designación de tutor, adopción, o guarda y custodia, referidos al niño deberá ser parte obligatoriamente el Ministerio Fiscal.

Por otra parte, el art. 749 LEC señala que su intervención es preceptiva en todos los procesos de capacidad, filiación, matrimonio y menores. En el marco de la Ley de Derecho de la Persona, siguiendo la regla ya implantada en el ámbito de la protección de menores, el art. 106 establece la preceptiva comunicación al Ministerio Fiscal de la resolución de desamparo (para menores e incapacitados). De forma más general, el art. 150 de la Ley, en una ubicación sistemática susceptible de mejora, fija la superior vigilancia del Ministerio Fiscal respecto de las diferentes figuras de protección de menores e incapacitados. Esta intervención ya se le otorgó al Ministerio Fiscal como consecuencia de la nueva redacción del art. 174 Cc, por la Ley 21/1987, que sufrió determinadas modificaciones por la Ley Orgánica 1/1996.

2.3.3. *La intervención judicial*

La Ley de Derecho de la Persona, si bien, como no podía ser de otra manera, otorga un papel central a la intervención judicial, en algunos casos relega dicha intervención frente a actuaciones familiares, ya sea, estableciendo la constitución automática de la autoridad familiar de otras personas²⁴, ya sea mediante la posibilidad de intervención, en determinados ámbitos, de la Junta de Parientes (lo que con carácter general, excluye la intervención judicial)²⁵.

(23) La actuación concreta depende en muchas ocasiones de la buena voluntad y predisposición de los miembros destinados en cada una de las diferentes Fiscalías. La verdad es que si se lee con cierto detenimiento el precepto del Estatuto Orgánico, nos daremos cuenta de que es escasamente legitimador de la actuación del Ministerio Fiscal, por cuanto se refiere a los procesos civiles y cesa cuando se produce la intervención de los representantes.

(24) En la redacción originaria de la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967 (art. 10) la autoridad familiar de otras personas no necesitaba de intervención judicial ni de la Junta de Parientes. La reforma operada por Ley de 21 de mayo de 1985 introdujo esta exigencia, lo que mereció la dura crítica de DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: « *Estudio preliminar y Comentario de los arts. 9 a 14 de la Compilación (De las relaciones entre ascendientes y descendientes)*», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, Dir. José Luis Lacruz Berdejo, Zaragoza, DGA, vol. I, 1988, p. 447 y ss. La nueva Ley vuelve al sistema original.

(25) PARRA LUCÁN (*Manual de Derecho Civil Aragonés*, cit., p. 173) se hace eco de la dificultad que puede suponer la inscripción en el Registro Civil de la autoridad familiar de otras personas nacida de forma automática, ya que se trata de un simple hecho. La constancia en el Registro Civil de la autoridad familiar de otras personas se contempla en el art. 75.5 LDP, y si bien en el seno de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil se rechazó dicha posibilidad, en virtud de una enmienda de CHA se introdujo dicho apartado: Informe de la Ponencia designada en la Comisión Institucional sobre el Proyecto de Ley de Derecho de la persona, Legislatura: VI. Original del B.O.C.A. n.º 277, Ind. Tramitación: Procedimientos Legislativos – Proyectos de Ley – Aprobados.

En el ámbito de los incapacitados nos vamos a encontrar, necesariamente, con que se ha producido una intervención judicial, ya que, tal y como se desprende del art. 199 Cc y 35.1 LDP, la incapacitación se decreta por sentencia. Es decir, no puede haber una persona incapacitada si no se ha tramitado un procedimiento judicial al efecto. Dicho procedimiento, bajo la Ley de Enjuiciamiento Civil, es un procedimiento especial de los que se incluyen en el Libro IV, en el Título Primero, que agrupa a los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, en el marco de la denominada jurisdicción contenciosa. La intervención judicial también se desenvuelve de forma necesaria en el ámbito de las instituciones tutelares, en la medida en que para su constitución es necesaria una resolución judicial. Así, el art. 119 LDP establece de forma taxativa: «el Juez constituirá la tutela...»²⁶.

Cuando es la Administración Pública la competente para actuar en la materia (por ejemplo, en el marco de la protección de menores), la intervención judicial se efectúa de otra manera:

a.– Puede intervenir en virtud de la oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores, que se contempla en el art. 107 LDP, y cuya tramitación también se incluye como procedimiento especial en el Libro IV, Título Primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil («De la oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores...»), siendo de especial relevancia el art. 780 LEC (modificado por la Ley de Adopción Internacional de 28 de diciembre de 2007). Dada la formulación del sistema, se trata de una jurisdicción revisora, en la medida en que se impugna la decisión de la Administración Pública²⁷.

El art. 107 LDP extiende al ámbito de los incapacitados la posibilidad de impugnación de las decisiones administrativas. Este precepto, en consonancia con el contenido del art. 149.1.6^a de la Constitución, referido a las competencias normativas en materia de legislación procesal, no establece un determinado procedimiento al efecto. Solamente se indica que no es precisa la reclamación administrativa previa, que la jurisdicción competente es la jurisdicción civil y que gozará de una tramitación rápida

(26) Vid. PARRA LUCÁN, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, cit., p. 218. La Exposición de Motivos de la Ley de Derecho de la Persona señala al respecto lo siguiente: «En general, el sistema no se aparta en los rasgos esenciales del hasta ahora conocido, de modo que puede considerarse de «tutela de autoridad», puesto que todas las funciones tutelares están bajo la salvaguarda de la autoridad judicial y se ejercerán bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, pero se potencia la autonomía de los particulares tanto en la delación como en la determinación de las reglas por las que cada tutela haya de regirse y se acentúan los rasgos familiares». Ya en el Informe del Seminario sobre la tutela se indica que, a pesar de la dificultad para calificar la tutela prevista en nuestro Derecho histórico, parece dominar el principio de tutela de autoridad; *Informes del Seminario (1954-1958)*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, edición de 1996, vol. I, p. 303.

(27) La actividad del Juez exige la realización, como indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19/6/2006 (Id. Cendoj: 50297370012006100565, Sec. 1^a, Medrano Sánchez), de un «juicio de previsibilidad» sobre la aptitud de los padres para ejercer el cuidado de los hijos, a cuya emisión colaboran los informes emitidos por los equipos sico-sociales de los Juzgados de Familia. Se asemeja la tramitación a la prevista para el procedimiento contencioso administrativo, por cuanto el procedimiento judicial se inicia en virtud de una solicitud de impugnación, y a continuación se reclama el expediente administrativo, concediéndose un plazo para formular la demanda. Esta intervención en sede revisora se da propiamente en el ámbito de los menores, ante las decisiones administrativas en materia de desamparo y asunción de la tutela automática por la Administración.

y preferente. Estas circunstancias se refieren al procedimiento previsto en el art. 780 LEC, que efectivamente prescinde de la reclamación administrativa previa, y atribuye la competencia a la jurisdicción civil. La referencia a la «tramitación rápida y preferente» de la Ley aragonesa ha constituido una especie de premonición, ya que en la reforma del art. 779 párrafo 1º de la LEC, efectuada por la Disposición Final Segunda tres de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, se ha introducido la admonición de que estos procedimientos «tendrán carácter preferente»²⁸. No obstante, a la vista de los trámites y plazos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta cuestión puede quedarse en un mero «desideratum» del Legislador²⁹.

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, ha introducido unos límites temporales para el ejercicio de las acciones de impugnación de resoluciones administrativas en materia de protección de menores: tres meses si se trata de la declaración de desamparo y dos meses para las restantes resoluciones administrativas. En el seno de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil se debatió insistentemente esta cuestión, siendo varios los partidarios de fijar un límite temporal a la posibilidad de impugnación. Finalmente se desechó esta posibilidad³⁰. Lo cierto es que la reforma de la Ley de Adopción Internacional también ha modificado el Código civil, y en su art. 172.3, 6, 7 y 8, establece en la actualidad, por una parte, una legitimación activa circunscrita a los «padres o tutores del menor», y por otra parte, plazos de caducidad para la acción de retorno de los menores a la familia de origen, aunque para evitar los casos más enrevesados deja la puerta abierta a que el retorno del menor a la familia de origen se pueda pro-

(28) Esta expresión ya se recogía en el texto del Proyecto de Ley: Boletín Oficial de las Cortes Generales. VIII Legislatura Serie A: 29 de junio de 2007. Núm. 143-1. Proyectos de Ley. Proyecto de Ley 121/000143 Adopción internacional.

(29) Hay que tener en cuenta que una vez dictada la resolución administrativa, la persona legitimada presentará un escrito inicial formulando su pretensión. A continuación, el Juzgado debe reclamar el testimonio de expediente administrativo, para lo que se concede un plazo de 20 días hábiles. Una vez recibido y conferido traslado a la parte actora, ésta dispone de otros 20 días hábiles para formular la demanda. La entidad pública a su vez tiene un plazo de 20 días hábiles para la contestación a la demanda. Si se tiene en cuenta que tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 25 de noviembre de 2003, también los sábados tienen la condición de días inhábiles a efectos procesales, se comprueba que la tramitación de este procedimiento se dilata mucho en el tiempo.

(30) En la reunión de 13/4/2005 (*Actas de las Sesiones de la Comisión*, cit., Acta nº 200, pp. 9 y ss.) se suscitó el debate sobre estas cuestiones. En el texto del Anteproyecto D. José Antonio Serrano García propuso un texto del siguiente tenor: «Contra la resolución de desamparo cabe formular oposición en el plazo de un (dos tres) mes ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa, que gozará de una tramitación rápida y preferente e impedirá el acogimiento familiar, o suspenderá el ya acordado, mientras se resuelve de forma definitiva».

«2.— La sentencia que aprecie el desamparo, si no existen otras personas que puedan asumir la autoridad familiar o las funciones tutelares con beneficio para el interesado, podrá, en función del carácter temporal o permanente de las circunstancias que han motivado el desamparo, acordar la guarda administrativa o ratificar la tutela automática.

«3. Dicha ratificación comportará de modo automático la privación de la autoridad familiar o la remoción del cargo tutelar».

En el seno de la Comisión (actas nº 200 y 201) se debatió sobre la conveniencia o no de introducir un plazo para la impugnación, aunque se venía a admitir que un cambio de las circunstancias debía permitir el cese de la tutela automática, con la correspondiente legitimación activa para iniciar el procedimiento al efecto. Tras un debate prolongado en varias reuniones, se prescindió de la fijación de un plazo.

mover «de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada».

Dada la previsión del art. 107 LDP de que es posible formular oposición a resoluciones administrativas en materia de incapacitados, a pesar de que el art. 780 LEC se refiere de forma expresa a resoluciones en materia de menores, entiendo que dicho procedimiento es el que resulta aplicable para la impugnación de decisiones administrativas en materia de incapacitados. En virtud de la norma aragonesa dicho procedimiento ve expandido su ámbito de aplicación.

b.– La autoridad judicial también interviene en este ámbito en relación con la ejecución de resoluciones administrativas que exijan la entrada en un domicilio o en otros edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular³¹. Para la ejecución de las decisiones es posible que sea necesaria, además de la intervención de los trabajadores sociales, la de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad³². En este caso entiendo que sería una de las materias propias de la competencia de las unidades del Cuerpo Nacional de Policía adscritas a la Administración de la Comunidad Autónoma, en la medida en que se vayan asumiendo las funciones propias de dichas unidades. Lamentablemente, se dan casos en los que a pesar de existir una resolución de desamparo, las dificultades propias de la ejecución de la medida han llegado a frustrar algunas intervenciones en materia de menores³³. Como expone SALANOVA VILLANUEVA³⁴, la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye que no sólo la actividad de la Administración puede verse censurada desde la perspectiva de los derechos fundamentales, sino también su pasividad: «la Administración no sólo puede intervenir cuando un niño está en peligro, debe hacerlo. En definitiva, nos advierte que un niño puede tener también «derecho a ser separado de sus padres» cuando de lo contrario resulten lesionados sus derechos fundamentales como el de respeto a la vida privada o a la integridad física y moral, la dignidad de su persona peligre, e incluso se cercene su derecho al libre desarrollo de su personalidad en el futuro...».

c.– En sede de intervención judicial es preciso hacer referencia a una línea jurisprudencial que admite la posibilidad de efectuar una especie de declaración de desamparo por los Tribunales sin necesidad de una intervención administrativa previa

(31) La competencia para otorgar la autorización corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa, y en concreto a los Juzgados de lo contencioso administrativo, de conformidad con lo establecido en el art. 91.2 LOPJ, y art. 8.5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sobre este particular es especialmente interesante el estudio ya citado de la profesora LÓPEZ AZCONA: «*La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de la declaración de desamparo*», cit. pp. 1.935 y ss.

(32) La Sentencia del Tribunal Superior de Aragón (Id. Cendoj: 50297330012003100943, Sala de lo Contencioso, Sección: 1) de 30/10/2003 (Cubero Romeo) también por razones de seguridad admite que no se notifique con carácter previo la resolución por la que se dispone la retirada de los menores.

(33) MURILLO JASO, «*El desamparo de menores y el acogimiento*», cit., p. 279. El Justicia de Aragón en una Recomendación de 18/6/2007 dirigida al Departamento de Servicios Sociales y Familia (expediente DI-320/2007-6) aconseja «que, en supuestos como el presente, en los que se haya vulnerado una resolución administrativa que atribuye la tutela y guarda de un menor a la entidad pública competente, se adopten, con la mayor urgencia y en el ejercicio de las funciones tutelares legalmente impuestas, las medidas oportunas tendentes a poner fin a tan irregular situación».

(34) «*Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*», cit., p. 60.

en materia de menores. Habitualmente son casos en los que se insta la constitución judicial de la tutela y el nombramiento de tutor a favor de abuelos o de hermanos del menor, y ello a veces incluso en procedimientos de jurisdicción voluntaria. Entre las resoluciones judiciales se puede citar el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4^a), de 30/1/2002³⁵. Se trataba del caso de un niño que es cedido voluntariamente a una familia amiga. Con el tiempo, esta familia solicitó la constitución de la tutela por un procedimiento de jurisdicción voluntaria. El Juzgado de Primera Instancia desestimó dicha petición, por entender que al no haberse privado de la autoridad familiar a los padres, no era procedente ni tan siquiera la constitución del régimen tutelar. Sin embargo, la Audiencia Provincial por vía de recurso de apelación llegó a estimar dicha petición³⁶. Esta línea jurisprudencial viene seguida por diversas resoluciones de Audiencias Provinciales³⁷. A mi juicio, se trata de una doctrina que no se ajusta a la distribución de competencias existentes en materia de menores, por cuanto la declaración de desamparo corresponde a la Administración Pública. No obstante, está claro que dichas resoluciones atienden a situaciones de hecho realmente dramáticas y necesitadas de una rápida solución por las autoridades.

(35) Id. Cendoj: 50297370042002200123, Solchaga Loitegui.

(36) El auto indica que el desamparo hay que referirlo a los padres biológicos, y que en el caso resulta la imposibilidad de ejercicio de los deberes de protección. En consecuencia, se da ese desamparo de hecho en el menor, y que de constituirse la tutela conllevará la suspensión de la patria potestad en la madre. Dado que el art. 239 párrafo 2º Cc alude al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor, o por otras circunstancias, pueden asumir la tutela con beneficio para éste, y entendiendo que es procedimiento adecuado el de jurisdicción voluntaria, para que no quede durante largo tiempo indefinida la situación del menor, sin perjuicio de ulterior examen, en su caso, en la jurisdicción contenciosa, llega a la conclusión de que es procedente la constitución de la tutela y el nombramiento de tutor.

El Auto de la Audiencia Provincial señala lo siguiente: «En este procedimiento se ha oído al hijo; nacido en 23 de septiembre de 1987, el cual ha manifestado que lleva viviendo con (...) desde siempre, que quiere seguir viviendo con ella, y que se encuentra a gusto con ella y que le cuida como si fuera su madre, que le hace ir la colegio, y que le compra todo lo que necesita y esta personada con Abogado y Procurador la madre biológica, residente fuera de Zaragoza, la cual al no poder cumplir los deberes de la patria potestad manifestó inicialmente que se defiriera la tutela a la madre de ella; y en el recurso que se nombre tutora a la guardadora de hecho actual.

«Por tanto, estando presentes la madre biológica, y oído el menor, al darse la situación de desamparo respecto de aquella procede declarar dicha situación».

(37) Cabe citar al respecto el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 9/7/1998 (Id. Cendoj: 41091370051998200026, Sección 5ª, Bozal Gil), que señala lo siguiente: «...aunque la Administración tiene la facultad y el deber de asumir la tutela y de promover la declaración de desamparo, no le incumbe el monopolio de tales funciones, que podrán ser asumidas en beneficio del menor desamparado por la persona idónea para ello. Trataríase, en definitiva, de imprimir celeridad al proceso de designación del tutor, evitándose los trámites previos que representa la guarda provisional del menor por parte del ente público, con el muy posible trauma psicológico que representaría para éste apartarle del hogar donde ha encontrado acogida de hecho para someterlo a un internamiento, siquiera sea temporal, en establecimiento dependiente de la Administración, brindándosele en cambio desde un primer momento un régimen idóneo de tutela que representaría la consolidación jurídica de una situación fáctica estimada como óptima para el propio menor. Dicha norma implica una remisión al artículo 222 número 4º del repetido Código, que considera sujetos a tutela a los menores que se hallen en situación de desamparo, aunque la misma sólo representare un estado «de facto», *siendo de advertir que este último precepto no requiere una declaración previa del estado de desamparo, ni mucho menos, que éste haya sido propuesto precisamente por la Administración*».

d.– Por último, hay que señalar que cuando interviene la jurisdicción penal respecto de la eventual comisión de un ilícito de estas características, cabe adoptar decisiones sobre la situación de menores e incapacitados, ya sea en fase de medidas cautelares ya sea en la propia sentencia que resuelva sobre la cuestión de fondo. Los ejemplos son muy numerosos, y pueden ir desde los casos en que se denuncien malos tratos por parte de los padres, situaciones de abuso, tráfico de menores, etc.³⁸. En el ámbito de la Jurisdicción de Menores, la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, ha introducido un nuevo supuesto en el que las entidades públicas de protección de menores³⁹ han de adoptar medidas de protección adecuadas. Se trata de los casos, generalmente, de violencia de los hijos sobre sus propios padres o familiares, en los que se decreta una orden de alejamiento sobre el menor, lo que determina, automáticamente, que el mismo deba abandonar el domicilio familiar, siendo preciso buscar un núcleo de convivencia para él (art. 7.1.i). Surge así una figura de guarda administrativa.

e.– Desde la perspectiva judicial, se aprecia la necesidad de replantear la regulación de la intervención de los Jueces y Tribunales en relación con la persona y los bienes de la personalidad. En la actualidad, muchas de las cuestiones que se suscitan en este ámbito se encauzan por la vía de la jurisdicción voluntaria. Pero día a día se comprueba que ése es un estrecho marco para abordar cuestiones que implican generalmente derechos fundamentales de la personalidad⁴⁰. La regulación propia de la jurisdicción voluntaria es absolutamente insuficiente para enjuiciar pretensiones de este tipo, y esta circunstancia puede estar en la base del fracaso del Proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria que se remitió a las Cortes en la legislatura que toca a su fin. Parece, por ello, necesario que las cuestiones atinentes a la persona se segreguen del ámbito de la jurisdicción voluntaria, que quedaría básicamente para cuestiones de orden patrimonial. Se puede traer a colación el ejemplo del procedimiento de internamiento involuntario, que en la actualidad se regula en el art. 763 LEC, lo que viene a demostrar que estos ámbitos referidos al gobierno de la persona no son cuestiones de jurisdicción voluntaria, sino que se trata de algo diferente.

También se pone de manifiesto que es preciso asumir una idea que se ha extendido por los sectores doctrinales de ciertos países referida a los denominados «Juzgados de Solución de Problemas», que surgen «para intentar resolver no sólo los aspectos

(38) El celo de los poderes públicos en la materia puede llegar a su intervención en casos en los que los padres deciden sacar a sus hijos del colegio para continuar la educación en el propio domicilio, en un fenómeno denominado «homeschooling», con mayor predicamento en países anglosajones.

(39) Como aclara la Disposición Adicional Única de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, son las Comunidades Autónomas las competentes para designar a las entidades públicas.

(40) Los medios de comunicación dan noticia, ocasionalmente, de asuntos especialmente sensibles, como es el caso de peticiones de fecundación asistida «post mortem», autorizaciones para practicar actuaciones próximas a la eutanasia, etc. Generalmente se pone de manifiesto que la jurisdicción voluntaria se queda muy estrecha para este terreno. Por ejemplo, es difícil aplicar en este ámbito la regla del art. 1.817 Ley de Enjuiciamiento Civil anterior, que ante la oposición de alguna de las partes, determina la transformación del expediente en contencioso, remitiendo a la tramitación que corresponda. La celeridad que preside estas situaciones impide, en la generalidad de los casos, seguir los trámites del juicio ordinario. ¿Cómo es posible, por otra parte, que la esterilización de incapaces únicamente tenga una previsión normativa en el art. 156 párrafo 2º Código Penal?

tos objeto de la disputa sino también la serie de problemas humanos que son causa de las mismas, lo que implica la conexión con servicios sociales, sanitarios o de otra índole»⁴¹. Se puede citar, entre otros, los Juzgados de Menores y los Juzgados de Incapacidades e Internamientos.

2.4. Diferencias entre menores e incapacitados a estos efectos

Como ya he puesto de manifiesto, dado que la incapacitación se decreta por sentencia, existe respecto de las personas incapacitadas una intervención judicial «ab initio» por definición. Una vez decretada la incapacitación, nace la tutela sobre la persona incapacitada, lo que genera, de forma automática, un control judicial de la situación, unido a la vigilancia del Ministerio Fiscal. Si se produce una situación de falta de cuidado o de falta de atenciones para la persona incapacitada, se iniciará, con toda probabilidad, una actuación del Ministerio Fiscal y del órgano judicial, que puede desembocar en la remoción del tutor. Si efectivamente no existen familiares o allegados que puedan asumir el cargo tutelar, procederá la designación de la entidad pública como tutor, de conformidad con lo establecido en el art. 102.1.g) LDP. Todo ello significa que no se producirá una situación de desamparo en sentido estricto, pero sí que se iniciará una tutela a cargo de la Administración Pública⁴².

Por el contrario, tratándose de menores, es obvio que para ser menor no es preciso que se dicte ninguna sentencia judicial. En caso de que los padres descuiden a sus hijos y se desemboque en la situación de desamparo, no existirá constituida una institución tutelar que permita al Ministerio Fiscal y a la autoridad judicial el control y la intervención en dicha situación. Será la Administración la que intervenga directamente.

Por lo que se refiere a la actuación del Ministerio Fiscal, dadas las reglas de legitimación activa para instar la incapacitación, cuando una persona está desamparada, pero no incapacitada, el Ministerio Fiscal tiene legitimación activa para interponer la demanda de incapacitación, de conformidad con lo establecido en 757 LEC. Otras personas o entidades se pueden dirigir al Ministerio Fiscal para poner en su conocimiento tal situación. Para las autoridades y funcionarios públicos que por razón de sus cargos conozcan dicha situación (trabajadores sociales, servicios sanitarios, residencias geriátricas, etc.), esta comunicación se configura como una verdadera obligación⁴³.

(41) FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy, *Salud mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario*, Madrid, CERMI, 2007, p. 17.

(42) En el seno de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, se puso de manifiesto por D. Rafael Santacruz Blanco el hecho de que lo normal es que el Juez, en su función de control de la tutela, conozca la situación con anterioridad a la Administración; y D. Jesús Delgado Echeverría señaló que es difícil que se produzca la situación de desamparo de un incapacitado; reunión de 20/4/2005 (*Actas de las Sesiones de la Comisión*, cit., Acta nº 201, p. 2). Como indica PARRA LUCÁN (*Manual de Derecho Civil Aragonés*, cit., p. 216) «la incapacitación da lugar a todo un mecanismo de protección y será difícil que, en el ejercicio de las funciones de vigilancia y control que la ley les encomienda, Ministerio Fiscal y Juez (art. 90), no adopten las medidas precisas para, en su caso, evitar la situación de desamparo. Si así fuera, se pondría en marcha el sistema de delación legal previsto en la Ley de Derecho de la Persona».

(43) Vid. COMES MUÑOZ, Elena, y ESCALONILLA MORALES, Blanca M^a, «Discapacidad y procedimiento de incapacitación», en la obra colectiva *Los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, CGPJ – Caja Madrid, 2007, vol. I, pp. 186 y ss.

La situación de hecho que genera buena parte de las intervenciones con menores es la de malos tratos, que es menos frecuente cuando se trata de incapacitados. Tratándose de incapacitados, es más frecuente que se den casos de falta de atención, ya sea por desinterés, ya sea por la concurrencia de dificultades para prestar dicha atención⁴⁴.

En fin, la situación de los menores que se encuentran en desamparo, y que pasan a estar bajo la tutela o la guarda de la Administración, en muchos casos, afortunadamente, es transitoria, de tal forma que se intenta implantar otra figura más estable, como puede ser la reintegración a la familia biológica, la tutela en el seno de la familia extensa, la adopción, etc. Se trata del denominado principio de «provisionalidad»⁴⁵. En cambio, cuando se trata de personas incapacitadas, la mayor parte de las veces la situación se «cronifica», y no es viable que la persona deje de estar bajo el amparo de la Administración.

Termino este apartado, con la reseña de una idea apuntada por GIL RODRÍGUEZ⁴⁶ para explicar por qué en el régimen del Código civil los incapacitados no son beneficiarios de las medidas de protección otorgadas para los menores, y es que dichas medidas se configuran para facilitar la adopción.

3. PROTECCIÓN DE MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

3.1. *Idea general. Evolución normativa*

Dado que el ámbito de la protección de menores ha sido más estudiado a lo largo de los últimos años, y dado que las intervenciones de quienes me acompañan en la mesa se refieren al ámbito de los menores, me limitaré a destacar algunos temas de cierta relevancia en esta materia⁴⁷.

(44) En ocasiones, en el seno de procesos penales, y a raíz de alguna agresión, se impone una orden de alejamiento a la persona incapacitada respecto de sus familiares o allegados. Se trata de situaciones en las que la persona incapacitada presenta cierta conflictividad, desembocando en una actuación de la jurisdicción penal, en la que dado que nos encontramos en el ámbito de la violencia doméstica, se impone una orden de alejamiento, ya sea como medida cautelar ya sea como pena en sentido estricto. Estos casos, que también se pueden dar en materia de menores, son más propicios para una simple guarda administrativa sin asunción de la tutela automática, pero tratándose de una persona incapacitada con frecuencia se deriva el problema hacia la remoción del cargo de tutor y hacia el nombramiento de la Administración Pública como tutor.

(45) El preámbulo de Proyecto del Gobierno de Aragón de Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo recoge esta idea: «La tutela administrativa de los menores en situación de desamparo está concebida en el ordenamiento jurídico como una situación de carácter provisional que, en principio, debe dar paso a otras situaciones más estables para el menor, como la reintegración a su familia de origen o la adopción. Sólo cuando esto no sea posible o conveniente para el interés del menor, la tutela del menor devendrá en definitiva, hasta su mayoría de edad».

(46) *Manual de Derecho Civil*, cit., p. 244.

(47) Siguiendo a GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel («Acción Social», en la obra colectiva *Derecho Público Aragonés*, EMBID IRUJO, Antonio [Dir.], 3ª ed., Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2005 [1ª ed. 1990], p. 589), conviene indicar que «bajo la denominación protección de menores nos encontramos con un conjunto de políticas públicas que pueden ser articuladas a través de un tratamiento iuscivilístico, penal, propio del Derecho administrativo o, incluso, desde el carácter esencialmente tuitivo que posee el Derecho laboral. A veces es muy difícil deslindar en este ámbito lo que son aspectos exclusivamente propios del Derecho privado de algunas actuaciones administrativas».

Sobre la protección de menores debe hacerse notar que el art. 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, BOE de 31/12/1990) señala en su art. 20.1 que «los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado»⁴⁸. El art. 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre 1966 (BOE de 30/4/1977) establece que todo niño tiene derecho «a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado». Por su parte, el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también de 16 de diciembre de 1966 (BOE de 30/4/1977) señala que deben adoptarse medidas de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes.

El tratamiento jurídico de los menores en situación de desamparo tiene mayor tradición en nuestro ordenamiento jurídico que el de las personas incapacitadas. Dejando atrás la actuación clásica en materia de «beneficencia» y la intervención de los Tribunales Tutelares de Menores⁴⁹, ya desde el año 1987 se atribuye a las Administraciones Públicas la competencia directa en materia de protección de menores, destacando la potestad para dictar la declaración de desamparo y para ejercer la tutela automática por la Administración (art. 172 Cc) todo ello mediante la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción y otras formas de protección de menores⁵⁰. Como se sabe, el Proyecto de Ley se gestó en el Ministerio de Asuntos Sociales, llegando a facultar a la entidad pública correspondiente para que por su propia autoridad y sin intervención judicial pudiera incluso privar de la guarda y custodia de los menores a sus padres o allegados. Como indica GARCÍA CANTERO⁵¹, ello provocó una intensa discusión a nivel doctrinal, e incluso ciertas dudas sobre la autoridad de las entidades públicas para actuar sin necesidad de autorización o aprobación judicial. Se ha llegado a afirmar, con acierto, que con la Ley de 1987 y su continuación con la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, el Legislador estaba «empeñado en el diseño de un esquema

(48) Sobre la Convención puede verse FERNÁNDEZ SOLA, Natividad, *Protección internacional de los derechos del niño*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1994; VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, Barcelona, Bosch, 2006.

(49) Sobre esta cuestión es interesante el estudio de JIMÉNEZ AYBAR, Iván, *Pasado, presente y futuro de la protección de menores en Aragón*, Zaragoza, Ayuntamiento de Zaragoza, 1998, pp. 15 y ss.

(50) El origen se remonta a la reforma del Código civil por Ley de 13 de noviembre de 1987, y su análisis puede verse en IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda asistencial, tutela «ex lege» y acogimiento de menores (en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Barcelona, Cedecs, 1996, p. 164, quien señala que fue fruto de la propuesta de los grupos Nacionalistas Vascos y Socialista, a través de una enmienda transaccional en el seno del Congreso de los Diputados.

(51) GARCIA CANTERO, Gabriel, «El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas», *Actas de los XIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza y Teruel, 2003), Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2004, pp. 245 y ss. En las mismas Jornadas también SORIANO IBÁÑEZ, Benito [«El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas», *Actas de los XIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza y Teruel, 2003), Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2004, pp. 254 y ss.] analiza la cuestión sobre el acierto o no de desjudicializar esta materia.

que obvia o retrasa la intervención judicial y busca la eficacia inmediata de la autoridad gubernativa»⁵².

Además de la referida Ley, cabe citar, a los efectos del tema que nos ocupa, la Ley de Aragón 10/1989⁵³, de 14 de diciembre, de Protección de Menores, que supuso la ordenación de los recursos de carácter social en éste ámbito⁵⁴. En consonancia con el contenido de esta Ley, se aprobó el Decreto 79/1995, de 18 de abril, por el que se regula el procedimiento de declaración de desamparo e instrumentos de protección establecidos en la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores.

Con posterioridad, a nivel de España, se dictó la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con una doble finalidad: efectuar una ordenación del status jurídico del menor, básicamente en orden al reconocimiento de una serie de derechos fundamentales, así como perfeccionar el sistema fijado en la Ley de 1987. Las novedades introducidas en dicha Ley motivaron que se promulgara la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, que derogó la Ley autonómica de 1989⁵⁵.

La promulgación y correspondiente entrada en vigor de la Ley de Derecho de la Persona determina que las figuras previstas en la Ley de la infancia y la adolescencia en Aragón, y en general, todas las figuras de protección de menores, no dependerán del contenido del Código civil, de tal forma que una eventual modificación del mismo no tendrá relevancia para esta norma⁵⁶. En esta línea, cabe hacer notar que la capacidad de los menores sujetos a las diferentes medidas de protección será la determinada por su edad, conforme a las reglas que se plasman en la Ley de Derecho de la Persona para un menor de la edad y de las condiciones que se regulan en dicha Ley: debe atenderse al hecho de que tenga o no catorce años de edad, a las determinaciones que hayan podido establecer válidamente otras personas sobre su esfera patrimonial, etc.

(52) GIL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Civil*, cit., p. 244.

(53) Sobre esta Ley: JIMÉNEZ AYBAR, *Pasado, presente y futuro de la protección de menores en Aragón*, cit., pp. 105 y ss.

(54) La Ley de Aragón 4/1987, de 25 de marzo, de ordenación de la acción social (vigente en el momento de redactar estas líneas), se limita a señalar en el art. 13: «La Diputación General de Aragón prestará en cada provincia un servicio de acogida y atención primaria de menores que se encuentren en situación de abandono, semiabandono, malos tratos y, en general, cualesquiera de los previstos en el artículo 1º de la presente Ley.

«Se realizarán las funciones de encauzamiento, información y orientación de los casos que se le presenten, así como la valoración de los mismos. Igualmente, prestará el asesoramiento técnico oportuno a los juzgados competentes en la materia, si así lo solicitasen».

(55) Vid. sobre esta cuestión: JIMÉNEZ AYBAR, Iván, «*Perspectivas en materia de protección de menores en Aragón tras la reforma del Código civil de 15 de enero de 1996 (L.O. 1/1996)*», RCDA, 2000-1, pags. 129 y ss. Sobre la Ley de la infancia y la adolescencia en Aragón resulta ineludible consultar el estudio coordinado por GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Comentario de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2002.

(56) Vid. SERRANO GARCÍA, «*Aspectos civiles de la Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores*», cit., pp. 18 y ss.

En el momento en que se finaliza la redacción de estas líneas se encuentra ya ultimado por el Gobierno de Aragón el Proyecto de Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo, en desarrollo de las correspondientes materias de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, que sustituirá al Decreto 79/1995, y sobre el que se viene trabajando desde hace varios años. Este Proyecto de Reglamento mantiene la vigencia del Decreto 188/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento administrativo previo a la adopción nacional e internacional de menores⁵⁷.

En cuanto a la legislación estatal, cabe destacar, por último, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, que ha introducido determinadas modificaciones en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con la protección de menores.

3.2. La actividad del Gobierno de Aragón a través del Instituto Aragonés de Servicios Sociales: estadísticas de menores

Como he indicado, el tema de la ponencia tiene un importante componente social, lo que determina que la concreta realidad del fenómeno que nos ocupa adquiera capital relevancia⁵⁸. A continuación se reflejan las estadísticas más significativas de la intervención del Instituto Aragonés de Servicios Sociales respecto de la protección de menores⁵⁹. Los datos se refieren a 31 de diciembre de 2007.

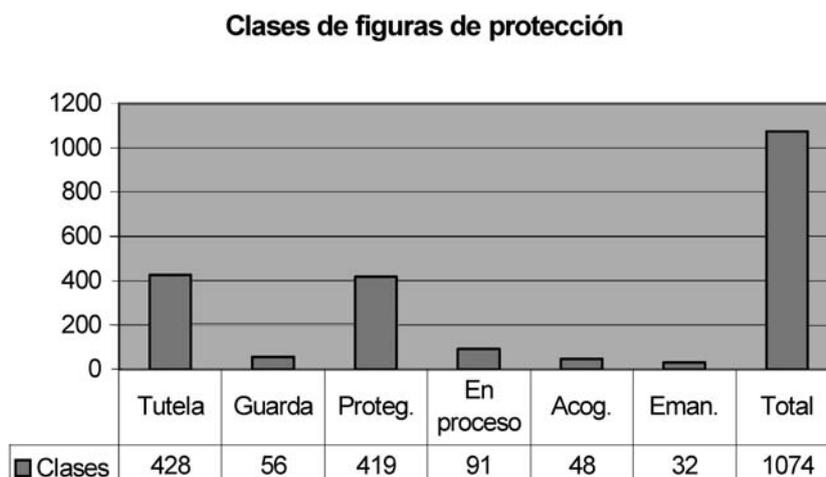
En primer lugar, conviene atender a los datos generales de los menores bajo algún sistema de protección.

(57) En una Recomendación del Justicia de Aragón dirigida a la Consejería de Servicios Sociales y Familia (Expte. DI-1927/2007-6), fechada el 5/2/2008, se advierte de la procedencia del desarrollo reglamentario de la Ley de la Infancia y la Adolescencia en lo referente a los centros de protección de la Comunidad Autónoma, regulando sus clases, autorización, procedimiento de ingresos y bajas, organización, funcionamiento y derechos-deberes de los menores usuarios.

(58) Sobre la tarea desplegada por las entidades de protección de menores en Aragón, cabe citar la existencia de diferentes estudios que abordaron el tema en años pretéritos, entre los que procede citar el estudio sobre la aplicación de las normas en la materia de PICONTO NOVALES, Teresa, «Política y Derecho en la aplicación de la nueva normativa aragonesa de protección de menores», RAAP, n° 2, 1993, pp. 313 y ss.

(59) Sobre la diferenciación entre la «Justicia de Menores y la protección de la Infancia», vid., BERNÚZ BENÉITEZ, María José, *De la protección de la infancia a la prevención de la delincuencia*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1999, pp. 267 y ss.

Gráfico 1: Menores bajo la protección del Instituto Aragonés de Servicios Sociales según la clase de figura de protección.



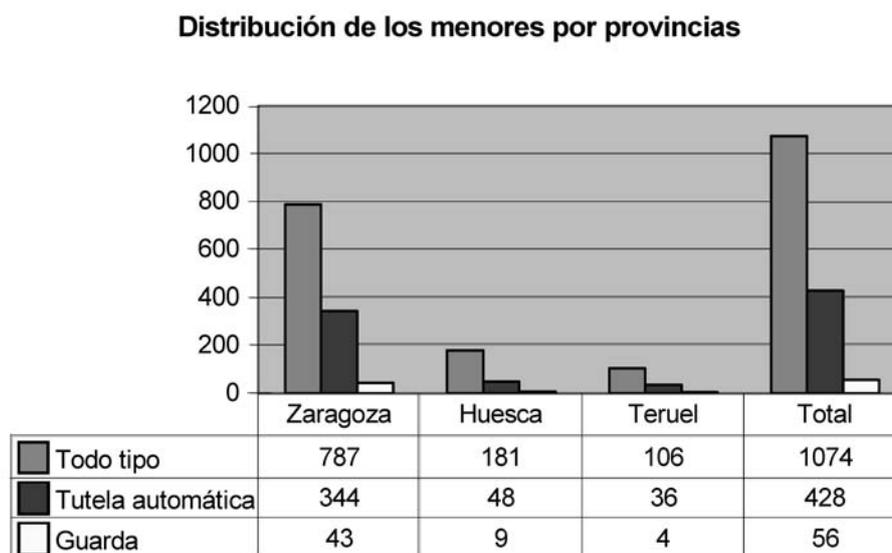
Fuente: Elaboración propia conforme al cuestionario sobre menores sujetos a protección y reforma en Aragón año 2007. Servicio de Protección a la Infancia y Tutela.

De los datos reflejados en el cuadro cabe destacar el número total de menores bajo algún sistema de protección, que alcanza los 1.074 menores (en España la cifra total alcanza unos 27.000 menores). Esta cifra supone un incremento del 10% respecto del año 2006, aunque en los años anteriores se apreciaba cierta estabilidad. Cabe pensar que, aunque efectivamente cada año existe un determinado número de menores que precisan de algún tipo de medida de protección, una vez que otros jóvenes alcanzan la edad de 18 años dejan de estar bajo la competencia del Servicio de Protección a la Infancia y Tutela, y desaparecen de las estadísticas.

En cuanto a la concreta figura de protección, debe hacerse notar que no todos los menores están bajo la tutela (en sentido estricto) de la entidad pública, sino que esta figura queda reservada para un 40% aproximadamente de los casos. Dicho de otra forma, en un 40% de los casos ha intervenido el Instituto Aragonés de Servicios Sociales por haberse apreciado una situación de desamparo en sentido estricto. Asimismo, hay un 40% de menores respecto de los que se han adoptado medidas menos «invasivas», y que continúan bajo la custodia familiar con diversas medidas de apoyo y control de la familia.

A continuación se reflejan los datos distribuidos por provincias, destacando, lógicamente, la provincia de Zaragoza:

Gráfico 2: Distribución por provincias de los menores sujetos a la actividad de protección de menores del Instituto Aragonés de Servicios Sociales.



Fuente: Elaboración propia conforme al cuestionario sobre menores sujetos a protección y reforma en Aragón año 2007. Servicio de Protección a la Infancia y Tutela.

Por otra parte, parece interesante conocer cuál ha sido el resultado de las impugnaciones que por la vía del art. 780 LEC se han dirigido respecto de las resoluciones administrativas adoptadas en materia de protección de menores. Según las fuentes consultadas⁶⁰, la impugnación alcanza tan solo a un 10% de las decisiones sobre protección de menores. De este reducido porcentaje, a su vez, tan solo el 10% de las demandas son estimadas⁶¹, y en ocasiones se trata, no ya de la declaración de desamparo, sino de la idoneidad para adoptar. Estos datos significan que las decisiones administrativas sólo son rectificadas en el 1 % de los casos, sin que ello suponga que se trate en todos los casos de la declaración de desamparo.

3.3. Cuestiones prácticas

En el ámbito de la protección de menores la experiencia nos enseña que existe una dificultad esencial: el tiempo juega a favor de las situaciones de hecho⁶². ¿Cómo se vuelve atrás en una retirada de la custodia de menores que son entregados en acogimiento, o incluso en adopción, a otra familia? En España tenemos destacados precedentes sobre cuestiones de este tipo. Quizás uno de los más destacados sea el de la

(60) Manifestaciones de Rafael Santacruz Blanco, a la sazón Director General de Asuntos Jurídicos y Relaciones Institucionales, en el seno de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, así como las de varios jueces de familia.

(61) En ocasiones se trata de la idoneidad para la adopción, como el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30/4/2002 (Id. Cendoj: 50297370042002100233, Sec 4ª, Navarro Peña).

(62) Para otras dificultades en la materia: PICONTO NOVALES, Teresa, «La aplicación del Derecho de protección de menores en la Comunidad Autónoma Aragonesa», cit., pp. 282 y ss.

llamada «niña de Benamaurel» [también conocida como la «niña de Bormujos»]. Este asunto provocó una acerada discrepancia entre un Juez de Familia de Sevilla, y una Sección de la Audiencia Provincial. En una atrevida actuación, el Juez de Familia llegó a denegar la ejecución de una retirada de la guarda y custodia de los padres de acogida que había sido decidida por la Audiencia Provincial. La joven llegó a tener a lo largo de su vida cinco familias, que la conocieron por cuatro nombres diferentes. En la disputa intervino incluso el Tribunal Constitucional, que anuló la decisión de la Audiencia Provincial⁶³.

Del mismo modo, ha recobrado actualidad otro asunto que se suscitó entre el mismo Juez y la misma Sección de la Audiencia Provincial de Sevilla. Tras una actuación de la Junta de Andalucía, y la correspondiente impugnación de las decisiones de la misma ante la jurisdicción civil, se llegó a fijar una importante indemnización de daños y perjuicios a favor de la madre de dos niños (1,7 millones de euros), que el Tribunal Constitucional, mediante sentencia 11/2008, de 21 de enero de 2008 (Sala 2ª), considera ajustada a la Constitución⁶⁴.

(63) La menor fue adoptada legalmente por un matrimonio de Bormujos. Sin embargo, en 1993 la Junta de Andalucía declaró el desamparo de la pequeña por supuestos malos tratos y fue trasladada a un centro de acogida, si bien posteriormente el juzgado revocó el desamparo y ordenó el retorno de la niña. En aquel momento la menor se encontraba ya con su familia actual, en Benamaurel, quienes recurrieron la decisión. En 1997 el Juez de Familia número 7 acordó declarar «imposible de ejecutar» el retorno de la menor con sus padres adoptivos basándose en el interés de la menor. La Sección 6ª de la Audiencia de Sevilla revocó el auto en 1998 ordenando la vuelta a Bormujos aunque el magistrado en su lugar hizo comparecer a la niña y tras escuchar su testimonio resolvió que el regreso de la pequeña con la familia adoptiva sería «gravemente dañoso, pernicioso y contraproducente para su integridad psíquica». Por último, tras un nuevo pronunciamiento de la Sección 6ª de la Audiencia de Sevilla ratificándose en el regreso de la pequeña a Bormujos, la familia de acogida recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, quien finalmente declaró nulo el auto de la Audiencia por carecer de «rigor lógico».

(64) La Junta de Andalucía acordó la retirada de los hijos a una mujer en 1999 —entonces de 4 y 5 años— con base en su alcoholismo. A pesar de demostrar meses después su total rehabilitación, en 1998 Asuntos Sociales decretó el desamparo de los pequeños y automáticamente inició los trámites de preadopción por una familia de Dos Hermanas. Dos años después y cuando daban por muerta a su madre, tal como les comentaron en el último centro de acogida antes de entregarlos a los padres preadoptivos, los niños se reencontraron con ella en la Audiencia Provincial que determinó que los niños debían volver con su madre biológica. El juez de familia competente en el caso, D. Francisco Serrano, decretó un programa de acercamiento entre madre e hijos previo a la entrega definitiva que nunca se produjo. Dos años después, la Audiencia insistió sin éxito en que se efectuara la entrega inmediata de los niños y daba como probado que los dos niños estaban siendo influenciados negativamente por la familia de acogida. En 2002 la misma instancia judicial determina la imposibilidad legal de devolver la custodia de sus hijos a la madre e insta a determinar la indemnización. Más tarde, una hija decidía volver con su madre, pero muy poco quedaba de aquella niña de cinco años.

El Tribunal Constitucional mediante sentencia 11/2008, de 21 de enero de 2008 (Sala 2ª), ha rechazado el recurso de amparo formulado por la Junta de Andalucía frente a la decisión de la Audiencia Provincial de indemnizar a la madre con 1,7 millones de euros. Desgraciadamente, la madre falleció en diciembre de 2007. El Tribunal Constitucional señala lo siguiente: «En las resoluciones ahora impugnadas no se observa (conforme advierte el Fiscal) aquella quiebra lógica e incoherencia que determina, a efectos exclusivos del control de constitucionalidad, la irrazonabilidad manifiesta de la motivación, dado que la Sala sentenciadora adopta unos criterios indemnizatorios que, independientemente de su grado de acierto, toman el daño (físico y moral) causado a la actora por la separación de sus hijos como premisa de la determinación de la indemnización sustitutoria de la ejecución que le reconoce el fallo ejecutado; daño que viene a consolidar y a actualizar el pronunciamiento firme que declara la imposibilidad

Este tipo de situaciones revelan que las decisiones de la entidad pública deben adoptarse con todo el rigor y con toda la cautela necesarias⁶⁵. También ponen de manifiesto que si se han dado unos determinados pasos en un sentido, es muy difícil la marcha atrás, y que, en ocasiones, pese a que los padres puedan haber recuperado su aptitud para ejercer como tales, no siempre el interés del menor aconsejará su vuelta con ellos⁶⁶. En las conclusiones de las Jornadas sobre «Jurisdicción voluntaria y motivos de incapacidad. Especial atención a la nueva legislación» [Las Palmas, 13, 14 y 15 de junio de 2007]⁶⁷ se llega a proponer la fijación de un plazo de caducidad para las reclamaciones en esta materia. Precisamente, la Ley de Adopción Internacional de 28 de diciembre de 2007 ha modificado el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en esta materia. En primer lugar, ha introducido en el art. 780 LEC plazos para el ejercicio de la acción de impugnación de las decisiones administrativas: tres meses para la oposición a la resolución administrativa por la que se declare el desamparo de un menor, y dos meses la oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores. En segundo

de reintegración de los menores a la convivencia con su madre, haciendo definitiva la situación de separación de los menores. Ello se desprende claramente del fundamento jurídico quinto del Auto impugnado, de 30 de diciembre de 2005, en el que la Sala indica expresamente los dos criterios que ha seguido para fijar el quantum indemnizatorio: “el de la enfermedad padecida por la solicitante a causa del sufrimiento, y el de la pérdida de los hijos, y este segundo criterio a su vez ha de tener en cuenta, por una parte, el tiempo que ha estado apartada de los mismos, que se puede hacer equivalente a una privación de libertad indebida a los solos efectos indemnizatorios...”.

(65) En la sugerencia del Justicia de Aragón tramitada como Expte. DI-698/2003-6, se indica que «se viene observando que algunas de las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores podrían incorporar una mayor motivación de la decisión adoptada, pues en ocasiones se limitan a reflejar en los fundamentos jurídicos los preceptos legales que son de aplicación, sin mayores especificaciones o datos sobre su relevancia en el caso concreto; en otras, se expresa una motivación excesivamente genérica, o se hace referencia a informes elaborados por los técnicos cuyo contenido no se expresa. Este aspecto de las resoluciones administrativas suele ser objeto de queja por parte de los ciudadanos, que nos ponen de manifiesto la dificultad que encuentran a la hora de impugnar la resolución de que se trate, precisamente por la ausencia de una suficiente motivación que integre su contenido y fundamento, para el caso concreto, la decisión adoptada». Por ello se formula una sugerencia en los siguientes términos: «Que en los procedimientos administrativos que se tramiten en el ámbito de la protección de menores, se preste especial cuidado al cumplimiento de la normativa aplicable en materia de motivación de los actos y resoluciones que se dicten».

(66) Como indica SALANOVA VILLANUEVA («*Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*», cit., p. 68), «sea como fuere, el paso del tiempo y la injusticia de la situación así generada no es argumento suficiente para devolver al niño con sus padres o para considerar que la decisión adoptada finalmente en contra de éstos sea sustantivamente contraria al artículo 8: los Tribunales deben juzgar de acuerdo con la situación y los intereses presentes del menor. Esta afirmación es válida no sólo en los supuestos de dilatación anormal de un procedimiento, sino también cuando el efecto negativo del transcurso del tiempo es fruto de la falta de coordinación (...) o en los casos en los que, firme una determinada resolución favorable a los padres, ésta no se ejecuta y, de nuevo con el paso del tiempo, lo inicialmente decidido mas nunca cumplido deja de ser conforme al interés del menor».

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5ª) de 15/6/2004 (JUR 2004\212525, Hernández Barea) indica lo siguiente: «Y el derecho de éste a tener una familia estable y afectuosa ha de primar sobre el derecho de quien, no habiendo atendido las necesidades del menor, ahora se encuentra rehabilitada y pretende ocuparse del mismo cuando otros lo llevan haciendo años en su defecto».

(67) Organizan: Consejo General del Poder Judicial, Fundación Æquitas, Colegio Notarial de las Islas Canarias Colaboran: Colegio de Abogados de Las Palmas, Obra social de Caja Madrid.

lugar, ha introducido plazos máximos para que sea factible reclamar el retorno a la familia de origen⁶⁸.

La entidad pública con cierta frecuencia considera oportuno dar por finalizada la tutela automática y dar inicio a otra figura de protección en el seno de la familia extensa. Pero este propósito puede chocar con la regla según la cual la entidad pública sólo puede promover la tutela ordinaria si se ha decretado la privación de la autoridad familiar; regla que parece recoger el art. 108 *i.f.* LDP⁶⁹. Sin embargo, esta solución puede representar una grave dificultad para dar una respuesta a situaciones específicas de menores⁷⁰.

Es interesante respecto de la protección de menores en el ámbito del Derecho Aragonés, la figura de la autoridad familiar de otras personas, que la Ley de Derecho de la Persona regula en los arts. 72 a 76⁷¹. Hay que tener en cuenta que el art. 2.2 LDP

(68) Así, el nuevo art. 172.7 Cc señala que «durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el número 1 de este artículo, están legitimados para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo del menor, si por cambio de las circunstancias que la motivaron entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. Igualmente están legitimados durante el mismo plazo para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor. Pasado dicho plazo decaerá su derecho de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo». Por su parte, el apartado 8 dispone lo siguiente: «La entidad pública, de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá en todo momento revocar la declaración de desamparo y decidir la vuelta del menor con su familia si no se encuentra integrado de forma estable en otra familia o si entiende que es lo más adecuado en interés del menor. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal».

(69) En este sentido se pronunciaba SERRANO GARCÍA, José Antonio, «Aspectos civiles de la Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores», cit., p. 34, respecto de la legislación anterior. De la misma forma, PALA LAGUNA, Rocío [«La promoción del nombramiento de tutor ordinario: Aplicación del art. 239.2 del Cc. por la Administración de la Comunidad Autónoma aragonesa», en la obra colectiva *Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 1994), Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1995, pp. 20 y ss.] pone de manifiesto que en la práctica dicha posibilidad era mayoritariamente rechazada. También en este sentido para la legislación vigente, PARRA LUCÁN, *Manual de Derecho civil aragonés*, cit., p. 215.

(70) A tal efecto, hay que tener en cuenta que el art. 77.1 LDP exige para la privación de la autoridad familiar que se dicte sentencia «firme». La inclusión de este adjetivo para la sentencia del procedimiento de privación de la autoridad familiar, si se examina con detenimiento, puede representar una grave dificultad en la materia de que nos ocupa. Debe hacerse notar que si bien en otros ámbitos del Derecho de la persona es necesaria una sentencia para que se produzca un determinado efecto, no se exige la firmeza de la misma. Exigir dicha firmeza no puede ser interpretado sino en el sentido de que hasta que no sea firme, la sentencia no tendrá fuerza ejecutiva. A mi juicio, el Legislador aragonés debería haberse limitado a exigir la privación en virtud de sentencia (como sucede con su homólogo, el art. 170 Cc que sólo alude a «sentencia», pero no exige que la misma sea firme). Si sólo se exige el dictado de una sentencia, con anterioridad a la firmeza de la misma será posible acudir a la vía de la ejecución provisional. Cabe hacer notar que el art. 525 LEC no excluye este tipo de sentencias del ámbito de las que son susceptibles de ejecución provisional. Precisamente, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su Disposición adicional primera estableció que los recursos en dicha materia se admitían en un solo efecto, lo que implicaba la ejecución de los pronunciamientos de primera instancia.

(71) La autoridad familiar de otras personas ya se plasmó de forma incipiente en el Apéndice al Código civil del año 1925 (art. 2.1^a y 3^a). En el Informe del Seminario sobre esta cuestión se aclara que los abuelos no son «tutores de los nietos», sino partícipes de la autoridad familiar: ALBALATE GIMÉ-

otorga «preferencia» a la autoridad familiar [cabe entender que también se refiere a la autoridad familiar de otras personas] frente a la tutela o curatela⁷². La doctrina aragonesa considera que esta figura es preferente a otras que puedan confluír sobre el mismo menor⁷³. La novedad más destacada de la nueva regulación es que se puede constituir sin necesidad de intervención de la Administración, ni tampoco de la autoridad judicial. Se trata de una constitución automática, desde el momento en que se den los presupuestos establecidos al efecto, tal y como se desprende del art. 75.1 LDP. Se vuelve, de esta forma, al régimen originario de la Compilación de 1967, modificado por la Ley 3/1985. Por otra parte, la entrada en funcionamiento de la autoridad familiar de otras personas excluye la situación de desamparo⁷⁴.

En relación con la autoridad familiar de otras personas, es de destacar que la Ley de Derecho de la Persona ha establecido una especie de «cláusula de salvaguarda» a favor de los familiares, excluyendo de forma rotunda la intervención administrativa o judicial, en la medida en que el art. 75.4 establece que si no viven los padres, los menores sólo podrán ser retirados de la guarda y custodia de los familiares en caso de maltrato o de incumplimiento de la función de autoridad familiar.

4. INCAPACES E INCAPACITADOS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

4.1. Idea general. Antecedentes legislativos

La protección jurídica de las personas que carecen de aptitud para gobernarse por sí mismas se ha confiado tradicionalmente (desde la óptica del Derecho civil) al instituto jurídico de la incapacitación y de la correspondiente tutela. Por desgracia, todavía siguen de actualidad las palabras que el profesor DÍEZ-PICAZO⁷⁵ escribiera con motivo de la reforma de la incapacitación y de la tutela del Código civil del año 1983, indicando que se trata de una figura de tono arcaizante, y que no se conocen datos fidedignos, ni sobre el porcentaje de personas que son efectivamente incapacitadas judicialmente respecto del total de personas que podrían serlo por carecer de aptitud para gobernarse, ni tampoco sobre el correcto funcionamiento o no de dicha institución, que parece enfocada hacia personas con importantes recursos patrimoniales.

NEZ, Germán, y ALONSO LAMBÁN, Mariano – COMISIÓN COMPILADORA DE DERECHO ARAGONÉS, «Relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes» (1954), *Informes del Seminario (1954-1958)*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, edición de 1996, vol. I, p. 234.

(72) DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (*El Derecho aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional*, Zaragoza, Alcrudo, 1977, p. 83), señalaba al respecto que en Aragón en muchos casos no era preciso constituir la tutela sin que el menor se quede sin guarda. Por su parte, MERINO HERNANDEZ, José Luis («De las relaciones entre ascendientes y descendientes», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. M. Albaladejo, T. XXXIII, vol. 1º, Artículos 1 a 47 de la Compilación de Aragón, Madrid, EDESA, 1986, p. 134) señalaba al hilo de su estudio de la reforma de la Compilación del Derecho Civil de Aragón por la Ley de 21 de mayo de 1985, que ante situaciones de orfandad o de privación de la autoridad familiar no es bueno para el menor la constitución de la tutela.

(73) Vid. SERRANO GARCIA, «Aspectos civiles de la Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores», cit., p. 33.

(74) En este sentido se pronuncia D. Jesús Delgado Echeverría, reunión de 16/2/2005 (*Actas de las Sesiones de la Comisión*, cit., Acta nº 193, p. 3).

(75) «Las líneas de inspiración de la reforma del del Código civil en materia de tutela», en *Documentación Jurídica*, nº 41, 1984, *Monográfico dedicado a la reforma del Código civil en materia de tutela*, p. 3.

De un atento examen de la Ley de Derecho de la Persona, se desprende la existencia de una idea central en esta materia y es la nítida diferenciación existente entre la situación jurídica del incapaz y la situación jurídica del incapacitado⁷⁶. Si bien en otras normas de Derecho Aragonés o de Derecho Estatal se encuentra una cierta confusión terminológica, de tal forma que en ocasiones se utiliza la terminología de forma inapropiada —se emplea el término incapaz como sinónimo de incapacitado y viceversa— en la Ley de Derecho de la Persona existe una absoluta precisión terminológica, fruto de un refinado estudio de la materia que nos ocupa.

Para esta Ley la diferencia entre incapaz e incapacitado estriba en la existencia o no de una sentencia de incapacitación. Si una persona carece de aptitud para entender y/o querer (arts. 31 y 34), o si está aquejado de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter síquico o físico que le impide gobernarse por sí mismo (art. 35), estaremos ante una persona incapaz (en sentido estricto). Depende del foro en el que nos encontremos, se denomina «incapaz en sentido natural», «presunto incapaz» o «discapacitado intelectualmente». Si esta misma persona ya ha pasado por un procedimiento judicial y se ha decretado su incapacitación, estaremos ante una persona incapacitada (en sentido estricto)⁷⁷.

La regulación de ambas situaciones es claramente diferenciada. Se adopta un criterio firme de separación del status jurídico de ambas realidades. La Ley de Derecho de la Persona fija unas reglas básicas sobre la materia de la incapacitación. Se parte de la presunción de capacidad de la persona que no ha sido incapacitada, tal y como se indica en el art. 31 LDP. También se dan ciertas reglas básicas sobre el incapaz no

(76) Vid. PARRA LUCÁN, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, cit., pp. 180 y ss. En el seno de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, D. Jesús Delgado Echeverría al hilo de la regulación de la situación de desamparo de incapacitados, indicaba la conveniencia de precisar esta delimitación y evitar los equívocos surgidos al hilo del art. 239 párrafo 3º Cc (*Actas de las Sesiones de la Comisión*, cit., Acta nº 199, pp. 10-11).

(77) En los países de nuestro entorno se ha superado de alguna forma, el encorsetamiento que supone la figura de la incapacitación y las instituciones tutelares tradicionales. Es procedente traer a colación la exposición que hace GIL RODRÍGUEZ («*La tutela como garantía del bienestar de las personas incapacitadas y del respeto a sus derechos*», Poder Judicial, 2006, nº 81, p. 208, nota 19 [también publicado en *La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*, San Sebastián, Diputación Foral de Guipúzcoa, 2007, pp. 15 y ss. http://www.gizartekintza.net/es/corporativo/documentación/documentacion_14.htm]) sobre determinadas figuras: «La ya veterana «salvaguardia de justicia» (*sauvegarde de justice*), incorporada al Code por Ley de 3 enero 1968, representa la protección más liviana, pues se limita a prevenir un trato ventajoso a quien presenta deficiencias en sus facultades mentales, sin, por ello, retirarle su capacidad de operar en el tráfico jurídico. Se establece a partir de una declaración médica formulada al Ministerio Fiscal.

«La reforma más radical, ya que sustituye el entramado clásico de incapacitación seguida de tutela, es la que se opera en el BGB al introducir y retocar [1990-1998] la institución conocida como *asistencia jurídica* [*rechtliche Betreuung*]. El *Betreuer* es una figura próxima a nuestro curador, pero compatible con la *conservación de la capacidad de obrar por parte del asistido* y sin que proceda su designación, mientras el interesado esté atendido por alguien.

«Entre una y otra, pudiera situarse la administración de apoyo («*amministrazione di sostegno*»), incorporada al Codice por Ley 6/2004 de 6 de enero, y cuyo objetivo proclamado es obtener *la mejor tutela con la mínima limitación de la capacidad* de la persona total o, parcialmente, falta de autonomía para el desenvolvimiento de las actividades de la vida cotidiana. El «administrador de apoyo» debe guiarse por las necesidades y aspiraciones del beneficiario y actuar coordinadamente con éste, sometiendo las discrepancias al juez».

incapacitado, e incluso se puede llegar a hablar de un status jurídico para el mismo⁷⁸. Así, se regula la intromisión en los derechos de la personalidad (art. 32).

La Ley de Derecho de la Persona ha llegado a un tratamiento de los incapacitados asimilado al de los menores, en cuanto a su protección. Existen antecedentes en la normativa que ha precedido al sistema actual. El año 1983, en el seno de la modificación del régimen jurídico de la tutela en el del Código civil por Ley 13/1983, de 24 de octubre, se introdujo, con cierto revuelo doctrinal, la tutela a cargo de las personas jurídicas, en el art. 242⁷⁹, que desde un primer momento se entendió que incluía a las persona jurídico-públicas. Desde dicha reforma este precepto dispone lo siguiente: «Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados». La tutela de las personas jurídicas puede desempeñarse respecto de menores o de incapacitados. En un magnífico estudio sobre la aplicación práctica en la ciudad de Zaragoza de la reforma del Código civil del año 1983 a cargo del profesor SERRANO GARCÍA, se indica que en dicha época (año 1984) el nombramiento de una persona jurídica era poco frecuente⁸⁰. En la actualidad, dejando al margen el nombramiento para el ejercicio de los cargos tutelares por la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la CAA, la designación de personas jurídicas para estos menesteres (prevista en el art. 110 LDP) resulta poco frecuente.

En esta línea, y haciendo un poco de historia, cabe recordar que la Diputación Provincial de Almería creó el 25 de mayo de 1990 el Instituto Almeriense de Tutela como «organismo autónomo local de naturaleza pública, carácter administrativo y sin ánimo de lucro, dependiente de la Diputación Provincial de Almería» y con persona-

(78) Es interesante respecto del régimen del Código civil el esfuerzo de sistematización de GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Barcelona, Bosch, 1992, que se centra en cuestiones tales como el internamiento, la validez de sus actos, o la responsabilidad civil.

(79) Sobre esta cuestión y sobre la reforma de la tutela en general, es forzoso citar los estudios de DÍEZ PICAZO, Luis (Dir.), *Estudio para la Reforma del Código Civil en materia de Tutela*, Madrid, Fundación General Mediterránea, 1977; VARIOS AUTORES, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, dir. por AMORÓS GUARDIOLA, Manuel y BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, Madrid, Tecnos, 1986. Con una orientación más específica: MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras (En consideración al aspecto personal de la tutela)*, Barcelona, Bosch, 1994; BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, *Las personas jurídicas tutoras*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

(80) SERRANO GARCIA, José Antonio, «Sobre la aplicación práctica de la reforma de la tutela en la ciudad de Zaragoza», en la obra colectiva *Estudios sobre la Tutela*, Madrid, Reus, 1986, p. 157. Lo cierto es que buena parte de las constataciones efectuadas por el profesor SERRANO el año 1984 siguen aplicándose en la actualidad. Ciertamente, en la actualidad el estudio le habría resultado más sencillo, por la especialización del Juzgado de Primera Instancia Núm. 13 de Zaragoza en materia de incapacitación y tutela (aunque tiene asumidas muchas otras competencias). Como se sabe, por Acuerdo de 19/12/2002, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (BOE de 30/12/2002), dictado en virtud de lo previsto en el artículo 98 LOPJ, este Juzgado tiene competencia con carácter exclusivo para el conocimiento de las materias comprendidas en los títulos IX y X del libro I del Código Civil, incluidos los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico, declaraciones de herederos, exhortos que no sean cumplimentados en Decanato, alimentos cuyo conocimiento no corresponda a los Juzgados de Familia, expedientes de dominio y demandas de reclamación o impugnación de filiación. También caba indicar que los recursos de apelación sobre incapacitaciones y tutela a nivel provincial se concentran en la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en virtud de las correspondientes normas de reparto.

alidad jurídica propia (art. 4º de sus Estatutos) cuya finalidad es la «protección de personas adultas que no dispongan de plenas facultades para regir su vida y administrar su patrimonio» (art. 1º). Esta necesidad ya fue vislumbrada para Aragón por GARCÍA RODEJA en 1994⁸¹.

El año 1998 en una Consulta de la Fiscalía General del Estado (2/1998, de 3 de abril) sobre la asunción de tutela por personas jurídicas públicas, se manifestaba lo siguiente respecto de la falta de asimilación entre menores e incapacitados: «Tratándose de personas mayores de edad, es precisa siempre la delación judicial: no es aceptable la tesis de extender la tutela automática del art. 172 por vía analógica a los discapacitados mayores de edad que puedan encontrarse en situación de desamparo».

Precisamente, con posterioridad, en la Ley 41/2003, de 18 noviembre 2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, se introdujo una modificación del art. 239 Cc⁸², para insertar un nuevo párrafo (el tercero, vigente en la actualidad), en el que por primera vez en España se contempla la situación de desamparo y la tutela automática para los incapaces.

La mera lectura de este precepto suscita todo tipo de dudas⁸³: ¿Se refiere a los incapaces o sólo a los incapacitados que han sido previamente decretados en tal estado por sentencia judicial? ¿Se abre una nueva forma para la delación de la tutela de los incapacitados a favor de la Administración Pública? ¿Las entidades públicas ostentan la tutela automática de todos los indigentes o desamparados residentes en la correspondiente Comunidad Autónoma?⁸⁴.

(81) GARCÍA RODEJA, Vicente, en su intervención en el coloquio posterior a la ponencia de GARCÍA CANTERO, Gabriel, «La tutela», en la obra colectiva *Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, cit., p. 45, donde indicaba lo siguiente: «...pero gente que no quiere ser tutor. Falla el sistema, un servicio de tutoría establecido por los entes públicos que en estos casos deben ser las Comunidades Autónomas».

(82) Como indica GIL RODRÍGUEZ («La tutela como garantía del bienestar de las personas incapacitadas», cit., p. 202). «La denominada tutela automática de incapaces constituye un caso aparte. Se manifiesta a través de la enmienda núm. 23 del Grupo Socialista en el Congreso, pensando —por lo que su motivación expresa en el «incapaz sometido a tutela pero... en situación de total desamparo moral o material» [Boletín Oficial de las Cortes Generales, VII Legislatura, Serie A: 10 de septiembre de 2003, núm. 154-5, Proyectos de Ley, enmiendas e índice de enmiendas al articulado] y la incorpora —tal cual la redactó el enmendante: en su orden, con sus comas y con sus pronombres— el dictamen de la Comisión de Política Social y Empleo, que actúa con competencia legislativa plena. El tenor literal del párrafo que nos ocupa, «no sufrió» intervención alguna en su breve iter legislativo, por lo que nadie puede disputarle la paternidad al proponente».

(83) GIL RODRÍGUEZ, Jacinto («La «entidad pública» y las «instituciones privadas» en la tutela de incapaces desamparados», en la obra colectiva, *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José [coord.], [Madrid, 2005], Madrid, La Ley, 2007, pp. 191-192) indica en este sentido: «el nuevo párrafo del art. 239 contiene un enunciado que tal como se formula, es llanamente ininteligible: un auténtico galimatías». Lo califica de «terremoto o tsunami». Por su parte, HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar («La tutela asumida por las entidades públicas a favor de los mayores incapacitados: un nuevo y necesario mecanismo de protección jurídico-asistencial», en la obra colectiva, *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José [coord.], [Madrid, 2005], Madrid, La Ley, 2007, p. 598.), ante la necesidad de proporcionar medios y recursos suficientes, la califica como norma programática.

(84) Sobre esta cuestión PALOMINO DÍEZ, Isabel (*El tutor: obligaciones y responsabilidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 160) señala lo siguiente: «Podría pensarse, en un primer acercamiento, que

Desde luego, la «sorpresa» sufrida por las Comunidades Autónomas fue considerable, ante la eventualidad de tener que atender de forma automática y sin mayores trámites a toda persona que pudiera carecer de aptitud para gobernarse por sí misma. Ciertamente, en el texto de dicho precepto se incurre en la confusión terminológica ya apuntada «supra» entre incapaz e incapacitado. Aunque determinadas voces en la doctrina entendieron que el precepto se reducía en exclusiva a las personas previamente incapacitadas⁸⁵, existen otras propuestas interpretativas entre las que destaca la que ha sido concebida por mi maestro, el profesor GIL RODRÍGUEZ⁸⁶, en un valioso esfuerzo por desentrañar la explicación del citado precepto. Conviene recordar que el sistema derivado de este precepto ha estado vigente en Aragón hasta la entrada en vigor de la Ley de Derecho de la Persona el día 23 de abril de 2007⁸⁷. Ya en esta Ley se aprecia, con carácter general, una mejora técnica notable respecto de la regulación críptica que se recoge en el art. 239 párrafo 3º Cc. Como he indicado, en la Ley de Aragón hay una nítida separación entre incapaces e incapacitados. Asimismo, dentro de los incapacitados se debe distinguir:

- a) Los incapacitados a los que por delación dativa se nombra para un cargo tutelar a la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la CAA.
- b) Los incapacitados a los que por delación legal, y por estar en situación de desamparo puede declararse dicha situación, asumiendo la tutela la entidad pública con competencia en la materia (el Instituto Aragonés de Servicios Sociales).

El art. 146 LDP, referido a la guarda administrativa, alude a esta diferencia, cuando distingue los incapacitados en situación de desamparo respecto de los que, indica, la entidad pública tiene la guarda, de los incapacitados que por delación dativa estén bajo su tutela.

Ante todo, la Ley de Derecho de la Persona aclara respecto del art. 239 párrafo 3º Cc que la tutela automática de la entidad pública sólo se refiere a las personas previamente incapacitadas. En consecuencia, los incapaces «naturales», aunque estén en situación de desamparo no quedan bajo la tutela automática del Instituto Aragonés de Servicios Sociales; sin perjuicio de que proceda la aplicación de ayudas propias de los servicios sociales. De esta forma, se racionaliza la actuación de la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos, en la medida en que no parece viable que pueda

cuanto se diga al respecto es de aplicación a la tutela que por ministerio de la ley se ejerce sobre los incapaces. En gran medida esto puede ser así, pero no hay que olvidar que el legislador ha sido muy parco a la hora de regular esta tutela y ello suscita muchas dudas acerca de la normativa que le es aplicable; no se hacen tampoco en el art. 239 Cc remisiones a otros preceptos, cuya aplicación habrá de venir basada en la analogía».

(85) Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, en LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General*. vol. 2º *Personas* (en colaboración con SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, RAMS ALBESA, Joaquín), 4ª ed. en Dykinson, (rev. y puesta al día por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús), Madrid, 2004, p. 151. No obstante, en la doctrina hay opiniones en el sentido de que el precepto no sólo se refiere a los incapacitados en virtud de sentencia, sino también a los «incapaces naturales»: GANZENMÜLLER ROIG, Carlos y ESCUDERO MORATALLA, José Francisco, *Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*, Barcelona, Bosch, 2005, p. 280.

(86) GIL RODRÍGUEZ, «La «entidad pública» y las «instituciones privadas»», cit., pp. 191 y ss.

(87) Vid. PARRA LUCÁN, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, cit., p. 215.

«automáticamente» hacerse cargo de todos los «presuntos incapaces» que se encuentren en situación de desamparo moral o asistencial⁸⁸.

4.2. El incapaz en situación de desamparo

En esta materia es preciso efectuar una nítida diferenciación entre las medidas de protección jurídica del incapaz (entre las que se puede citar las garantías jurídicas para ejecutar el internamiento involuntario en centro psiquiátrico), frente a las medidas de atención social, como puede ser la ayuda domiciliaria de personas necesitadas. Aunque se trate de cuestiones que pueden estar íntimamente conectadas, se mueven en planos diferentes. Cada una de ellas tiene su propio ámbito de funcionamiento y no se deben confundir, ni tampoco creo que sea procedente conseguir las prestaciones sociales por el camino de las medidas de protección propiamente jurídica. Por ejemplo, considero que no es acertado perseguir la obtención de una plaza gratuita en una residencia de la tercera edad para el anciano que padece alzheimer mediante la inhibición familiar a la hora de la designación de tutor, pretendiendo el nombramiento para dicho cargo de la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la CAA.

Si se abre esta vía se generan notables disfunciones. Cabe señalar el caso de que la Comisión decida ingresar al pupilo en una residencia de ancianos, por ejemplo, en Barbastro, y los familiares no deseen que se haga así, porque quieren mantener el contacto con el anciano. Pero resulta que legalmente los familiares ya no tienen ningún vínculo con el incapacitado, y que las decisiones sobre el ámbito personal y patrimonial del pupilo corresponden al tutor.

La demanda de prestaciones sociales en este ámbito se viene incrementando de forma notable en los últimos tiempos. Una de las razones más destacadas es el envejecimiento generalizado de la población, a lo que se une el cambio en las tareas desarrolladas por la familia, que ya no dedica tanta atención al cuidado de personas desvalidas. Según datos recogidos en el Informe del Justicia de Aragón sobre la situación de las residencias para personas mayores en Aragón (Septiembre, 2007), «En nuestra Comunidad Autónoma, constituyéndose la población aragonesa de 1.269.067 habitantes, el 20% de ellos es mayor de 65 años (uno de cada cinco) y la tendencia sigue en alza. Nuestra tasa de envejecimiento es del 21%, frente al 17% que constituye la media española»⁸⁹. Estas circunstancias determinan que nos encontremos ante una de las problemáticas más acuciantes de nuestro futuro próximo, que constituye un ver-

(88) Vid. HERAS HERNÁNDEZ, «La tutela asumida por las entidades públicas», cit., p. 602; para la Agencia Madrileña de Tutela de Adultos.

(89) El informe añade lo siguiente: «En 2050 habrá en España 16.394.839 personas mayores de 65 años, un 30,1% de la población. La ONU ha señalado que, después de Japón e Italia, España será el país más envejecido del mundo. Y respecto al sobre-envejecimiento, la última encuesta del IMSERSO indica que en 2006 había ya dos millones de octogenarios, representando la cuarta parte del total de españoles mayores de 65 años (un 66% más desde 1991). La esperanza de vida se ha situado en 79,7 años de media (83 las mujeres y 76 los hombres). No obstante, se aprecia un cierto sosiego en el ritmo de crecimiento de este colectivo, derivado fundamentalmente del fenómeno de la inmigración que está conllevando la llegada a nuestro país de mayor número de jóvenes y un aumento del índice de natalidad.

dadero reto para toda la Sociedad, y en particular para la Administración Pública, como garante final de la salud y seguridad de los ciudadanos, ante lo insuficiente de la atención familiar, que hoy por hoy es, con mucho, la que mayores cuidados proporciona en este ámbito. El reto para la Administración Pública es, ante todo, de carácter presupuestario.

De la misma manera, existe un reto en orden a la simplificación de los trámites existentes para alcanzar la fijación del status de la persona aquejada de una deficiencia, ya que en la actualidad, los trámites para la incapacitación, para la fijación del grado de minusvalía⁹⁰ o para la atención a la dependencia, son diferentes, de tal forma que para la persona en cuestión y para sus familiares se convierte en un camino muy espinoso. Las consideraciones sobre la mejora de la situación de las personas con discapacidad efectuadas por CABRA DE LUNA⁹¹ revisten notoria importancia en esta materia.

La protección jurídica del incapaz no incapacitado en situación de desamparo se puede alcanzar por diversas vías⁹²:

- a) La primera es la *promoción de la incapacitación en sentido estricto*; siendo factible la solicitud de medidas cautelares al amparo del art. 762 LEC, como por ejemplo, la autorización para entablar demandas en beneficio del presunto incapaz. Asimismo, cabe la puesta en práctica de la tutela provisional al amparo del art. 118 LDP, que contempla la situación de la «persona que puede ser sometida a tutela», y establece la posibilidad de nombramiento de un administrador.
- b) Otra medida es la del *internamiento involuntario*, previsto en el art. 33 LDP y cuya regulación procesal se contiene en el art. 763 LEC, aunque también por la vía del art. 762 LEC cabe solicitar un ingreso forzoso en un centro sanitario o en una residencia de ancianos. En el art. 33 se contempla el internamiento involuntario, no sólo para un centro de salud mental, sino también para los casos de centros de educación o formación y también para los centros residenciales, exigiéndose, en todo caso, que el internamiento comporte privación de libertad⁹³. La novedad más importante respecto del régimen previsto en el

(90) El procedimiento del reconocimiento de la condición de minusválido para acceder a beneficios fiscales, ayudas para minusválidos, reservas de puestos de trabajo, pensiones de invalidez, viviendas adaptadas, plazas en centros especializados, etc., compete a las Comunidades Autónomas a quienes hubiesen sido transferidas esas funciones o, de no estar transferidas, al IMSERSO (Instituto de Mayores y Servicios Sociales), vid. SALAZAR MURILLO, Javier, «Reconocimiento legal de la discapacidad», en la obra colectiva *Los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, CGPJ – Caja Madrid, 2007, vol. I, pp. 735 y ss.

(91) «Las personas con discapacidad ante la Administración de Justicia y el Ordenamiento jurídico: análisis y propuestas desde la óptica del movimiento asociativo», en la obra colectiva *La Administración de Justicia y las personas con discapacidad*, Madrid, Fundación ONCE – Escuela Libre Editorial – CGPJ, 2000, pp. 352 y ss.

(92) Sobre esta cuestión en general, vid. MARTÍNEZ DÍE, Rafael, «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», en GONZÁLEZ POVEDA, Pedro y PICÓN MARTÍN, José Marcos (dirs.), *Los discapacitados y su protección jurídica*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 22, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp.173 y ss.; PASTOR EIXARCH, Luis Ignacio, «El anciano ante la Ley Civil», *Ciencia Forense*, 3, 2001, pp. 93 y ss.

(93) El internamiento involuntario tiene también una dimensión socio-sanitaria, en la medida en que la autoridad judicial lo que hace es «autorizar» el internamiento, pero es necesario atender también a los criterios socio-sanitarios, y a la disponibilidad de recursos en el sistema. Por ello funciona en Ara-

art. 763 LEC se refiere al dato, que a simple vista puede pasar desapercibido en una primera lectura de la Ley, de que la autorización judicial se exige cuando el internamiento se produzca en «contra de la voluntad» de la persona en cuestión. El Legislador aragonés tercia así en la polémica surgida hace ya años respecto de uno de los temas más controvertidos en materia de internamientos involuntarios: la necesidad de tramitar una autorización judicial para aquellos casos en los que existe una imposibilidad por parte de la persona en cuestión de manifestarse a favor o en contra del internamiento. Generalmente, se trata de personas que padecen parálisis cerebral, o de personas que padecen la enfermedad de alzheimer.

La doctrina científica y la Jurisprudencia que se han ocupado del tema, han seguido dos orientaciones, entre las que cabe adherirse a la manifestada en resoluciones de determinadas Audiencias Provinciales, que tras un pausado examen de la cuestión llegan a la conclusión de que en tales casos no es aplicable el procedimiento previsto en el art. 763 LEC (con anterioridad en el art. 211 Cc)⁹⁴.

gón la «Comisión para Ingresos y Seguimiento de los Pacientes en los Centros Sanitarios de Rehabilitación de Salud Mental del Sistema de Salud de Aragón» (cuya regulación se plasma en la Orden del Departamento de Salud y Consumo de fecha 20/4/2005, BOA de 29/4/2005) y el Consejo Asesor de Salud Mental en la Comunidad Autónoma de Aragón (Orden del Departamento de Salud y Consumo de 1/9/2005, BOA de 16/9/2005).

(94) Así, cabe citar (AC 1998\7837) el Auto de la Audiencia Provincial (núm. 540/1998) de La Rioja, de 27/10/1998 (doctrina que se mantiene en —JUR 2002\97548— el Auto Audiencia Provincial núm. 5/2002 de La Rioja, de 22/1/2002), donde se indica lo siguiente: «En cualquier caso se contempla la decisión de internamiento forzoso e involuntario como una medida excepcional, necesaria y como toda actuación de este carácter limitada en el tiempo y transitoria, exigencias que poco o nada concuerdan con la situación de hecho que pretende ampararse en el artículo 211, para una situación en la que sobre la base de una enfermedad o limitación mental, lo que en realidad se necesita y presta es ayuda asistencial. También, la adopción de la medida, tal y como se pretende por el promotor del expediente y si aceptáramos la tesis del Ministerio Público obligaría a la adopción de una medida indefinida en el tiempo, proscritas desde la derogación, por la Ley 13/1983, del Decreto 3 junio 1931, que en su contenido ya era contrario al artículo 17 de la Constitución Española, conforme declaró en su día el Tribunal Constitucional (Sentencia 104/1990 [RTC 1990\104]). Así, el carácter necesario de la medida es más bien dudoso cuando el paciente, pese a sus limitaciones, lo mismo podría recibir la atención y cuidados requeridos en el indicado centro o en su domicilio, lo cual puede depender, en esencia, no tanto del propio estado de la enfermedad y de la existencia de una decisión médica que justifique el internamiento como del acuerdo y voluntad de sus parientes, tutores o instituciones que le asistan y deciden adoptar tal iniciativa corriendo con los eventuales gastos que puede generar su ingreso en una residencia o centro adecuado».

«Por último, la eventual restricción de la libertad ambulatoria que pueda sufrir el afectado no difiere en sustancia de la que podría afectarle en su propio domicilio, del que a buen seguro tampoco podrá abandonar sin compañía o sin la iniciativa de las personas que le custodian, sin que ello obligue a sus familiares o personas que les asisten a interesar una autorización judicial como tampoco se exigiría a los padres o tutores para internar a un menor en un centro educativo, excepción hecha de los que merezcan la calificación de especial, conforme al artículo 271.1 Cc».

También se puede citar (AC 1999\4388) la sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona (Sección 1), de 5/2/1999 (Recurso de Apelación núm. 1792/1997) donde se indica lo siguiente: «las personas de la tercera edad, por el mero hecho de serlo, ni pueden ser equiparadas a presuntos incapaces ni su permanencia en un centro geriátrico supone privación de libertad, por lo que no pueden estar sujetas a control judicial. Consecuentemente, la interpretación general defendida por el Ministerio Público no se atiene al sentido y finalidad del artículo 211 tantas veces citado, por lo que no puede ser asumida por este Tribunal».

La problemática de los internamientos de personas que no se pueden manifestar respecto de su situación personal no pasó desapercibida a los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, encargada de redactar los Proyectos de Ley respecto del Derecho Aragonés, que en el curso de sus sesiones resolvieron incluir una determinada redacción en el que sería el art. 33 LDP, referida a los internamientos por vía judicial. Es sumamente ilustrativa la lectura de las actas de las sesiones de dicha Comisión, que dan buena prueba del sentido que debe darse a dicho precepto. La idea de los miembros era que en tales casos no fuera necesaria la autorización judicial para llevar a efecto el internamiento⁹⁵. Por otra parte, el texto de la Ley de Derecho de la Persona difiere notablemente del contenido del art. 255.1 del Código de Familia de Cataluña, referido a la misma materia, y en el que se aprecia una orientación distinta a la del Legislador aragonés.

- c) Desde hace varios años se viene debatiendo con cierta intensidad sobre los mecanismos precisos para acometer un *tratamiento involuntario por enfermedad mental*

(95) Existen dos debates sobre la cuestión que nos ocupa. En primer lugar, en la reunión de 23/6/2004 (Acta 172), donde se plasma lo siguiente:

«Hay acuerdo en entrar a regular esta intromisión. Lo difícil es determinar qué internamientos son los que conllevan privación de libertad y cuáles los que no. Hay acuerdo en que los internamientos en centros, públicos o privados, meramente residenciales, por muy dura que sea su disciplina, no requieren autorización judicial. Tampoco el internamiento de parálíticos cerebrales.

«Don José García Almazor propone añadir al final del texto «salvo consentimiento del menor». Apoya la propuesta el ponente. Si no consta el consentimiento del menor el centro exigirá la autorización judicial para salvar su responsabilidad.

«A propuesta de Doña Carmen Samanes Ara se sustituye «salvo consentimiento del menor» por internamiento «contra su voluntad» y «conlleve» por «comporte»; con lo cual el texto aprobado queda así:

«3. Para internar al menor contra su voluntad en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial que comporte privación de libertad, se necesita autorización judicial».

Un segundo debate se produjo en relación precisamente con el contenido del art. 33. Así, en la reunión de 29/9/2004 (Acta 177), se indica lo siguiente:

«Don José Antonio Serrano García indica que hemos tratado el tema del internamiento para menores de catorce años en el art. 17.3; este es el lugar de hacerlo en relación con el resto de las personas. Piensa en ancianos, sobre todo, y en su ingreso en residencia. La cuestión tiene, socialmente, mucha trascendencia (...).

«Ante esto, Don Adolfo Calatayud Sierra pone el ejemplo de los enfermos de Alzheimer, y se cuestiona si, en el caso de que la familia decida que procede ingresarles en un centro, necesitan obtener una autorización judicial.

«Don Jesús Martínez Cortés, por su parte, pone el ejemplo frecuente en la práctica, de personas que manifiestan en la notaría su voluntad de no ser ingresados de ningún modo en una residencia, que desean permanecer siempre en casa, o también los casos, que también se dan en la práctica, de varones mayores que viven solos, desnutridos, y que se resisten a ser conducidos a un hospital.

«Doña Carmen Samanes Ara sugiere que estos inconvenientes desaparecerían si en el texto se sustituyera la expresión sin que conste fehacientemente su consentimiento, por el contra su voluntad. De esta manera, en los casos frecuentes, en los que el enfermo no puede prestar su voluntad, no habría necesidad de pedir autorización judicial.

«Se acepta la sugerencia».

Desde luego que pocas veces el criterio de interpretación conforme a la «voluntas legislatoris» a que se refiere el art. 3.1 Cc puede ser más fructífero. Es la propia Doña Carmen Samanes Ara, en la actualidad Magistrada en la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, quien indica que cuando no se puede prestar la voluntad no es necesaria la autorización judicial. Y precisamente ése es el sentido que ha de darse a la expresión plasmada en el citado art. 33.

*grave*⁹⁶. En el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria remitido a las Cortes Generales durante esta legislatura que toca a su fin, se incluyó una previsión sobre esta cuestión. El precepto ni tan siquiera llegó al Senado, puesto que fue rechazado ya en el Congreso de los Diputados. El Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina recoge unas normas básicas para acometer dicha regulación, en su artículo 7, concretándose en la exigencia de que «la ausencia del tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para la salud de la persona y que se observen condiciones de protección previstas por la legislación nacional que comprendan procedimientos de supervisión, control y recurso»⁹⁷.

- d) La *guarda de hecho* se regula en los arts. 142 a 145 LDP, y conforme a la dicción de tales preceptos se puede aplicar, no ya solo a una persona incapacitada, sino también a una persona «que podría ser incapacitada». Se establecen previsiones para el caso de que un guardador se ocupe de hecho del incapaz, si es que concurre una situación de desamparo no declarada administrativamente⁹⁸. Como elemento significativo de la regulación legal cabe hacer notar que en la misma no se otorga ninguna competencia a la Administración Pública, pese a que se parte de la existencia de una situación de desamparo⁹⁹. Por el contrario, serán el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial quienes ostenten facultades respecto de la situación del incapaz. Parece que se ha prescindido de la Administración Pública sin base suficiente para ello. Se trata de una muestra más de la prevención que se vislumbra en la Ley respecto de la intervención administrativa¹⁰⁰. En cualquier caso, hay que destacar la importancia práctica de la guarda de hecho, en la medida en que buena parte de las personas que carecen de capacidad de autogobierno no están incapacitadas¹⁰¹.

(96) Vid. COBREROS MENDAZONA, Edorta, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, Oñati, HAEE-IVAP, 1988; BARRIOS FLORES, Luis Fernando, «La propuesta de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario en España: una posición escéptica», en la obra colectiva *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*, Estudios de Derecho Judicial, n° 92, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 311 y ss.

(97) Vid. FERREIRÓS MARCOS, *Salud mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario*, cit., p. 687. Sobre la base de la Ley General de Sanidad, este autor entiende que en nuestro país los requisitos para el tratamiento involuntario son los siguientes: «que se trate de enfermedad mental propiamente dicha (conforme a los criterios médicos internacionalmente aceptados), que ésta sea grave, que carezca de capacidad para emitir consentimiento informado válido y que exista riesgo constatado de que la ausencia del tratamiento sea gravemente perjudicial para la salud de la persona».

(98) Respecto de los menores, la existencia de la autoridad familiar de otras personas determina que la guarda de hecho no sea aplicable cuando se trate de abuelos, hermanos mayores, padrastros, ya que nace aquélla de forma automática.

(99) Esta idea contrasta con el art. 12 del Decreto 168/1998, de 6 de octubre, del Gobierno de Aragón, que señala lo siguiente: «Si la Comisión [de Tutela y Defensa Judicial de Adultos] tuviese conocimiento de alguna guarda de hecho respecto de personas incapacitadas mayores de edad, actuará de forma inmediata de conformidad con las previsiones del Código Civil al respecto».

(100) El ejemplo paradigmático es el art. 104.2 LDP, al ordenar que la interpretación de la situación de desamparo sea restrictiva: este criterio de interpretación va dirigido a la propia Administración. D. Rafael Santacruz Blanco en la reunión de 6/4/2005 (*Actas de las Sesiones de la Comisión*, cit., Acta n° 199, p. 10) puso de manifiesto que con esta redacción puede entenderse que se cercenan las facultades de las Administraciones Públicas.

(101) MARTÍNEZ DÍE («Los discapaces no incapacitados», cit., p. 174) resalta la contradicción que supone la existencia de una figura cuya regulación es residual, pero que tiene una relevancia práctica superior

e) En todo caso, se advierte en este ámbito un problema de cierta envergadura, dado que la auténtica protección de los incapaces se hace depender de la existencia de una sentencia de incapacitación. Y esta cuestión puede suponer un freno a la aplicación de medidas de protección, porque en muchas ocasiones no existe una predisposición por parte de los familiares o allegados para iniciar el procedimiento de incapacitación, que se ve como algo que no beneficia al incapaz¹⁰². Como indica RIVERA ÁLVAREZ¹⁰³, «o se mejoran las técnicas de coordinación, colaboración y cooperación entre la Administración de Justicia y las Administraciones de los Servicios de Salud o Sociales, o nos encontraremos que muchas de las mejoras patrimoniales que se plantean dependerán de los sujetos que «de hecho» realizan la guarda de los discapacitados o/e incapacitados».

Llegados a este punto, se hace preciso señalar la existencia de unas «alternativas» a la incapacitación: si de lo que se trata es de procurar una mejor atención a las personas que padezcan una discapacidad en el ámbito intelectual o volitivo, lo importante será atender dichas necesidades, sin que sea imprescindible para ello pasar por el trance de la incapacitación. ¿Se puede proteger mejor al incapaz sin su incapacitación? En este sentido es conveniente aludir a la existencia de mecanismos jurídicos para que la situación de la persona que padezca una deficiencia a la hora de autogobernarse sea atendida. Como indica DELGADO ECHEVERRÍA¹⁰⁴ «cabe pensar en formas de protección aún más flexibles, temporales, revisables y voluntarias, tendentes más a las atenciones de la persona que a las del patrimonio (...) y a ayudarle a tomar y realizar decisiones adecuadas más que a privarle de ámbitos de capacidad»; ya sea mediante los poderes preventivos, la autotutela, la constitución del patrimonio protegido, las instrucciones previas en el ámbito sanitario, etc.¹⁰⁵, algunas de las cuales

incluso a la propia tutela. Como se indica en las conclusiones de las XXII Jornadas Æquitas (Albacete, 9 de mayo de 2007): «Es necesario que el ordenamiento jurídico se adecue a las nuevas necesidades en que viven las personas con discapacidad y su familias: reconociendo la figura del guardador de hecho como institución fundamental del cuidado de la persona con discapacidad y sus bienes, debiendo ser debidamente supervisada por el Ministerio Fiscal».

(102) Sobre esta problemática, vid. GIL RODRÍGUEZ, «La tutela como garantía del bienestar de las personas incapacitadas y del respeto a sus derechos», cit., pp. 187 y ss.

(103) RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, «Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, nº 50, pp. 91 y ss.

(104) *Elementos de Derecho Civil. I*, cit., p. 150.

(105) Vid. Sobre este particular: BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA Elena, «Apuntes sobre la Ley de 18 de noviembre de 2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Su aplicación en Aragón», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, I, Murcia, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 579 y ss.; LACHICA LÓPEZ, Emilia, «Las instrucciones previas en el ámbito sanitario. Discapacitado y sistema sanitario. Información y consentimiento», en la obra colectiva *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 85 y ss.; PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, «Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)», GARCÍA CANO, Tomás, «Autotutela y poderes preventivos», OLIVÁN DEL CACHO, José Javier, «Límites a las voluntades anticipadas», en *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 2005), Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2007, pp. 77 y ss.; SEGURA ZURBANO, José M^a, «Preparación de la tutela. Instrumentos disponibles para facilitar al futuro tutor el ejercicio de su responsabilidad», en la obra colectiva *La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*, San Sebastián, Diputación Foral de Guipúzcoa, 2007, pp. 41 y ss. (http://www.gizartekintza.net/es/corporativo/documentacion/documentacion_14.htm).

se recogen en la Ley de Derecho de la Persona¹⁰⁶. Estas orientaciones se profundizan en las últimas tendencias del denominado «Movimiento de Vida Independiente»¹⁰⁷.

4.3. *El nombramiento de la Administración Pública como tutor en defecto de familiares o allegados: la delación dativa o judicial*

Nos encontramos en este apartado ante un proceso de incapacitación en trámite o ya finalizado, en general en el ámbito de la delación de las instituciones tutelares. Para el caso de ausencia de familiares o allegados, en la delación dativa se llama a la entidad pública con competencia en materia de protección de menores o incapacitados, tal y como se establece en el art. 102.1.g). El nombramiento de la Administración exige de una labor de análisis del caso concreto, con el objeto de verificar si es procedente o no su designación para el ejercicio del cargo tutelar¹⁰⁸. Como indica GARCÍA CANTERO¹⁰⁹ «la experiencia demuestra que los jueces que tienen que elegir tutor cuando no hay familiares están ante uno de los problemas más difíciles que hay. Entonces, los jueces ven los cielos abiertos, por decirlo vulgarmente cuando hay una persona y acepta»¹¹⁰. Desde luego, en mi condición de Juez, y por haber servido durante

(106) Ciertamente la Ley confiere una evidente relevancia a esta potestad, que se ha justificado, acertadamente, por el principio «Standum est chartae». Pero cabe hacer notar que en su momento, los miembros del Seminario, aun admitiendo la exclusión de la denominada tutela «legítima» respecto de los menores, en materia de incapacitados contemplaban la posibilidad de un Tribunal de Tutelas semejante al de Alemania, e indicaban que lo natural es que sean las personas más cercanas al mismo quienes sean elegidas; vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis, – COMISIÓN COMPILADORA DE DERECHO ARAGONÉS, «Informe sobre la tutela» (1956), en *Informes del Seminario (1954-1958)*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, edición de 1996, vol. I, pp. 303 y 306.

(107) Vid. GARCÍA ALONSO, José Vidal, «Perspectivas emergentes en materia de discapacidad. La vida independiente. El Movimiento de Vida Independiente», en la obra colectiva *Tratado sobre discapacidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, pp. 1.519 y ss.

(108) Cabe citar en este punto el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Id. Cendoj: 50297370022006200124, Sección 2ª, Arque Bescós) de 26/9/2006, que señala lo siguiente: «El art. 234 párrafo último del C.Civil [aún no estaba en vigor la Ley de Derecho de la Persona] establece efectivamente la posibilidad del Juez de prescindir del nombramiento de tutor a las personas con preferencia para ostentar dicho cargo. Ciertamente ha de estarse ante casos de excepción, que como tal exige una adecuada probanza y que existan razones fundadas para ello.

«No parece que la propia manifestación de la incapacitada pueda ser relevante en este caso y que el informe de los trabajadores sociales pueda ser tan decisivo, pues aparte de hacer referencia a la propia manifestación de la madre de la recurrente no han podido constatar la existencia de malos tratos, que obviamente hubiera requerido de una prueba pericial médica más consistente, así lo indican los propios nietos de la incapacitada e igualmente se constata que la recurrente ha mantenido relación con la madre y se ha ocupado de atenderla, por lo que al igual que sostiene tanto la Letrada de la Comunidad Autónoma de Aragón (folio 28) como el Ministerio Fiscal en su informe de 6/2/2006, procede nombrar como tutora de doña (...) a su hija Dª (...), revocando el Auto recurrido».

(109) GARCIA CANTERO, «La tutela», *Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, cit., p. 33.

(110) Resulta sumamente ilustrativo el caso enjuiciado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sec. 1.ª) de 23/5/2005 (Referencia: SP/SENT/71983, Sepín, FAM-49, noviembre de 2005, p. 49, Castañeda Bocanegra), que señala lo siguiente: «patente que (...) por su adicción al alcohol y la minusvalía que padece tiene un carácter apasionado y ha protagonizado en el pueblo donde reside, Montánchez, numerosos incidentes con sus vecinos. También que se ha encontrado en una verdadera situación de desamparo, pues pese a estar bajo la custodia y guarda de su hermana (...), ésta resulta incapaz de controlarlo. Así pues (...) acude de vez en cuando a Cáritas como único medio de subsistencia, perma-

varios meses el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Zaragoza, que asume, además de otras materias, los procedimientos de incapacitación, corroboro estas palabras.

No se trata, a mi juicio, de designar a la Administración Pública por el mero hecho de que ésta goce de mejores posibilidades para ejercer los cargos tutelares, ni porque ello pueda redundar en beneficio de la persona incapacitada. Comparto la tesis de GIL RODRÍGUEZ¹¹¹, en el sentido de que siguen siendo preferentes los lazos familiares y que el Estado debe cubrir el espacio al que no alcancen los familiares o representen un riesgo para el incapaz. Como indica PARRA LUCÁN¹¹², «siendo posible una designación de una persona jurídica (art. 110), el Juez sólo deberá designarla en la delación dativa, cuando no sean idóneos o no existan las personas mencionadas en los apartados anteriores». En fin, cuando exista un familiar, la tutela ejercida por éste será más personal y más humana, y la persona incapacitada se sentirá mejor atendida¹¹³.

El nombramiento de la Administración Pública para el ejercicio de los cargos tutelares origina el nacimiento de una tutela o curatela que con la Ley podemos denominar ordinarias.

Conviene indicar algunas cuestiones peculiares de su régimen jurídico:

- En el marco de la delación voluntaria se permite un amplio juego de la autonomía de la persona, conforme al principio «Standum est chartae». Pero en este ámbito de la delación voluntaria no cabe, ni la designación de la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos para el ejercicio de los cargos tutelares, ni tampoco su exclusión (art. 95.2 LDP).
- La entidad pública está relevada de la obligación de prestar fianza (art. 126 LDP). Con carácter general, se reconoce plena solvencia a los entes públicos, por lo que no se exigen cauciones o fianzas para asegurar el cumplimiento de las eventuales responsabilidades que se puedan generar como consecuencia de su actuación.
- No puede excusarse de sus cargos tutelares, ya que sólo se contempla la posibilidad de excusa respecto de las personas jurídicas privadas (art. 112.2 LDP)¹¹⁴.

nece tirado en las calles de Montánchez, y duerme en cualquier parte del pueblo hasta que se le pasa los efectos del alcohol ingerido.

«Esto pone claramente de manifiesto que su hermana (...) no puede ejercer un verdadero control sobre el hermano, del que tampoco se ocupan los otros hermanos que tiene en Montánchez. Las dificultades de (...) para atender adecuadamente a su hermano, tienen como causa además de su edad, los graves problemas médicos que le afectan. De acuerdo con el último parte médico de fecha 11 de marzo de 2005, (...) padece un delicado estado de salud, teniendo un problema cardiaco evidenciado en el año 1999, asociado a una diabetes con años de evolución, que le caracterizan como un paciente de riesgo por cardiopatía isquémica crónica, lo que hace que deba de evitar esfuerzos y situaciones de estrés emocional».

(111) «La "entidad pública" y las "instituciones privadas"», cit., p. 218, n. 45.

(112) *Manual de Derecho Civil Aragonés*, cit., p. 213.

(113) Vid. COROMINAS MALET, Andreu, «El papel de las funciones tutelares», en la obra colectiva *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*, Estudios de Derecho Judicial, nº 92, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, p. 197.

(114) LÓPEZ AZCONA (*Manual de Derecho Civil Aragonés*, cit., p. 222) señala que dicha excepción no es aplicable a las personas jurídicas públicas, en contradicción con el art. 251 Cc que se refiere a las personas jurídicas en general.

- La función tutelar de la entidad pública tiene carácter gratuito (art. 92.3 LDP). Esta disposición puede ser objeto de alguna consideración. El hecho de que la Administración Pública llegue a ejercer la tutela de una determinada persona no significa que ésta haya de carecer de patrimonio. Puede tratarse de una persona que no tiene parientes pese a gozar de cierto patrimonio, o incluso de una persona respecto de la que, precisamente por disfrutar de un importante patrimonio, ha surgido una acendrada disputa que impide al Juez el nombramiento de alguno de sus familiares para el cargo tutelar, dando entrada a la Administración. En otras Comunidades Autónomas, al tratarse de fundaciones sujetas al Derecho privado, no hay dificultad legal para cobrar la retribución del cargo tutelar conforme a las reglas ordinarias (ya sea el art. 274 Cc u otras normas de las Comunidades Autónomas)¹¹⁵.
- Cuando la Administración Pública es nombrada como tutora, resulta difícil sostener que puedan aplicarse la reglas sobre remoción del cargo de tutor¹¹⁶, por cuanto lo normal sería que se incurriera en situación de desamparo, y que volviera a entrar la Administración como tutora por vía de la delación legal.

Por lo demás, en principio, se aplican las reglas ordinarias de la tutela sobre vigilancia por el Ministerio Fiscal y sobre control judicial.

Por lo que se refiere al ejercicio concreto de la tutela por la persona jurídica de carácter público, cabe hacer notar que la Ley de Derecho de la Persona ha renunciado a introducir normas sobre la forma de ejercicio de la tutela a cargo de la persona jurídica en general, pese que se trata de una cuestión que la doctrina del Código civil ya viene apuntando desde atrás¹¹⁷. No se especifican cuestiones de carácter organizativo sobre el particular. Tampoco se dan pautas para fijar las posibilidades que puede tener la persona jurídica de delegación de la guarda del incapacitado.

4.4. La Administración Pública como tutor en caso de desamparo del incapacitado: delación legal (arts. 104 a 108 LDP)

4.4.1. Idea general

La delación legal se contempla en los arts. 104 a 108 LDP, y abarca tanto a menores como a incapacitados. No obstante, no existe para los incapacitados una norma homóloga de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, ni tampoco un Reglamento sobre el procedimiento administrativo para las per-

(115) Las personas incapacitadas sujetas a la tutela de la Administración no suelen disponer de importantes patrimonios, no obstante, aunque tratándose de personas con discapacidad intelectual ésta es la situación habitual, cuando se trata de ancianos, sí se dan casos de personas que han generado un cierto patrimonio en su época de lucidez mental. Precisamente el Decreto 4/2001, de 16 enero, que autoriza la creación de la Fundación Tutelar Aragonesa de Adultos en su art. 32 fija como ingresos del ente «las retribuciones que se pudieren percibir por el ejercicio de la tutela, curatela o defensa judicial si así se fijase por la autoridad judicial».

(116) En este sentido PALOMINO DÍAZ, *El tutor*, cit., p.165.

(117) Vid. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, cit., p. 364.

sonas incapacitadas, como sí existe para los menores. Desde luego, la falta de una Ley sobre dichas cuestiones provoca la existencia de lagunas y origina la existencia de dudas sobre la cuestión: ¿es necesario promulgar una Ley similar para los incapacitados?, ¿cabe la aplicación analógica de la citada Ley respecto de los incapacitados?

El presupuesto para que entre en funcionamiento la delación legal es la situación de desamparo, que queda delimitada en el art. 104 LDP, a cuyo precepto ya he aludido más arriba.

¿Se puede decir algo específico de la situación de desamparo de los incapacitados? Como he indicado, es presupuesto necesario para que se pueda hablar de la existencia de un incapacitado, la previa intervención judicial, en el procedimiento de incapacitación. A continuación, se iniciará un seguimiento de la situación, que es menos enérgico cuando se trata de la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada, y más enérgico en el caso de la tutela.

Se ha indicado que si existe un guardador de hecho, la persona incapacitada no está en situación de desamparo¹¹⁸.

Ciertamente, cabe indicar la existencia de circunstancias propias en el desamparo de incapacitados. En general la situación de desamparo implica una situación de desprotección de la persona incapacitada, por las siguientes circunstancias:

- maltrato (físico o psicológico)
- negligencia en su cuidado
- situación de aislamiento social, que provoca que sus discapacidades físicas o síquicas no sean atendidas
- situación de abandono

No obstante, tratándose de personas incapacitadas ingresadas en centros para personas con retraso intelectual, centros psiquiátricos, o residencias de ancianos, que estén atendidas adecuadamente en todas sus necesidades, debe descartarse cualquier situación de desamparo que exigiera necesaria e imperativamente que la tutela hubiera de deferirse a favor de la entidad pública que tiene encomendada en la Comunidad Autónoma la tutela de los incapacitados, por cuanto, como ya he indicado, la guarda de hecho excluye la situación de desamparo¹¹⁹. Otra cosa será la procedencia de acudir a la remoción del cargo de tutor conforme a las previsiones al efecto¹²⁰.

La declaración de desamparo le corresponde a la entidad pública con competencia en materia de protección de incapacitados en la Comunidad Autónoma de Aragón. En concreto, es competencia del Instituto Aragonés de Servicios Sociales (organismo autónomo adscrito al Departamento competente en materia de servicios sociales), de conformidad con lo establecido en la Ley 4/1996, de 22 de mayo, relativa al Instituto Ara-

(118) Vid. GANZENMÜLLER ROIG y ESCUDERO MORATALLA, *Discapacidad y Derecho*, cit., p. 282.

(119) Vid. HERAS HERNÁNDEZ, «La tutela asumida por las entidades públicas», cit., p. 615.

(120) Entre las previsiones se encuentra la necesidad de oír al tutor, como recuerda la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sec. 4.ª) de 7/10/2002, Solchaga Loitegui (Sepin-Familia-74, febrero 2008, pág. 73, Referencia: SP/AUTRJ/143311).

gonés de Servicios Sociales, el Decreto 226/1999, de 14 de diciembre, del Gobierno de Aragón, sobre atribución de competencias al Instituto Aragonés de Servicios Sociales en materia de menores, tiempo libre y familias numerosas, y el Decreto 113/2000, de 13 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Aragonés de Servicios Sociales. Pese a que no exista aún una regulación específica del procedimiento respecto de los incapacitados, será preciso respetar los principios generales recogidos en la Ley de la infancia y la adolescencia, y en el Proyecto del Gobierno de Aragón de Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo (arts. 28 a 38)¹²¹ entre los que cabe destacar¹²², los siguientes:

- es necesaria la intervención de un equipo técnico multidisciplinar;
- es preceptivo diferenciar la figura del órgano instructor frente al órgano que resuelve;
- es necesario respetar el principio de audiencia, de tal forma que las personas que ostenten los cargos tutelares sobre la persona incapacitada habrán de ser oídos en el expediente administrativo;
- la resolución ha de ser motivada, y se entiende que es competencia del correspondiente Director Provincial del Instituto Aragonés de Servicios Sociales.

El efecto de la declaración de desamparo, normalmente, es el nacimiento de la tutela automática o legal a favor de la entidad pública. Asimismo, se produce la suspensión de la tutela ordinaria, cuya delación puede haberse producido de forma dativa o de forma voluntaria. De la misma forma, se inicia la guarda administrativa del incapacitado conforme a los arts. 146 y siguientes LDP.

El art. 116.2 LDP señala que los menores e incapacitados declarados en situación de desamparo estarán sujetos a tutela automática salvo que la entidad pública haya asumido tan solo la guarda. De esta forma, el Legislador aragonés admite que la declaración de desamparo no desemboque necesariamente en la tutela por la Administración Pública, sino que puede simplemente generar una guarda a su favor. Sin embargo, esta situación no se contempla en la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, ya que, sobre la base de la distinción entre riesgo y desamparo, para el segundo caso se impone la asunción de la tutela automática a favor de la entidad pública (arts. 60 y concordantes).

4.4.2. La tutela automática

El efecto primario de la asunción por la entidad pública de la tutela automática o legal respecto de los padres biológicos es la suspensión de la autoridad familiar [que

(121) El Decreto 79/1995 de 18 abril 1995 de 18 de abril, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula la declaración de desamparo y los instrumentos de protección previstos en la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores, recoge tales principios básicamente en sus arts. 9 a 14.

(122) Se trata de los principios que para el caso de los menores indica MURILLO JASO, «El desamparo de menores y el acogimiento», cit., pp. 273 y ss.; *La acción administrativa de protección y reforma de menores en Aragón*, cit., pp. 58 y ss. En un sentido similar: LÓPEZ AZCONA, «La autorización judicial de entrada en domicilio», cit., pp. 1.928 y ss.

puede ser la autoridad familiar prorrogada, rehabilitada o de otras personas], conforme a los arts. 78.1.a) y 105 LDP y respecto del tutor la suspensión de la tutela, conforme al art. 105 LDP.

En el régimen de la tutela automática el cargo de tutor corresponde a la entidad pública con competencia en la materia, que, como he indicado, es el Instituto Aragonés de Servicios Sociales, que será ejercida a través del Director Provincial de este organismo¹²³. El ponente del Anteproyecto de Ley de Derecho de la Persona, D. José Antonio Serrano García, indicó en el seno de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil que «en el sistema tutelar de la Ley también se incluye la tutela automática, a la que le son de aplicación sus normas salvo si se dice que se ocupan sólo de la tutela ordinaria (...) o así hay que deducir de su naturaleza automática y de la falta de nombramiento judicial»¹²⁴.

En cuanto a las características de la tutela automática, cabe señalar que se trata de una verdadera tutela¹²⁵. Debe hacerse notar que el art. 116 LDP, contrapone la tutela ordinaria a la automática; pero ello no significa que ésta no sea una verdadera tutela, sino que es diferente de la ordinaria¹²⁶.

En consecuencia, no es aplicable, al menos en Aragón, la doctrina plasmada en la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 30 de marzo de 2006, según la cual la tutela automática no es una verdadera tutela y por ello no es inscribible en el Registro Civil¹²⁷. Esta resolución propone mejorar de «lege ferenda»

(123) MURILLO JASO, *La acción administrativa de protección y reforma de menores en Aragón*, cit., p. 97.

(124) Reunión de 4/5/2005 (Actas de las Sesiones de la Comisión, cit., Acta nº 203, p. 8)

(125) Ésta es la conclusión de MURILLO JASO (*La acción administrativa de protección y reforma de menores en Aragón*, cit., p. 96), para la situación anterior a la entrada en vigor de la de la Ley de Derecho de la Persona.

(126) De la lectura del Proyecto de del Gobierno de Aragón de Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo se desprende que ésta es la concepción del mismo, ya que el Título V referido a la tutela por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales, incluye tanto la que se asume por Ministerio de la Ley, como la que se confiere por disposición de la autoridad judicial (art. 47). Por otra parte, para fijar el régimen del ejercicio de tutela el art. 49 establece un régimen unitario.

(127) El Derecho EDD 2006/112681, DGRN, 30/5/2006, BOE 204/2006, de 26/8/2006. La Resolución indica lo siguiente: «Son estas notas de provisionalidad, la de venir impuesta por la realidad de los hechos más que por un acto de autoridad y la carencia de un mandato legal, las que llevan forzosamente a la conclusión de que no es inscribible la llamada tutela asumida por ministerio de la Ley, y por ende, lo que es causa y al mismo tiempo efecto de esa situación de desamparo, es decir, la suspensión de la patria potestad».

«Ahora bien, todo lo anterior no es óbice para que se dé publicidad registral a la situación jurídica derivada de la declaración administrativa realizada por la entidad pública competente de la situación de desamparo del menor y la consiguiente asunción por ministerio de la ley de la tutela del mismo por parte de la citada entidad (cfr. art. 172 y 222 núm. 4 C.c.), con el valor meramente informativo que le corresponde, a través de una anotación marginal de las previstas en el núm. 1 del art. 38 de la Ley del Registro Civil respecto del procedimiento administrativo que ha concluido con la citada declaración del menor en situación legal de desamparo, toda vez que dicho procedimiento puede afectar al contenido del Registro en caso de que dé lugar con posterioridad a la privación judicial de la patria potestad, a la entrega del menor en régimen de acogimiento en cualquiera de las modalidades previstas por la ley o a la constitución judicial de una tutela ordinaria (cfr. art. 229 C.c.), logrando con ello una publicidad informativa que puede salvar los inconvenientes prácticos a que se refiere en sus alegaciones la entidad recurrente que, por lo demás, aconseja, salvando las numerosas deficiencias técnicas que nuestra doctrina

la relación de estas tutelas con el Registro Civil. Precisamente, el art. 90.5 LDP establece la inscribibilidad en el Registro Civil de todas las resoluciones administrativas sobre protección de menores o incapacitados.

Por lo que se refiere a su régimen jurídico, lo cierto es que no resulta fácil de concretar. La tutela automática genera el nacimiento de la guarda administrativa, regulada en sus líneas esenciales en los arts. 146 y siguientes LDP¹²⁸.

La guarda administrativa en la configuración de la Ley es también una figura de protección de menores e incapacitados que goza de entidad propia, y se refiere propiamente al ámbito personal. La Ley de Derecho de la Persona incorpora buena parte del contenido de los preceptos que sobre esta materia se plasman en la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, aunque los extiende a las personas incapacitadas.

Como indica la Exposición de Motivos de la Ley de Derecho de la Persona, «Los preceptos son coherentes con los principios y las disposiciones concretas de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, y procuran el adecuado engarce entre las normas civiles y las administrativas. Por razones sistemáticas, hay algunas reiteraciones de preceptos de la citada Ley y, en particular, se desarrollan y concretan algunos aspectos civiles a los que aquella hace referencia en sus remisiones a la Compilación del Derecho civil de Aragón o a la «legislación civil» que resulte aplicable de acuerdo con la vecindad civil de los sujetos».

Nos encontramos ante un supuesto de guarda asistencial encomendada transitoriamente a la Administración, cuando los que ostentan el correspondiente cargo tutelar, por circunstancias graves, no pueden prestarle la debida asistencia material o moral. Se trata de una medida tuitiva de la persona incapacitada impidiendo que se llegue a una situación de desamparo, siendo indiferente que las circunstancias determinantes de la misma provengan de los tutores o de los propios incapacitados o de circunstancias ajenas al ámbito de la tutela.

Por otra parte, cabe hacer notar que los preceptos relativos a la tutela (en general) son aplicables también en materia de tutela automática, como, por ejemplo, las reglas en materia de actos de disposición y su autorización¹²⁹. Existen normas específicas para la tutela de los entes públicos, a las que ya he aludido en el apartado 4.3 LDP, y también normas específicas para la tutela automática, como es el caso del art. 131.5 LDP, que dispensa de la obligación de rendición de la cuenta general justificada de su gestión¹³⁰. Se plasma una regla especial en el ámbito patrimonial en el art. 149

científica ha señalado respecto del art. 172 Cc, mejorar de «lege ferenda» la coordinación de estas llamadas tutelas administrativas con el Registro Civil».

Debe hacerse notar que el art. 218 Cc sólo contempla la inscribibilidad en el Registro Civil de las resoluciones judiciales; vid. HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, «Comentario al art. 218. De la tutela» en *Comentario del Código civil*, T. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 678 y ss.

(128) Sobre la guarda administrativa: MAYOR DEL HOYO, María Victoria, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*, Granada, Comares, 1999.

(129) En esta línea MURILLO JASO, *La acción administrativa de protección y reforma de menores en Aragón*, cit., p. 97, para la situación anterior a la entrada en vigor de la Ley de Derecho de la Persona.

(130) D. José Antonio Serrano García ponente del texto en la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, indicó en la reunión de 8/6/2005 (*Actas de las Sesiones de la Comisión*, cit., Acta nº 206, p. 5) que ante la

LDP, que otorga a la Administración Pública la condición de administradora legal de los bienes de sus pupilos.

No obstante, es obvio que es preciso atender al contenido de la sentencia de incapacitación, que debe marcar el ámbito y extensión de la misma —la «gradación de la incapacitación»¹³¹, así como las facultades del correspondiente órgano tutelar: puede ser total o simplemente parcial¹³². En los arts. 36 («Capacidad del incapacitado»), 122 («Contenido personal de la tutela»), 124 («Cuidado de la persona del incapacitado») y 136 («Curatela de incapacitados») de la Ley de Derecho de la Persona se contempla las facultades de los órganos tutelares respecto de las personas incapacitadas. Efectivamente, la sentencia puede haber fijado como órgano tutelar una tutela en sentido estricto, pero también puede haber fijado una simple curatela, que será ejercida por la Administración Pública, siempre que el curador inicial hubiera dejado desamparado, en el ámbito de sus funciones, al pupilo. Lo cierto es que la curatela se extiende, generalmente, sobre el aspecto patrimonial de la actividad del incapacitado, o sobre las cuestiones referidas a las gestiones administrativas, dejando al margen el aspecto personal. En estos casos se puede hablar, en definitiva, no ya de una «tutela automática» a cargo de la Administración, sino de una «curatela automática».

El aspecto personal de la tutela automática a favor de la Administración Pública [cuando la incapacitación abarque este aspecto] se puede ejercer mediante la guarda administrativa entendida en sentido estricto o mediante el acogimiento familiar, que la Ley de Derecho de la Persona extiende a las personas incapacitadas, de conformidad con lo establecido en sus arts. 151 y siguientes.

falta de supervisión de la autorización judicial en la tutela automática, la Administración no debe rendir cuenta general ante el Juez, cosa que sí debe hacer la Administración cuando sea tutora por delación judicial. LÓPEZ AZCONA (*Manual de Derecho Civil Aragonés*, cit., p. 239) señala que dicha salvedad no está contemplada en el Código civil.

(131) Vid. PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, *Curso de Derecho civil I. Derecho privado. Derecho de la persona*, de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, y PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, y ..., 2^a ed., Madrid, Colex, 2001, p. 434; PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, «De la incapacitación. Comentario a los arts. 199 a 214 del Código civil», en la obra colectiva *Comentarios al Código civil*, RAMS ALBESA (coord.), MORENO FLOREZ (coord. adjunta), II, vol.2^o, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 1.651 y ss.

(132) Vid. ARROYO FIESTAS, Francisco Javier, «Los discapacitados síquicos y sensoriales (con reducida instrucción). Actos de disposición y actos de administración. Graduación de los efectos», en la obra colectiva *La Administración de Justicia y las personas con discapacidad*, Fundación ONCE – Escuela Libre Editorial – CGPJ, Madrid, 2000, pp. 231 y ss.; LÓPEZ FRÍAS, María Jesús, «Algunas notas sobre la graduación de la incapacitación en beneficio del incapacitado», *Actualidad Civil*, 2, referencia XX, 2003, pp. 327 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, «La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados», Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 25 y ss.; AGUIRRE ZAMORANO, Pío, «La sentencia de incapacidad: alcance y efectos», en la obra colectiva *Los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, CGPJ – Caja Madrid, 2007, pp. 269 y ss. Conviene insistir en que lo procedente es que la sentencia de incapacitación diseñe un «traje a medida» para los casos en los que la deficiencia de la persona no sea plena. En esta tarea, lógicamente, han de colaborar, en primer lugar, los letrados que intervengan en el proceso de incapacitación, que serán quienes conozcan la situación y necesidades tanto del presunto incapaz, como de sus familiares, y en segundo lugar, el Ministerio Fiscal, intentando proponer las medidas más adecuadas a las circunstancias, tanto personales como patrimoniales, del presunto incapaz. No hay que olvidar que ya son mayoría los procedimientos de incapacitación en los que no existe intervención letrada, dado que la demanda de incapacitación se interpone directamente por el Ministerio Fiscal.

Estas instituciones no se configuran por el legislador con vocación de permanencia¹³³; pero respecto de las personas incapacitadas, la realidad impone, en la mayor parte de los casos, una situación «cronificada», que exige de la atención permanente de la Administración.

4.5. La protección por la Administración Pública de las personas incapacitadas

Pese a que las vías existentes para que la Administración Pública llegue a tener bajo su protección a una persona incapacitada sean diversas, en el fondo lo relevante es que se trata de la protección de una persona incapacitada¹³⁴. Así, en la normativa de la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la Comunidad Autónoma de Aragón, se alude, en general, a los «cargos tutelares asignados a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón por los órganos judiciales respecto de los adultos incapacitados residentes en la misma» (art. 21.1 p. 2º de los Estatutos del Instituto Aragonés de Servicios Sociales)¹³⁵.

A tal efecto hay que tener en cuenta que la expresión «desamparo» tiene dos sentidos o acepciones en relación con los incapacitados. Por desamparo en sentido estricto hay que entender la situación descrita en el art. 104 LDP. Pero también se utiliza esta expresión en un sentido amplio, como equivalente al incapacitado que carece de apoyo familiar y que acaba siendo tutelado por la Administración Pública. Esta segunda acepción se utiliza con frecuencia en otras Comunidades Autónomas y en determinados foros de estudio sobre personas incapacitadas¹³⁶.

En la Ley de Derecho de la Persona el ejercicio de las instituciones tutelares por la Administración se efectúa, en principio, mediante la denominada guarda administrativa, regulada en los arts. 146 a 150 tanto para menores como para incapacitados¹³⁷.

También cabe la constitución de un acogimiento (familiar o residencial), que será la fórmula para el ejercicio del contenido personal de la función tutelar. La regulación plasmada en los arts. 146 a 155 LDP para el acogimiento familiar (de menores e incapacitados) recoge, en sus términos esenciales, el contenido de los arts. 172 y 173 Cc¹³⁸.

(133) Vid. LÓPEZ AZCONA, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, cit., p. 255.

(134) D. Rafael Santacruz Blanco en la reunión de 4/5/2005 de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil (*Actas de las Sesiones de la Comisión*, cit., Acta nº 203, p. 8) puso de manifiesto esta circunstancia, y propuso establecer una regulación unitaria para la tutela de la Administración, fuera una tutela dativa o una tutela legal, lo que no fue aceptado.

(135) En el art. 15 del Decreto de creación de la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la Comunidad Autónoma de Aragón, según la redacción dada por el Decreto de 13/2004, de 27 de enero (BOA de 11/2/2004), se alude con carácter general, a las personas cuya tutela corresponda a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

(136) Hay que tener en cuenta que en otras Comunidades Autónomas no existe la asimilación de tratamiento jurídico de los incapacitados respecto de los menores en situación de desamparo.

(137) En los arts. 64 y 65 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, se regula la guarda respecto de los menores.

(138) De un atento examen de las reuniones de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil se desprende que esta materia no fue objeto de una atención preferente en el seno de la misma; reunión de 29/6/2005, *Actas de las Sesiones de la Comisión*, cit., Acta nº 209, pp. 6 y ss.; reunión de 6/6/2002, *Actas de las Sesiones de la Comisión*, cit., Acta nº 206, pp. 1 y ss.

A continuación, analizo estas figuras de forma somera, para pasar seguidamente a examinar la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la Comunidad Autónoma de Aragón, las estadísticas de la misma, los ámbitos de actuación respecto de la protección de los incapacitados y determinadas cuestiones prácticas.

4.5.1. La guarda administrativa (arts. 146 a 150 LDP)

La expresión guarda administrativa recibe dos sentidos, ya sea como contenido o aspecto personal de la tutela que ostenta la Administración Pública, ya sea como figura opuesta a la tutela (o «guarda sin tutela»).

Los supuestos en los que la Administración Pública debe ejercer la «guarda» de un incapacitado son diversos; básicamente se contemplan en el art. 146 LDP¹³⁹. Esta diversidad de supuestos ha llevado a calificarla como figura o función «polivalente»¹⁴⁰.

- Respecto de la tutela, uno de ellos es el supuesto de tutela automática, previsto en el art. 104. También cabe citar el supuesto de tutela ordinaria, al que se alude en el art. 146.1, i.f.
- Respecto a la guarda sin tutela (art. 87.2 LDP), cabe citar el supuesto de desamparo sin tutela, de los arts. 105 i.f. y 116.2 i.f. Otro caso es el de resolución judicial independiente del art. 146.2.b (por ejemplo, la resolución del art. 103.1ª párrafo 2º Cc). Por último, cabe señalar el supuesto de guarda administrativa a petición de padres y tutores de los arts. 146.2 y 147 LDP¹⁴¹.

Para explicar el sistema que implanta la Ley de Derecho de la Persona sobre estas cuestiones, la profesora LÓPEZ AZCONA¹⁴² formula una propuesta interpretativa que distingue entre una situación de desamparo permanente y una situación de desamparo transitoria: la primera es la que genera la tutela automática y la segunda la guarda. Existen diferencias —indica— en cuanto a las causas que generan ambas situaciones, y para la guarda se necesita una petición al efecto de los titulares de la autoridad familiar, petición que no se da en la tutela automática.

(139) El Decreto 13/2004, de 27 de enero, del Gobierno de Aragón (BOA de 11/2/2004), modifica parcialmente el Decreto 168/1998, de 6 de octubre, por el que se crea la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos. Se añade un nuevo artículo 15, con la siguiente redacción: «Los responsables de los Centros, tanto propios como concertados o conveniados, en los que se encuentren internadas personas cuya tutela corresponda a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, ostentarán la guarda de las mismas y, en consecuencia, vendrán obligadas a realizar el seguimiento personal y patrimonial del tutelado emitiendo un informe pormenorizado al menos una vez al año y siempre que se les requiera para ello, a la Unidad Técnica Administrativa de la provincia correspondiente, a fin de dar cumplimiento a las obligaciones que el Código Civil exige al tutor o curador».

(140) GIL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Civil*, cit., p. 245.

(141) Este supuesto está previsto para los menores en el art. 65 de la Ley de la infancia y la adolescencia. En el Preámbulo del Proyecto de Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo, del Gobierno de Aragón, se denomina «guarda voluntaria» (arts. 51 a 61); que por algún sector se denomina «guarda convencional», vid. IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencial, tutela «ex lege» y acogimiento de menores*, cit., pp. 94 y ss., respecto de la guarda prevista para los menores en el Código civil. En estos casos se suscribe el denominado «acuerdo de guarda», previsto en el art. 65.2 Ley de la infancia y la adolescencia.

(142) *Manual de Derecho Civil Aragonés*, cit., p. 228.

La guarda administrativa tiene como contenido el ámbito personal del incapacitado, pero se mantiene en manos del tutor o de los padres el resto de potestades sobre el mismo¹⁴³.

4.5.2. *El acogimiento: el acogimiento familiar (arts. 151 a 155 LDP) y el acogimiento residencial*

Mediante el acogimiento se da contenido al aspecto personal de la tutela y sirve también para dar cauce a una modalidad de ejercicio de la guarda administrativa¹⁴⁴. La Ley de Derecho de la Persona, contempla en el art. 148.2 las dos modalidades de acogimiento ya conocidas (previstas en el Código civil y en la Ley de la infancia y la adolescencia en Aragón): el acogimiento familiar y el acogimiento residencial. Pero únicamente regula con cierto detenimiento el acogimiento familiar, y lo hace en sus arts. 151 a 155 LDP (que son fiel trasunto de los arts. 173 y 173 bis Cc), dejando de lado una regulación detallada del acogimiento residencial, que conforme al art. 148.1 LDP tiene carácter subsidiario frente al acogimiento familiar. La idea del legislador en esta materia ha sido —tal y como se indica en la Exposición de Motivos— la de procurar el adecuado engarce entre las normas civiles y las administrativas¹⁴⁵.

Como ya vengo señalando, la novedad de la Ley de Derecho de la Persona ha sido extender la figura del acogimiento, contemplada tradicionalmente para los menores¹⁴⁶, a las personas incapacitadas¹⁴⁷. Se trata de otra importante novedad, en la medida en que hasta el momento la vinculación de los incapacitados con las personas que intervenían en su atención, no tenía un cauce jurídico de expresión como éste.

(143) En este sentido para los menores MAYOR DEL HOYO, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores*, cit., p. 138; SAMPER VILLAGRASA, Noelia, «La guarda administrativa», en GARCÍA CANTERO, Gabriel (coord.), *Comentario de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2002, p. 397.

(144) Vid. LÓPEZ AZCONA, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, cit., p. 256.

(145) En la misma se indica lo siguiente: «Por razones sistemáticas, hay algunas reiteraciones de preceptos de la citada Ley y, en particular, se desarrollan y concretan algunos aspectos civiles a los que aquella hace referencia en sus remisiones a la Compilación del Derecho civil de Aragón o a la «legislación civil» que resulte aplicable de acuerdo con la vecindad civil de los sujetos».

(146) La Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, regula el acogimiento residencial para los menores. También el Proyecto de Reglamento recoge una regulación detallada de la figura.

(147) En otros territorios se contempla el denominado «acogimiento familiar de personas mayores», como es el caso de Cataluña, en la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores y la Ley 11/2001, de 13 de julio, de Acogida Familiar para Personas Mayores; o Navarra, Ley 34/2002, de 10 de diciembre, de Acogimiento Familiar de Personas Mayores. Como indican GANZENMÜLLER ROIG y ESCUDERO MORATALLA (*Discapacidad y Derecho*, cit., p. 302) las normas de las Comunidades Autónomas contemplan el acogimiento de personas mayores desde dos perspectivas: como pacto de acogida en el marco de un negocio jurídico cuasifamiliar, propio del Derecho privado; o como un servicio social alternativo al ingreso residencial de ancianos, más propio del Derecho de los Servicios sociales. Tratándose de personas incapacitadas, puede resultar inviable la existencia de un pacto en el que tome parte el incapacitado.

Para el régimen del Código civil se ha llegado a proponer la posibilidad de que las fundaciones tutelares desarrollen acogimientos respecto de menores o incapacitados, vid. MUÑIZ ESPADA,, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras*, cit., pp. 236 y ss.

El acogimiento familiar aplicado a los incapacitados tiene como finalidad ofrecer un núcleo de convivencia familiar para los mismos, como medio para alcanzar la recuperación de su capacidad y su mejor inserción en la sociedad (art. 151 LDP). Para su formalización se exige el consentimiento del incapacitado «que tenga suficiente juicio» (art. 152.1 LDP), lo que nos lleva a la cuestión de la gradación de la incapacitación y a señalar que en los casos de incapacitación parcial habrá que dilucidar si la persona incapacitada tiene aptitud para prestar dicho consentimiento.

4.5.3. *La Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la Comunidad Autónoma de Aragón*

El panorama sobre la tutela ejercida por los entes públicos ha variado de forma sustancial en los últimos tiempos. No hace muchos años se llegaba incluso a nombrar como tutor de personas sin familiares o allegados al correspondiente concejal de servicios sociales. Aún hoy en día algunas Comunidades Autónomas no tienen un órgano específico para ejercer los cargos tutelares en tales casos¹⁴⁸.

Las Comunidades Autónomas han evolucionado en la creación de órganos y entes para desarrollar estas funciones¹⁴⁹. Lo más frecuente fue que inicialmente se constituyeran en las Comunidades Autónomas órganos de carácter administrativo para ejercer las funciones tutelares de personas en situación de desamparo.

Con el tiempo, la actividad de dichos órganos ha puesto de manifiesto ciertas disfunciones a la hora de ejercer tales competencias. Precisamente, en la Exposición de Motivos del Decreto 4/2001, de 16 de enero, del Gobierno de Aragón, de creación de la «Fundación Tutelar Aragonesa de Adultos» (al que más abajo me refiero de forma extensa), se indica que las funciones del tutor, curador o administrador están incardinadas en la esfera civil y por tanto escapan del ámbito público de la Administra-

(148) Cabe citar el Auto de Audiencia Provincial de Soria de 29/12/2005 (LA LEY 249404/2005, Carnicero Giménez de Azcárate), en el que se indica que la institución sobre la que la sentencia de instancia hace recaer el nombramiento de tutor (la Fundación Tutelar Castellano Leonesa para la Tutela de Personas Mayores (FUNDAMAY) no es la entidad pública a la que en la comunidad del domicilio del incapaz está encomendada la tutela de los incapaces. En el auto se señala lo siguiente: «esta entidad pública [la que ostenta la competencia para la tutela de los incapaces a la que alude el art. 239.3 Cc] en el territorio de la Comunidad Autónoma es la Junta de Castilla y León, y el artículo 32.1.19 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad contempla, entre las competencias de la Comunidad, la «Asistencia social, servicios sociales y desarrollo comunitario. Promoción y atención de la infancia, de la juventud y de los mayores. Promoción de la igualdad de la mujer. Prevención, atención e inserción social de los colectivos afectados por la discapacidad o la exclusión social». Por lo tanto, la resolución que constituye la tutela de don Jose Ignacio ha de revocarse en el sentido de que sea la Junta de Castilla y León la que asuma el cargo de tutor del referido incapaz».

(149) Cabe citar determinadas entidades en este ámbito:

La Rioja – Fundación Tutelar de La Rioja.

Navarra – Fundación Navarra para la Tutela de Personas Adultas.

Vizcaya – Instituto Tutelar de Bizkaia.

Comunidad Valenciana – Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados.

Castilla-La Mancha – Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha.

Extremadura – Comisión Tutelar de Adultos de Extremadura.

Canarias – Comisión Tutelar del Mayor Legalmente Incapacitado.

Galicia— Fundación Galega para Tutela de Adultos.

ción y sobre todo, de la clásica estructura administrativa. Las implicaciones económicas que se derivan de la actuación administrativa para con los patrimonios privados de los tutelados difícilmente puede ser controlada con los instrumentos públicos de control al uso.

En alguna Comunidad Autónoma, como es el caso de Madrid, se ha sustituido el modelo de la «Comisión» (órgano administrativo) por el modelo de «Agencia» (organismo con personalidad propia y régimen jurídico específico)¹⁵⁰.

Existe, por otra parte, lo que se ha venido en denominar «modelo catalán», según el cual, como indica TRESSERRAS BASELA¹⁵¹, Gerente de la Fundación Catalana Tutelar Aspanias, son las entidades privadas las que ejercen la tutela¹⁵².

(150) Por ejemplo en la Comunidad de Madrid se creó en 1990 la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos, adscrita a la que entonces era la Consejería de Integración Social. Como indica MAS MAYORAL, Jesús («*La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo modelos de gestión de la responsabilidad de las instituciones en materia tutelar. experiencias públicas y privadas*», en la obra colectiva *La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*, San Sebastián, Diputación Foral de Guipúzcoa, 2007, pp. 187 y ss., http://www.gizartekintza.net/es/corporativo/documentacion/documentacion_14.htm), Gerente de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, era un órgano eminentemente administrativo y, como tal, sometido al Derecho administrativo. «No tenía presupuesto, tesorería, ni plantilla propios. En definitiva, pronto se detectó que las características de la Administración condicionaban la actividad de la Comisión, en su tramitación y en su gestión, porque lo que se debía hacer —y es lo que se sigue haciendo— era sustituir la posición del tutor particular —el que está contemplado como tutor personal en el Código Civil—. Esa actividad, llevada a cabo por el tutor, implica una ingente actividad en el orden jurisdiccional civil —es decir, en el ordenamiento privado—; con lo cual, esto excedía de las limitaciones de la clásica estructura administrativa. Por todo ello, era necesario llevar a cabo una reconversión. Lo que se hizo fue sustituir la Comisión de Tutela, por la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos. La Agencia nació en la primavera del año 1995, con la Ley 4/1995, de 21 de marzo. Se creó como un ente de Derecho público, con personalidad jurídica propia, con plena capacidad pública y privada para llevar a cabo el cumplimiento de sus fines y —y ésta es, quizá, la nota más importante de ese cambio o reconversión— que ajusta su actividad al ordenamiento jurídico privado. Esto quiere decir que se dotó a la Agencia de la posibilidad de llevar a cabo las funciones derivadas del cargo tutelar, como si fuese de manera particular, con la posibilidad de actuar, en el orden jurisdiccional civil, como un particular más».

La figura de las «Agencias» en el ámbito de la organización de la Administración Institucional se ha introducido en los últimos años como una fórmula para hacer compatible un régimen de Derecho Administrativo con un funcionamiento flexible, creando organismos dotados de autonomía en la gestión. El hecho es que la proliferación de organismos con estatuto específico, «huyendo» del Derecho Administrativo y acudiendo al Derecho privado con un régimen jurídico «a la carta» intentan hacer compatible legalidad y eficacia, autonomía y control; vid. VELÁZQUEZ LÓPEZ, Francisco Javier, «*Flexibilidad en la gestión y ética y responsabilidad en la actuación*», en la obra colectiva *X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública* (Santiago de Chile, 2005), <http://www.clad.org.ve/fulltext/0053108.pdf>, p. 1.

(151) TRESSERRAS BASELA, Joseph, «*La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo modelos de gestión de la responsabilidad de las instituciones en materia tutelar. experiencias públicas y privadas*», en la obra colectiva *La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*, San Sebastián, Diputación Foral de Guipúzcoa, 2007, pp. 209 y ss. (http://www.gizartekintza.net/es/corporativo/documentacion/documentacion_14.htm).

(152) La Ley catalana 39/1991, de 30 de diciembre, de la Tutela e Instituciones Tutelares, en una de sus Disposiciones Adicionales, contemplaba la creación de un Órgano de Asesoramiento y Supervisión de las personas jurídicas, sin ánimo de lucro, que tengan asignada la tutela de menores o incapaces. A dicha Comisión, se la conoce con el nombre de Comisión de Tutelas. La Comisión realiza el seguimiento y el control del buen funcionamiento de las entidades tutelares, y es la que asesora y propone a los Juz-

Por lo que se refiere a la Comunidad Autónoma de Aragón, en concreto, el órgano que ejerce esta competencia, básicamente, es la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos, órgano que carece de personalidad jurídica, y que conforme a la normativa de creación, está adscrito al Departamento competente en materia de Servicios Sociales (en la actualidad el Departamento de Servicios Sociales y Familia). No obstante, funcionalmente se encuentra imbricado en el seno del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, en la medida en que este organismo autónomo es el que presta su esquema organizativo y de funcionamiento a la Comisión, básicamente a través de las denominadas «Unidades Técnico Administrativas de Tutela de Adultos», ya sea a nivel autonómico, ya sea a nivel provincial¹⁵³.

La normativa reguladora de este órgano viene representada por el Decreto 168/1998, de 6 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos (BOA de 14/10/1998), junto con el Decreto 13/2004, de 27 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se modifican parcialmente el Decreto 168/1998, de 6 de octubre, por el que se crea la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos, y el Decreto 113/2000, de 13 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Aragonés de Servicios Sociales (BOA de 11/2/2004). La modificación del año 2004 se refiere básicamente a la estructura de la Comisión, dotándola de personal técnico de apoyo (Unidades de Apoyo Técnico y Administrativo a los Vocales Delegados de la Comisión, asignando personal funcionario adscrito a las mismas), imprescindible para el adecuado ejercicio de sus funciones. Desde dicha fecha su funcionamiento mejoró sustancialmente¹⁵⁴.

gados la entidad tutelar más idónea para encargarse de cada caso. Lo normal es que los Juzgados y el Ministerio Fiscal se dirijan a la Comisión para pedirle que informe sobre la entidad tutelar más idónea para ejercer la tutela de una persona en concreto.

(153) Cabe hacer notar que la competencia sobre la materia la ostenta, conforme a la Ley de creación (Ley 4/1996, de 22 de mayo), el Instituto Aragonés de Servicios Sociales.

(154) En la información suministrada al Justicia de Aragón respecto del Expediente DIX-360/2007-6 por la Comisión se indicó lo siguiente: «Fue en noviembre de 2004 cuando el Instituto Aragonés de Servicios Sociales ve publicada la modificación de puestos de trabajo del personal funcionario del Organismo Autónomo. En dicha modificación, además de las secciones de tutelas en las tres provincias, se crea otra en la Dirección Gerencia del IASS dotándose de personal. Hasta 2005 el Instituto Aragonés de Servicios Sociales no dispuso de medios técnicos ni personales específicamente asignados a estas tareas, a pesar de que tanto el Decreto de creación como el de modificación de la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos hacían referencia a las Unidades de Apoyo Técnico y Administrativo dependientes de la Dirección Gerencia del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, así como de similares unidades en las Direcciones Provinciales del IASS. El IASS está en proceso de ampliar los recursos humanos de las Direcciones Provinciales para atender las necesidades de la Comisión de Tutelas (...) Desde las Unidades de Apoyo Técnico y Administrativo a los Vocales de la Comisión en cada una de las provincias se realizan todas las tareas de carácter administrativo que conllevan los procedimientos de incapacidad además de la atención directa a las personas tuteladas en los aspectos jurídico, personal y patrimonial. Las actuaciones son numerosas y de muy distinta índole dependiendo además de cada uno de los casos que representan situaciones individuales específicas. Si bien como Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la Comunidad Autónoma de Aragón no se han establecido de forma oficial protocolos de actuación, existen criterios técnicos de actuación, que con carácter genérico, son de aplicación por las Unidades adaptándolos a las particularidades de cada situación y respondiendo en todo caso a las demandas procedentes de los Juzgados de Primera Instancia conocedores de los procedimientos y del Ministerio Fiscal, quienes vigilan y controlan en todo momento la actividad de la Comisión y las actuaciones particulares con cada una de las personas bajo medida protectora de la misma.

«La diversidad de situaciones que presentan las personas tuteladas, tanto por razones de edad, dis-

Las competencias de la Comisión se reflejan en el art. 2 del Decreto 168/1998, donde se indica que «ejercerá la tutela, curatela, y el cargo de defensor judicial de las personas mayores de edad incapacitadas legalmente cuando dichas funciones sean encomendadas a la Administración de la Comunidad Autónoma por la correspondiente resolución judicial en los términos señalados en la misma y con sujeción a lo establecido en el Código Civil». También se indica que es función de la Comisión «el fomento y realización de acciones encaminadas a la integración y normalización de los incapacitados por la Comisión en su propio medio social, o alternativamente cuando así lo determine la autoridad judicial, facilitando recursos asistenciales, la atención personal del incapacitado, su cuidado, rehabilitación o recuperación y el afecto necesario»¹⁵⁵.

En virtud de la modificación del año 2004 (Decreto 13/2004, de 27 de enero (BOA 11/22/2004), el art. 26.2 de los Estatutos del Instituto Aragonés de Servicios Sociales establece que a los Directores Provinciales de este organismo les corresponde, en nombre de la Comisión, el ejercicio de cuantas funciones encomienda al tutor, curador o defensor judicial el «vigente del Código civil» [esta referencia debe entenderse efectuada en la actualidad a la Ley de Derecho de la Persona].

capacidad o enfermedad, hace que no pueda determinarse de forma previa y exacta el número de intervenciones y contactos con cada uno de ellos. Los técnicos a quienes se les ha asignado el seguimiento de un número determinado de casos, son los que mantienen informado al Vocal Delegado de la evolución del mismo. La intervención de los Vocales de forma personal y directa con los tutelados suele coincidir con casos que tienen una mayor dificultad o situaciones que requieren una especial atención o adopción de decisiones que puedan afectar de forma directa a corto, medio o largo plazo al pupilo.

«Cuando por sentencia se establece una Curatela para el control económico, el curatelado debe personarse periódicamente en las dependencias del IASS y es allí donde se le entrega la cantidad de dinero que se les ha asignado, permitiendo esta medida presencial controlar otros aspectos de la vida diaria del curatelado, orientando su tratamiento e inserción social.

«Finalmente indicar que los técnicos mantienen reuniones periódicas con los responsables de los centros donde se hallan ingresados, con los especialistas de las áreas social y de salud concedores de cada caso y con cada uno de los tutelados de los que es referente directo como técnico de la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos y a quienes trasladan sus necesidades, deseos, etc. Asimismo, a las Direcciones Provinciales del IASS, donde se ubican las Unidades de Apoyo y el Vocal Delegado de cada provincia, pueden dirigirse siempre que lo consideren necesario las personas tuteladas y los familiares donde son atendidas sus demandas».

(155) El Decreto 90/2007, de 8 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica el Decreto 113/2000, de 13 de junio, por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Aragonés de Servicios Sociales (BOA de 5/6/2007), efectúa determinadas modificaciones para dar cabida en la estructura orgánica del Instituto Aragonés de Servicios Sociales a las competencias sobre tutela automática de adultos. En la Exposición de Motivos se indica lo siguiente: «Por otra parte, la Secretaría General asume también ciertas funciones referidas a la tutela de adultos, teniendo en cuenta que el sistema protector de los incapacitados se ha visto reforzado jurídicamente en los últimos años mediante modificaciones en la normativa civil, como la operada en el Código Civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, o la última revisión de nuestra Compilación mediante la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona. Igualmente, se procede a adecuar las funciones de diversos órganos de los Servicios Centrales del Instituto, así como de las Direcciones Provinciales». El texto en su apartado 4 establece lo siguiente: «.—Se modifica el artículo 22 de los Estatutos, relativo a la Secretaría General, mediante la adición en su apartado 1 de las siguientes funciones: “El seguimiento y la coordinación del ejercicio de la tutela de los incapacitados que la autoridad judicial encomienda a la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la Comunidad Autónoma de Aragón”».

Existe en nuestra Comunidad Autónoma una notable curiosidad en este ámbito, como es el establecimiento de la «Fundación Tutelar Aragonesa de Adultos» por Decreto 4/2001, de 16 de enero, del Gobierno de Aragón (BOA de 2/2/2001). La constitución se efectuó con posterioridad, mediante una dotación de tan solo un millón de pts., y su inscripción en el Registro de Fundaciones (BOA de 4/6/2001). Y digo curiosidad porque, a pesar de que formalmente ya desde dicho momento se iniciaba una nueva orientación del tipo de organismo que debía ejercer las competencias respecto de los incapacitados en Aragón, dicha entidad nunca ha llegado a funcionar en la realidad. Se ha quedado como un simple ente a nivel formal. En dicho momento el Gobierno de la Comunidad Autónoma se encontraba en manos del mismo partido político que en la actualidad, lo que significa que no se trata de una diferente opción partidista, sino que, simplemente, la orientación en la materia que se refleja en el Decreto creador no se ha llegado a poner en práctica.

Pese a que con posterioridad ha existido cierto debate político¹⁵⁶, y que se ha lle-

(156) Sobre la cuestión es interesante el examen del debate desarrollado en las Cortes de Aragón producido con motivo de la Moción núm. 7/06, dimanante de la interpelación núm. 4/06, relativa a la política general en materia de personas tuteladas legalmente [BOCA, Legislatura: VI. Original del D.S.C.A. n.º 65 de Plenos en PDF, Ind. Tramitación: Mociones].

La representante del Grupo Popular —Dña. Rosa Plantagenet-Whyte Pérez— señaló lo siguiente: «El Grupo Parlamentario Popular trae a esta cámara una vez más esta moción, es la misma moción que presentó en el año 2000 para crear una agencia tutelar aragonesa para personas tuteladas legalmente.

«En aquel momento contamos con el apoyo de Chunta Aragonesista. Sí es cierto que, en el noventa y ocho, nuestra comunidad autónoma creó una Comisión de Tutela y que, en 2000, se vio que aquello no funcionaba. El Partido Popular propuso crear esta agencia tutelar, el Gobierno en ese momento no lo consideró oportuno y elaboró, creó algo que vino a llamar «una fundación tutelar», una fundación que estaba representada por el consejero de Servicios Sociales, por el consejero en ese momento de Sanidad y Servicios Sociales, señor Larraz, que hoy nos acompaña en esta sala, al que ya en ese momento avisamos de que estaba creando una fundación completamente ineficaz. Y así ha sido. Han pasado los años y algo que creó una fundación tutelar para personas incapacitadas, algo que creó una fundación con un tema administrativo importantísimo, en la cual había muchos representantes del Gobierno, pero gente de lo que es obra, profesionales que trabajaran con los discapacitados, con las personas con enfermedad mental, con todas las personas incapacitadas, no existían...».

La representante del PAR —Dña. María Herrero Herrero— indicó, entre otras cosas, lo siguiente: «Y en nuestro caso, en Aragón, para prestar esta asistencia y protección a las personas incapacitadas judicialmente se creó un órgano, que es el Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos, creada por el Decreto 168/1998. Es cierto que en su puesta en marcha hubo determinados problemas, fundamentalmente por la escasez de personal y de medios, que hicieron que no funcionase adecuadamente como a nosotros nos gustaría que funcionara. De hecho, hubo un decreto por el que se modificó esa Comisión, que es el Decreto 13/2004, y se crearon posteriormente, de acuerdo con este decreto, unidades de apoyo técnico y administrativo, que ha sido en enero de 2005 cuando, realmente, se han puesto en marcha los equipos técnicos de una manera estable. (...)»

Dña. Yolanda Echeverría Gorospe por CHA manifestó lo siguiente: «Es a partir del año 1990 cuando se empiezan a ver las primeras muestras efectivas de querer dar una respuesta adecuada. Se crean entonces en las diferentes comunidades autónomas modelos orgánicos diferentes, comisiones de tutela, institutos o fundaciones públicas. La Comisión de Tutela y Defensa Judicial del Adulto de Aragón se crea en el año 1998 y no funcionó porque se convirtió en un mero tribunal de calificación. En el año 2002 es cuando se pone en solfa el funcionamiento por parte del Gobierno de Aragón y entonces se plantea, en el año 2002... en el año 2000, perdón, la constitución de una fundación pública.

«Entonces, el Partido Popular presenta esa iniciativa, una proposición no de ley para crear una agencia de tutela para adultos. Chunta Aragonesista la vota entonces a favor. Y ¿por qué la vota? Primero, porque esa Comisión de Tutela que se había creado en Aragón no funcionaba y pensábamos que una

gado a propugnar la creación de una Agencia para la tutela de adultos, en nuestra Comunidad Autónoma se ha mantenido la opción por un mero órgano administrativo como es la Comisión, aunque parece que la experiencia de otras Comunidades Autónomas con el tiempo llevará a mejorar esta modalidad organizativa.

En todo caso, pese a que se trate de una competencia propia de la Administración Pública, el ejercicio de las funciones tutelares de las personas incapacitadas puede realizarse de forma adecuada por fundaciones o asociaciones de carácter privado que tengan por finalidad la protección de personas incapacitadas. Como se indica en las conclusiones de las *XXII Jornadas Æquitas* (Albacete, 9 de mayo de 2007): «las fundaciones tutelares, con su estabilidad, son un instrumento idóneo de protección, que no sustituye a la familia, pero que la complementa con eficacia»¹⁵⁷.

4.5.4. Estadísticas

Como he señalado, nos encontramos ante un tema que tiene un notable componente social, lo que significa que los datos estadísticos sean de cierta importancia en la materia. Los datos en este apartado se refieren a 30 de junio de 2007.

En primer lugar, se reflejan los datos según la figura de protección fijada para los incapacitados bajo la protección de la Comisión.

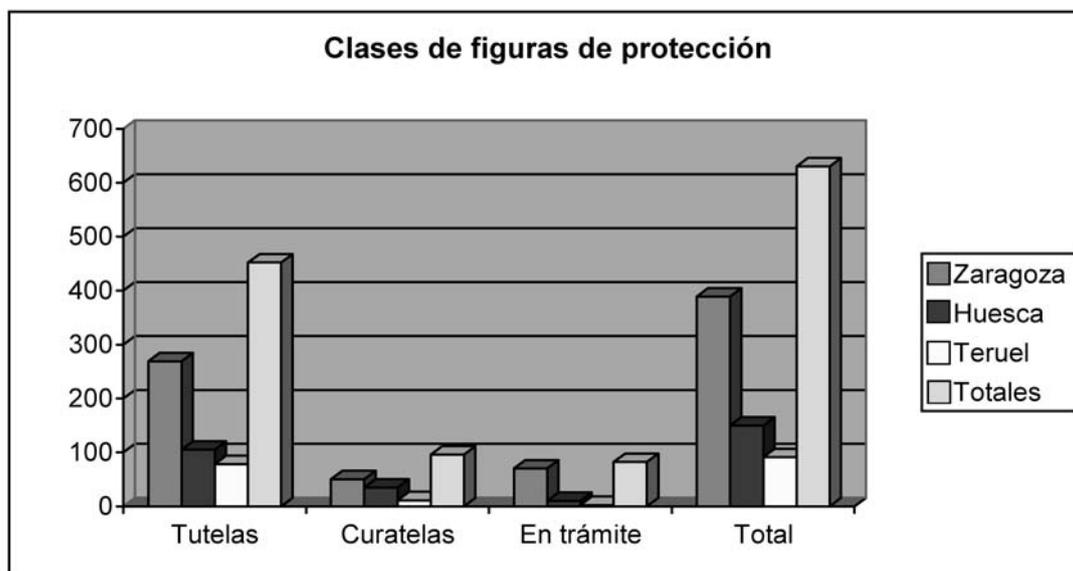
agencia podía ser un instrumento más ágil, y, por otro lado, entonces, por parte del Gobierno de Aragón se planteó fundación pública. Era el debate entonces fundación o agencia y nos decantamos por la fundación. Posteriormente, el Gobierno de Aragón modificó esa Comisión de Tutela y Defensa Judicial de los Adultos y, a fecha de hoy, tenemos entendido —tenemos entendido porque nos hemos informado— que está funcionando bien y pensamos que este no es el momento de cambiar el modelo porque sí, no es el momento...».

Dña. María Ángeles Ortiz Álvarez, por el PSOE, puso de manifiesto lo siguiente: «Es cierto que, así como se planteó en el año 2000, hace seis años, se reconocía, además, tanto por parte del Gobierno de Aragón como por parte de los grupos que lo apoyan y, por supuesto, de la oposición que había unos problemas derivados de la puesta en marcha de esta Comisión y, sobre todo, que radicaban en la escasez de personal y también de medios técnicos con los que contaba esta Comisión. Y, teniendo en cuenta esta circunstancia, se modificó por el Decreto 13/2004 y, además, por Orden de 5 de noviembre de 2004, como también se ha mencionado, se modifica la relación de puestos de trabajo del Instituto Aragonés de Servicios Sociales y se crearon cuatro unidades, una en cada provincia (en Zaragoza, Huesca y Teruel) y otra también en la Dirección de Gerencia.

«Esto ha hecho que las unidades administrativas de apoyo como tales solo lleven en realidad un año de funcionamiento, y en este tiempo se han puesto al día todos los expedientes que años atrás, debido a la falta de personal exclusivamente dedicado a la tutela de personas adultas incapacitadas judicialmente, no había sido posible, y se han establecido funciones claramente diferenciadas entre los técnicos del área social y los del área de gestión patrimonial, existiendo así una perfecta coordinación y complementariedad de sus funciones».

(157) En la misma línea, YÁÑEZ VIVERO, M^a Fátima («*Algunos pronunciamientos judiciales recientes sobre la tutela de la discapacidad encomendada a las personas jurídicas*», *El Derecho*, EDB 2005/83362, junio de 2005), mantiene que «el panorama legislativo diseñado por la Ley 41/2003, de protección jurídica del patrimonio de las personas con discapacidad, y las transformaciones sociales de los últimos decenios parecen desencadenar una mayor participación de las personas jurídicas en la tutela de los sujetos con discapacidad, potenciales o actuales incapacitados».

Gráfico 3: Clases de figuras de protección de las personas incapacitadas bajo la acción de la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la CAA.



| | Tutelas | Curatelas | En trámite | Total |
|-----------------|---------|-----------|------------|-------|
| Zaragoza | 269 | 50 | 70 | 389 |
| Huesca | 105 | 35 | 10 | 150 |
| Teruel | 78 | 11 | 2 | 91 |
| Totales | 452 | 96 | 82 | 630 |

Fuente: Elaboración propia según datos suministrados por la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la CAA.

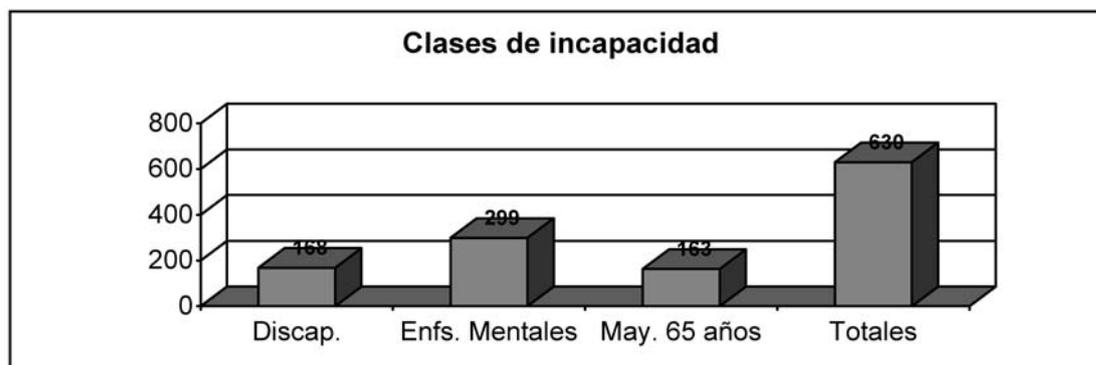
Como se puede comprobar hay un notable predominio de la tutela frente a la curatela. Cabe hacer notar que para una entidad de protección, la figura de la tutela es más práctica desde el punto de vista del día a día de la intervención con una persona incapacitada. Hay que tener en cuenta que la curatela simplemente supone una asistencia por parte del curador, pero el pupilo ha de intervenir en los actos correspondientes, de tal forma que el curador no puede actuar individualmente, sino que necesita del concurso del pupilo¹⁵⁸. Obviamente es más sencillo para la entidad actuar sin el concurso del incapacitado.

(158) La sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 22/7/2004 (Id. Cendoj: 22125370012004100333°, Angós Ullate) restringió el grado de la incapacitación de una persona que quedaba sujeta a la protección de la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos, fijando en lugar de una tutela que había establecido el Juzgado de Primera Instancia, una curatela. En el fallo de la sentencia se indica: «Estimamos el recurso de apelación interpuesto por el demandado, contra la sentencia referida, que revocamos. En su lugar, estimamos en parte la demanda y declaramos al demandado, incapaz parcialmente para gobernarse por sí mismo exclusivamente en lo que afecta a sus hábitos higiénicos, sanitarios —en cuanto al control facultativo de la esquizofrenia residual que padece— y alimentarios, los cuales serán controlados por un curador, para que preste al incapaz la debida asistencia personal y vele por él a fin de que desarrolle los adecuados hábitos higiénicos, sanitarios y alimentarios aludidos. A tal efecto, nombramos curador a la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la Diputación General de Aragón».

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 26/5/2004 (Id. Cendoj: 50297370052004100228, Sección 5ª, Pérez García), otorgó a la persona incapacitada un ámbito de actua-

A continuación se reflejan los datos por la clase de incapacidad que padecen las personas incapacitadas.

Gráfico 4: Clases de incapacidad de las personas incapacitadas bajo la acción de la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la CAA.



Fuente: Elaboración propia según datos suministrados por la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la CAA.

Cabe hacer notar que predominan las personas con alguna enfermedad mental, frente a las personas que presentan algún tipo de discapacidad (generalmente retraso mental) y frente a los ancianos con algún tipo de demencia senil¹⁵⁹. La explicación de que predominen los enfermos mentales radica en que existe una mayor dificultad para los familiares a la hora de controlar a estas personas. No obstante, debe hacerse notar que la dificultad es la misma, o incluso superior, para la propia Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos¹⁶⁰.

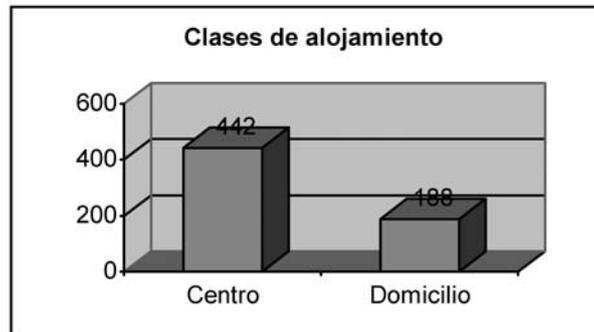
ción propio para gastos cotidianos sin necesidad de intervención de la Comisión, lo que facilita su tarea cotidiana. En dicha sentencia se señala lo siguiente: «se entiende que la intervención del curador deberá concretarse a todos los gastos de normal y ordinaria administración, no sólo a los que excedan de ésta, que es el límite impuesto por la Sentencia del Juzgado, que la extiende a los actos que excedan de una normal y regular administración, medida ésta con cuya extensión no se consideran debidamente salvaguardados los bienes de la incapaz, exceptuándose de ese control los pequeños gastos normales diarios de carácter doméstico, que la incapaz podrá realizar por sí sola, sin asistencia del curador, en cuyo punto será de revocar la Sentencia recurrida, estableciéndose además un control periódico semestral por parte del curador sobre los gastos que la incapaz haya podido realizar en dicho lapso de tiempo, intentándose con el establecimiento de todas estas medidas el mantenimiento íntegro del patrimonio de la incapaz y evitar así que pueda ser objeto de apoderamiento por parte de terceras personas».

(159) En la sugerencia de fecha 25/6/2007 del Justicia de Aragón se resalta este dato: «Por otra parte, resulta llamativo que siendo la mayoría de los incapacitados tutelados por la Comisión personas que padecen una enfermedad mental, y existiendo dos Vocales en representación del área de Salud del Gobierno de Aragón que garantizan la coordinación con las áreas de psiquiatría y drogodependencias, la Directora de Salud Mental y Drogodependencia, como Vocal al efecto, sólo haya sido convocada por la Comisión en dos ocasiones. Ello puede ser un dato más que evidencie la descoordinación entre los Servicios Sociales y Sanitarios (lo que ya hemos puesto de manifiesto en una reciente Sugerencia), que tanto puede llegar a perjudicar a las personas afectadas, haciendo ilusorio el espacio y atención llamado “socio-sanitario”».

(160) Como se indica en un informe del Justicia de Aragón (Expediente DIX-782/2002-6) «en el caso de las enfermedades mentales crónicas, el objetivo no es la curación sino el cuidado, el fomento de la autonomía, la prevención del deterioro... Se trata de cubrir necesidades sanitarias (atención médica, tratamiento, rehabilitación...) pero también otras: de alojamiento, de alimentación, de capacitación, de integración social... Así, lo social y lo sanitario van en muchas ocasiones de la mano a la hora de abordar los problemas de las personas afectadas».

En el siguiente cuadro se reflejan los datos conforme a la clase de alojamiento.

Gráfico 5: Clases de alojamiento de las personas incapacitadas bajo la acción de la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la CAA.



Fuente: Elaboración propia según datos suministrados por la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la CAA.

Existe un notable predominio del alojamiento en centro o residencial frente al alojamiento en domicilio¹⁶¹. Esta situación demuestra que la intervención de la Comisión se traduce, en buena parte de los casos, en una simple institucionalización de los enfermos. Es obvio que en muchos casos los enfermos no desean abandonar sus hogares.

A la vista de los datos manejados, puede apreciarse la notable cantidad de trabajo que debe afrontar la Comisión. La principal cuestión que se suscita consiste en determinar si cuenta con los medios personales y materiales suficientes para afrontar la ingente tarea que tiene encomendada. El examen de los recursos con los que cuenta revela que son notoriamente insuficientes. La «ratio» de trabajadores sociales de los que dispone la Comisión [datos correspondientes al Servicio Provincial de Zaragoza] apenas alcanza a un trabajador social por cada 67 incapacitados, cuando se recomienda una «ratio» de aproximadamente un trabajador social por cada ocho o diez incapacitados¹⁶².

En este punto es conveniente traer a colación una actuación de oficio desarrollada por el Justicia de Aragón sobre el funcionamiento de la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos, que motivó una sugerencia de fecha 25 de junio de 2007¹⁶³, en la

(161) Cuando se alude al «domicilio» se incluye por la Comisión también pequeñas pensiones, pequeñas residencias «familiares» u otras formas similares.

(162) Sobre las cuestiones referidas a costes y organización es muy ilustrativo el estudio de BAYARRI i CATALÁN, Víctor, «Aspectos de gestión de los servicios de apoyo a la función tutelar», en la obra colectiva *La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*, San Sebastián, Diputación Foral de Guipúzcoa, 2007, pp. 151 y ss. (http://www.gizartekintza.net/es/corporativo/documentacion/documentacion_14.htm).

(163) Expediente DI-360/2007-6. La Sugerencia concreta es del siguiente tenor:

«Primera.– Que, por parte de la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la Comunidad Autónoma de Aragón, y teniendo en cuenta las especiales situaciones de desvalimiento que concurren en las personas incapacitadas sujetas a su tutela, curatela o defensa judicial, se intensifiquen las actuaciones dirigidas a garantizar la inmediata provisión de sus necesidades y a mejorar su calidad de vida.

«Segunda.– Que, de acuerdo con las anteriores consideraciones, se dote a dicho organismo de los recursos necesarios para garantizar que las personas adultas incapacitadas dispongan de los servicios

que se propone un aumento en la dotación de los recursos de la misma, se advierte de la necesidad de incrementar la coordinación socio-sanitaria, y de la necesidad de tomar las debidas precauciones en materia de la gestión patrimonial de los fondos de las personas incapacitadas¹⁶⁴. A pesar de todo, hay que reconocer el notable esfuerzo presupuestario realizado por el Gobierno de Aragón. A estos efectos resulta significativo el dato de que el Departamento de Servicios Sociales y Familia ha visto incrementado su presupuesto en cada uno de los ejercicios 2007 y 2008 en un 16% aproximadamente.

Por lo que se refiere a los ámbitos de actuación de la Comisión, nos encontramos ante un auténtico terreno propio de los servicios sociales, que se prestan a la persona incapacitada por medio de una tutela o de una curatela ejercida por la Administración Pública.

Desde luego, de un atento examen de los datos expuestos se aprecia un aumento notable de las personas tuteladas por la Administración. Las causas de este incremento son diversas y están en la mente de todos:

- el aumento de la esperanza de vida, que se produce en general en nuestra población, pero que se da singularmente en las personas con discapacidad;
- una mayor sensibilidad hacia los derechos y la protección de los incapaces;
- la reducción del número de miembros de la familia, con una mayor disgregación de los mismos, en ocasiones con familias notablemente desestructuradas, y con una menor dedicación de la mujer a una tarea que le era propia en otros tiempos, como era el cuidado de personas incapaces o ancianas.

En el «Manifiesto de Gipuzkoa sobre la tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo»¹⁶⁵ se propone a las Administraciones Públicas responsables de política social «que doten de los recursos necesarios para garantizar que las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo dispongan de los servicios tutelares que precisen, para velar por su bienestar y por la defensa de sus derechos»¹⁶⁶.

tutelares que precisen para velar por su bienestar y por la defensa de sus derechos, extremándose las precauciones en el ámbito de la gestión de sus patrimonios.

«Tercera.– Que se intensifique la coordinación con los organismos y entidades implicados en la atención de estas personas, especialmente en materia sociosanitaria, elaborándose protocolos de actuación en las diferentes áreas, que resulten vinculantes para toda la Comunidad Autónoma de Aragón».

(164) En este punto se recuerda un caso planteado en el Servicio Provincial de Huesca, donde un funcionario presuntamente defraudó durante varios años los bienes de personas incapacitadas y sometidas a la protección de la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la CAA.

(165) «*La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*», Congreso Estatal, Donostia – San Sebastián, 9 y 10 de marzo de 2006.

(166) La sugerencia del Justicia de Aragón de fecha 25 de junio de 2007 señala al respecto lo siguiente: «En primer lugar, destaca el progresivo y elevado número de personas cuya tutela, curatela o defensa judicial se ha encomendado a esta entidad pública. Ello ha exigido un paralelo incremento de los recursos personales que consideramos no se ha realizado con la debida celeridad ni en la proporción correspondiente, lo que obviamente impide que la Comisión pueda desarrollar sus funciones con la debida plenitud y eficacia. No hay que olvidar que, tras cada persona incapacitada, hay unas circunstancias particulares y personales que exigen una atención específica, siendo que, como la propia Administración reconoce en su informe, «...las actuaciones son numerosas y de muy distinta índole dependiendo ade-

Por último, cabe señalar que no existen estadísticas fidedignas sobre la intervención de Fundaciones o Asociaciones en Aragón en el ejercicio de las funciones tutelares sobre personas incapacitadas. Ante la aparición de la Comisión, en la práctica el nombramiento de este tipo de entidades para el ejercicio de los cargos tutelares es muy excepcional¹⁶⁷.

4.5.5. Ámbitos de actuación

Desde el punto de vista del «desideratum» de lo que debe ser la actuación que debe desarrollar la Comisión para cubrir las diversas áreas de atención que requiere la persona incapacitada, se alude a los denominados «servicios sociales de apoyo a la función tutelar»¹⁶⁸. Los arts. 122 y siguientes LDP diseñan el contenido personal de la tutela, donde destaca para los incapacitados el art. 124, en el que se fija el deber de procurar al mismo «la atención especializada que requiera, así como promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su mejor inserción en la sociedad»¹⁶⁹. La «idea fuerza» que debe presidir la actuación de la Comisión es la de alcanzar la plena protección de la persona incapacitada. Su actividad se debe desplegar en los tres ámbitos en los que se desenvuelve la actividad tutelar¹⁷⁰: personal, económico y jurídico.

Ámbito personal.— Se trata del área atendida básicamente por trabajadores sociales. Se considera sustancial la asignación a la persona incapacitada de una persona que le sirva de apoyo y de ayuda en sus quehaceres diarios, ya se trate de un trabajador social o de un voluntario. Se suele denominar «delegado tutelar» y le corresponde establecer una relación personal, cálida y cercana con la persona tutelada. Si

más de cada uno de los casos que representan situaciones individuales específicas» En este sentido, sería deseable, por un lado, potenciar la figura del delegado tutelar, como persona física que mantiene un contacto directo con el tutelado, sustituyendo o ejerciendo en la medida de lo posible la labor de un familiar directo. Y, por otro lado, también resultaría conveniente dotar a la Comisión de personal especializado en las tres áreas básicas que requieren una directa atención: social, jurídica y económica».

(167) Cabe citar, por ejemplo, algún caso en la provincia de Zaragoza del Patronato Benéfico-Social Goya.

(168) Sobre esta cuestión puede consultarse: BAYARRI i CATALÁN, Víctor, «Aspectos de gestión de los servicios», cit., pp. 151 y ss. Consultado el Anteproyecto de Ley de Servicios Sociales de Aragón, que fue sometido a información pública bajo la anterior legislatura (BOA de 17/11/2006), se pone de manifiesto que este tipo de servicios se contemplan de forma muy difusa. El art. 15.1.f) atribuye al Instituto Aragonés de Servicios Sociales «el ejercicio de la tutela, curatela y del cargo de defensor judicial de las personas mayores de edad incapacitadas legalmente cuando dichas funciones sean encomendadas a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón por la correspondiente resolución judicial, en los términos señalados en la misma y con sujeción a lo establecido en el Código Civil». En la Disposición Adicional Decimotercera sólo contempla, en el marco de las «Funciones tutelares de la Diputación General de Aragón», la tutela automática para menores pero no para los incapacitados. Sí alude a los incapacitados en situación de desamparo al referirse a la indigencia severa (art. 34) y a los mayores en situación de desamparo (art. 36.c).

(169) Ya en el art. 269 Cc se fija esta obligación respecto del tutor; vid. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, «Comentario al art. 269. De la tutela» en *Comentario del Código civil*, T. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 793.

(170) Vid. NECHES OLASO, Mónica, ESTIRADO GÓMEZ, Esther, MARTÍN JIMÉNEZ, José, MARTÍNEZ ALCOCER, Carolina RIPA PÉREZ DE ALBÉNIZ, Eloisa, QUILEZ SERRANO, M^a. del Mar, RODRÍGUEZ LÓPEZ, Clara, «La Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos», Cuadernos de Trabajo Social, 2001, n^o 14, pp. 309 y ss.; COROMINAS MALET, «El papel de las funciones tutelares», cit., pp. 201 y ss.

la disponibilidad de medios personales es mayor, puede diferenciarse la figura del «referente tutelar» del «auxiliar de tutela»; de tal forma que el primero es el que diseña y planifica la dimensión personal de la vida del incapacitado, y el segundo actúa más en el día a día de esta persona. En este ámbito es donde se debe elaborar un «plan personal». La intervención puede desarrollarse de forma domiciliaria o bien en un servicio residencial. También cabe la posibilidad de prever los servicios de un centro ocupacional, de un centro de día, etc. En el ámbito personal también se debe procurar, en su caso, el acompañamiento de la persona incapacitada para hacer compras, para efectuar gestiones administrativas o privadas, etc. Por último, cabe citar la necesidad de que en este ámbito se dé respuesta a la necesidad muy frecuente de que se procure un seguimiento médico y/o farmacológico.

Ámbito económico.– Se trata de un área atendida por expertos con formación en el ámbito económico, preferiblemente en Económicas o Empresariales. Su actividad se debe desarrollar en orden a la formación de inventario, exigido en materia de tutela. También interviene en relación con lo que es la gestión del patrimonio de la persona incapacitada, con los ingresos que pueda percibir o con el «dinero de bolsillo» que se le entregue de forma periódica.

Ámbito jurídico.– Se trata de un área atendida por juristas. Debe intervenir en las relaciones con el Juzgado. También es procedente que intervenga en la defensa de los bienes y derechos de la persona incapacitada: en materia de herencias, autorizaciones judiciales, pensiones, ayudas a la dependencia, seguros, etc., manteniendo relaciones con los entes administrativos, registros públicos, etc.

Además de la actuación propia de la Comisión, hay que recordar que nos encontramos ante el terreno propio de los servicios sociales, en el que la actuación de la Administración Pública debe venir guiada por los principios y criterios propios de este ámbito.

4.5.6. Cuestiones prácticas

En el desarrollo de las funciones tutelares por la Comisión se plantean determinadas cuestiones prácticas de interés.

a.– La «presión» para el nombramiento de la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos como tutor

La intervención de la Comisión debe quedar reservada para los supuestos de personas incapacitadas que carezcan de familiares que puedan hacerse cargo de las funciones tutelares. Pero es obvio que resulta más cómodo que la Comisión sea tutor de la persona incapacitada, sobre todo si se da alguna de las siguientes circunstancias:

- la familia carece de recursos económicos.
- la persona incapacitada es conflictiva, como sucede con cierta frecuencia con los enfermos mentales que no siguen el tratamiento psiquiátrico¹⁷¹.

(171) A este respecto son interesantes las siguientes consideraciones de PALLARÉS NEILA, Javier («Modelos de intervención en el ejercicio cotidiano de la tutela. Ejemplos de buena práctica. La tutela de personas

Es curioso conocer que determinados trabajadores sociales «aconsejan» a los usuarios de los servicios sociales que «renuncien» al ejercicio de la tutela sobre sus familiares para que sea la DGA la que tenga que hacerse cargo de la persona incapacitada y de esta forma conseguir una atención para la misma que no se ha conseguido por la vía de los servicios sociales.

Si se «abusa» de este recurso puede frustrarse la denominada «reforma siquiátrica» y volver a ingresar a personas que padecen una enfermedad mental en centros siquiátricos de forma indefinida. Debe insistirse, no obstante, en los medios propugnados por dicha reforma: unidades terapéuticas, casas hogar, pisos tutelados y la atención domiciliaria, que contempla la Legislación sanitaria¹⁷².

Por ello los Jueces debemos administrar este recurso adecuadamente. En el «Manifiesto de Gipuzkoa sobre la tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo»¹⁷³ se recoge una proposición a las instancias judiciales en esta materia que indica lo siguiente: «que tengan siempre presente [los jueces] el carácter subsidiario de la tutela ejercida por las instituciones respecto a la tutela familiar, limitando aquélla a los casos en los que resulte imprescindible, por inexistencia de familiares o por la evidente inadecuación de los mismos, para el ejercicio de la responsabilidad tutelar»¹⁷⁴. Para todo ello es evidente que se hace preciso ofrecer los servicios sociales que necesitan los incapacitados en situación de desamparo. De la misma forma, propone a las familias «que se comprometan e impliquen en el desarrollo de la función tutelar, tomando conciencia de que dicha responsabilidad corresponde, en primer término, a la familia, y tan sólo en último caso, con carácter estrictamente subsidiario, a las Instituciones Tutelares». De esta forma, la función tutelar correrá a cargo del familiar o allegado y la Administración Pública asumirá con las prestaciones que le son propias¹⁷⁵.

con enfermedad mental», en la obra colectiva *La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*, San Sebastián, Diputación Foral de Guipúzcoa, 2007, p. 79, http://www.gizartekintza.net/es/corporativo/documentacion/documentacion_14.htm), que señala lo siguiente: «Y éste es uno de los principales obstáculos de los que se va a encontrar el tutor de una persona con enfermedad mental: el estigma que sufre y que le va a obligar a convencer a los terceros de los que demanda cualquier tipo de apoyo, servicio o prestación que es falso que:

- «• Nadie se recupera de una enfermedad mental.
- «• La esquizofrenia es una enfermedad intratable.
- «• Las personas con enfermedad mental son violentas y peligrosas.
- «• Las personas con enfermedad mental no pueden trabajar».

Por otra parte, FERREIRÓS MARCOS (*Salud mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario*, cit, p. 691) destaca lo difícil que resulta tratar las dependencias, que muchas veces van unidas a una enfermedad mental, ya que se trata de modificar conductas, modificar un modo de vida.

(172) Vid. GARCÍA CASTELAR, Amparo, y otros, *Estrategias para la salud mental en Aragón*, Zaragoza, Gobierno de Aragón, 1994, pp. 19 y ss.

(173) VARIOS AUTORES, «*La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*», Congreso Estatal, Donostia – San Sebastián, 9 y 10 de marzo de 2006.

(174) En términos similares, ARTÁRAZ ROMERO, Aitor, «*Modelos de gestión de la responsabilidad de las instituciones en materia tutelar. experiencias públicas y privadas*», en la obra colectiva *La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*, San Sebastián, Diputación Foral de Guipúzcoa, 2007, p. 205, http://www.gizartekintza.net/es/corporativo/documentacion/documentacion_14.htm.

(175) La penosidad que supone el ejercicio de la tutela es reconocida en el Código civil francés, cuyo art. 496-1 dispone lo siguiente: «*Nadie, a excepción del cónyuge, de los descendientes y de las personas jurídicas, estará obligado a conservar la tutela de un mayor de edad durante más de cinco años. A la expiración de este plazo, el tutor podrá solicitar y deberá obtener su sustitución*».

b.– La legitimación activa para impugnar el nombramiento de tutor

Fruto de la «presión» a la que acabo de aludir, es que en el procedimiento de incapacitación es relativamente frecuente que se pretenda la designación como tutor de la Comisión. Esta pretensión puede ser deducida en la demanda interpuesta por la parte actora, pero es más frecuente que sean los familiares de la persona incapacitada quienes en el acto de audiencia de parientes o en el propio acto del juicio propongan el nombramiento de la Comisión, o incluso que sea el Ministerio Fiscal en la fase de conclusiones del juicio quien haga suya esta propuesta.

En la sentencia de incapacitación se resuelve sobre la designación de tutor, y si se nombra a la Comisión, cabe preguntarse si esta entidad está legitimada para impugnar su propio nombramiento, incluso aunque no haya sido parte formalmente en el proceso judicial. En la práctica, la Comisión no suele impugnar su propio nombramiento como tutor o curador mediante el correspondiente recurso de apelación. Pero entiendo que sí ostenta legitimación activa para interponer el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, por cuanto evidentemente la sentencia dictada le afecta en su situación jurídica y ostenta la condición de entidad interesada en el resultado del proceso. Llevando el derecho a la tutela judicial efectiva a sus últimas consecuencias cabría discutir si no se vulnera este derecho cuando se designa como tutor a la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la CAA sin conceder la correspondiente audiencia respecto de dicha designación.

De la misma forma, si en la sentencia se rechaza la propuesta de que la Comisión sea nombrada como tutora, designándose para el cargo a un familiar, entiendo que éste queda legitimado para impugnar la sentencia, mediante el correspondiente recurso de apelación ante la Audiencia Provincial. Serían aplicables en este caso, para examinar si procede o no el nombramiento de un familiar, las reglas en materia de excusa plasmadas en el art. 112 LDP.

c.– El cambio de domicilio de la persona incapacitada

La competencia para conocer de las cuestiones relativas al ejercicio de la tutela corresponde al Juez del domicilio de la persona incapacitada. La cuestión del cambio de domicilio ha sido analizada por un Auto del Tribunal Supremo de fecha 21/4/2006 (RJ 2006\3027, González Poveda), sobre la base del art. 63.10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior. Se trataba del caso de una persona incapacitada residente en Madrid que es trasladada a la residencia de ATADES en Alagón. El procedimiento de tutela se llevaba en un Juzgado de Primera Instancia de Madrid, que remitió las actuaciones al correspondiente Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (como órgano superior común llamado a dirimir las cuestiones de competencia entre ambos Juzgados) entendió que ante dicha situación pasa a ser competente el Juzgado de Zaragoza.

Por otra parte, si la persona incapacitada está bajo la tutela de la Comisión y se traslada a otra Comunidad Autónoma, en principio parece lógico que la tutela pase a ser desempeñada por la entidad pública correspondiente al nuevo domicilio. Se producirán de esta forma dos transferencias de competencia: la del Juzgado de Primera Instancia y la de la Administración Pública. En estos casos procede seguir los trámi-

tes previstos para la remoción de tutor. Pero es preciso conceder audiencia al nuevo organismo tutelar en esta fase del procedimiento, ya que lo impone así el principio de audiencia¹⁷⁶.

Pueden existir problemas en estos casos ante la falta de un órgano homólogo a la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la CAA en la nueva Comunidad Autónoma. Es lo que sucede, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Castilla y León¹⁷⁷.

d.- La responsabilidad de la Administración

Desde el momento en que la Administración Pública asume la tutela de una persona incapacitada, también asume la responsabilidad propia de un tutor. De esta forma, son aplicables los arts. 1.903.3º Cc y 118 y 120 del Código Penal¹⁷⁸. Algunos pupilos son ciertamente conflictivos, lo que desemboca en hechos generadores de responsabilidad civil, en particular, hechos delictivos.

Cabe citar al respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 27/6/2003 que impone la responsabilidad de la Comunidad Autónoma de Aragón (la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la CAA) por un hecho cometido por un pupilo de la misma; en concreto un delito de abusos sexuales y otro de lesiones, del que el incapacitado es absuelto por inimputable, fijándose una medida de seguridad de un año de duración¹⁷⁹.

(176) Cabe traer a colación el Auto de la Audiencia Provincial de Teruel (Id. Cendoj: 44216370012005200042) de 7/2/2005 (Rivera Blasco), en el que se decreta la nulidad de actuaciones de una remoción de tutor respecto de la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos y el correlativo nombramiento a favor de la Generalitat Valenciana por no haberse dado audiencia a esta Administración. En el auto se establece lo siguiente: «Frente a dicha resolución se alza ahora la Generalitat Valenciana alegando indefensión al habersele nombrado tutora del incapaz sin haber sido oída previamente. Y así ha sido efectivamente; el juzgado de instancia procedió a aceptar la excusa de la tutora asignada en sentencia y a nombrar seguidamente otra sin trámite alguno y sin haber sido oído esta última con carácter previo, de tal forma que se ha producido una efectiva y real indefensión a la parte ahora apelante que lleva aparejada la sanción de nulidad de la resolución apelada conforme a lo dispuesto en el artículo 238.3 LOPJ (...) La Comunidad Autónoma de Aragón alega que sí ha sido oída en el presente procedimiento la Generalitat Valenciana, pero, tal como apunta en su escrito de contestación al recurso, lo fue en la pieza de nombramiento de defensor judicial del incapaz que, en sí, nada tiene que ver con el cambio de tutor que ahora nos concierne. Así pues, el conocimiento por parte de la apelante de algunos antecedentes del presente procedimiento no excluye la indefensión que le ha provocado la falta de intervención en el trámite de cambio de tutor del incapaz, debiendo ser acogido el recurso formulado declarando la nulidad de la resolución de instancia».

(177) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (AC 2006\1476), de 31/3/2006 (Álvarez Olalla), llega a la conclusión, sobre la base del contenido del art. 239.3 Cc, de que la entidad hábil para ser designada tutora en dicho territorio es la Gerencia de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma. En la sentencia se indica lo siguiente: «...quien debe asumir el desempeño del cargo tutelar es la Junta de Castilla y León a través de la Gerencia de Servicios sociales, al menos en tanto no exista otra persona jurídica que se ofrezca y tenga medios suficientes para asumirla con las garantías de protección que ofrece la Gerencia de Servicios Sociales».

(178) Vid. SEISDEDOS MUIÑO, Ana, «Responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por los llamados incapaces naturales. A propósito de los artículos 118.1.1ª del nuevo Código Penal y 229 del Código Civil», Actualidad Civil, 1999, 1, referencia XV, pp. 261 y ss.

(179) Id. Cendoj: 50297370012003100212, Sección 1ª, Pérez Legasa. La sentencia indica lo siguiente: «En este caso concreto, el acusado inimputable dijo paladinamente en el juicio oral que el día de autos:

También cabe hablar de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, de conformidad con lo establecido en el art. 106.2 de la Constitución. En este punto cabe citar el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 2/2/2006, en el que se deniega la eventual responsabilidad a cargo del Servicio Aragonés de Salud respecto de una persona incapacitada y sometida a la curatela de la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos dentro del procedimiento penal, pero se deja abierta la puerta a una responsabilidad patrimonial de la Administración¹⁸⁰.

«se había escapado del Centro «El Cariño», del cual podía salir fácilmente» y «que llevaba dos o tres horas fuera del Centro» (folio 80 vuelto del acta). Es decir; había muy poca vigilancia por parte de los encargados de dicho establecimiento antes y durante la escapatoria del joven tutelado. Por ello; se estima que es directa la responsabilidad de la «Comisión o Tutela y Defensa Judicial de Adultos», dependiente de la D.G.A.; máxime cuando tanto en ésta como en la subsidiaria se han alcanzado, tras una serie de vicisitudes jurídicas, cotas muy altas de objetivación, pues no se trata tanto de una «sanción» por la defectuosa elección o vigilancia, sino de una consecuencia del servicio prestado con deficiencia organizativa o estructural, entendidas estas expresiones en sentido amplio y no peyorativo. Todo ello en virtud de exigencias vigentes, consecuencia de una realidad social que trata de dar respuesta a actuales problemas socio-culturales y de exigencias de justicia de la sociedad protegidas por la Constitución».

En la misma línea se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 3ª, Guardo Laso, JUR 2004\182375) de 31/5/2004, que señala lo siguiente: «Dicho lo cual debe ser reconocida la responsabilidad civil impugnada por la Diputación Provincial responde por los daños causados por su tutelado, el acusado, ya que se dan todos los requisitos del precepto citado, dado que, tratándose de una persona jurídica, no cabe hablar de convivencia en el mismo sentido que existiría con una persona física, pero si tenía la Diputación obligación de buscar al acusado un sitio adecuado de residencia y velar por el mismo; ejerciendo la adecuada vigilancia para que en todo momento se encontrara bajo tratamiento médico y no fuera un peligro para si mismo ni para los demás. No se desprende de las actuaciones que la Diputación cumpliere con esmero en las obligaciones que como Tutora tenía asumidas para con su tutelado (...) Y que la Diputación como tutora esta obligada conocer a fin de proveer los cambios necesarios en atención a las distintas necesidades del tutelado. Sin que sea de recibo la excusa de tenerle ingresado en un centro educativo especial, sin más. Lo procedente hubiera sido el conocimiento puntual o periódico de sus etapas y las previsiones médicas y educativas existentes al respecto. Para adoptar en cada momento la ubicación adecuada del joven en función de aquellos. Y que no sean los acontecimientos los que impongan la actuación de la conducta aconsejable. Por lo anteriormente expuesto, debe ser declarada responsable civil subsidiaria la Excm. Diputación Provincial».

Es obvio que el nivel de exigencia para la entidad pública es tal que resulta imposible eludir la responsabilidad si se da un resultado dañoso.

(180) Id. Cendoj: 50297370032006200047, Sección 3ª, Lasala Albasini. En el auto se indica lo siguiente: «...aunque la Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos hubiera aceptado el cargo de curador, tal curatela no implicaba ningún tipo de internamiento de (...), sino sólo el control de sus gastos cotidianos velar porque cumpliera el tratamiento médico y velar también para que (...) organizara debidamente su vida doméstica.

«No puede, con estos mimbres, interpretarse analógicamente lo dispuesto en el artículo 120-1º del Código Penal vigente.

«No en cuanto al 120.1º porque (...) no vivía ni tenía porque vivir acogido y tutelado en un piso de la D.G.A. pues eso no lo había establecido la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Zaragoza que sometió a (...) a Curatela, con la cual tampoco se da el requisito de la culpa o negligencia por parte del «Servicio Aragonés de la Salud» (S.A.S.).

«Ello no excluye, como dice el Juez “a quo” la responsabilidad patrimonial del S.A.S. por un hipotético funcionamiento anormal del mismo conforme disponen los artículos 106.2º de la Constitución Española de 1978, artículo 40 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado y artículo 139, 140, 141, 142 y 143 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Lo único seguro es que (...) “estaba en lista de espera” para la Residencia Rey Ardid en régimen de estancia media porque el día de su ingreso en Planta

Precisamente, cuando de lo que se trata es de hacer valer tales cuestiones, será preciso acudir a la vía administrativa y contencioso-administrativa para instar dicha acción de responsabilidad, sin que la jurisdicción civil sea competente para tal reclamación, de conformidad con lo establecido en el art. 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el art. 142.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹⁸¹.

5. CONSIDERACIONES FINALES

En la Ley de Derecho de la Persona hay una decidida apuesta por asimilar el tratamiento jurídico de los menores y de los incapacitados en caso de desamparo. Se trata de la consolidación de una tendencia que el legislador estatal ya inició el año 2003, pero lo novedoso es la profundidad de dicha asimilación, lo que exige de una aclimatación tanto de los propios operadores jurídicos como de las entidades de protección de las personas incapacitadas. Con el sistema vigente se garantiza que los poderes públicos prestarán la atención necesaria a los incapacitados que lo precisen. Para este sector de discapacitados se asegura la protección que el art. 49 de la Constitución impone a los poderes públicos respecto, entre otros, a los disminuidos síquicos.

Los Jueces y Tribunales han de actuar con la especial sensibilidad que la materia requiere. Se trata de proteger los derechos e intereses de las personas más débiles y vulnerables. Tratándose del Derecho de la persona, entran en juego los bienes y derechos de la personalidad. Para facilitar esta tarea es necesario replantear la conveniencia de implantar mecanismos procesales adecuados a la problemática que subyace en este ámbito.

Desde la perspectiva de la dignidad intrínseca que corresponde a toda persona, se aprecia la necesidad de evitar que el mecanismo de la incapacitación pueda redundar en perjuicio de los discapacitados. La incapacitación no puede servir de mecanismo para «apartar» de la Sociedad a los discapacitados que sean conflictivos, y con menos razón si se encuentran en situación de desamparo. Por ello, hay que acudir a los mecanismos jurídicos que permitan ofrecer a los discapacitados las máximas posibilidades para desarrollarse con autonomía y a la vez con la ayuda necesaria.

El legislador aragonés ha mantenido la tradicional preferencia por el ámbito familiar a la hora de nombrar tutor para los incapacitados, pero ha dado entrada a la Administración para que cubra los casos en los que no haya familiares o éstos no puedan desarrollar las funciones tutelares.

La existencia en Aragón de un órgano administrativo específicamente dedicado a ejercer los cargos tutelares como es la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adul-

de Agudos del Miguel Servet de Zaragoza, 28 de septiembre de 2004 los Psiquiatras del Miguel Servet consideraron que el cuadro psicótico de (...) era muy estable, no siendo previsible una modificación clínica a corto plazo y que requería una «estancia media» en un Centro como el "Rey Ardid" para modificar la conducta del imputado (...) y por eso lo pusieron en tal lista de espera».

(181) Vid. PALOMINO DÍAZ, *El tutor*, cit., p. 171.

tos supone una indudable garantía para los ciudadanos aragoneses, sobre todo si se compara con otros territorios que carecen de entes públicos *ad hoc* para estas funciones. No obstante, desde el punto de vista puramente organizativo, sería conveniente analizar con mayor detenimiento una mejora de su estructura y funcionamiento. En cualquier caso, considero que estas funciones han de ejercerse desde el Instituto Aragonés de Servicios Sociales.

La demanda de intervención de la Administración Pública para la protección jurídica de las personas incapacitadas crece de forma exponencial. El trabajo de la Administración en este ámbito superará en poco tiempo al que se dedica a la protección de menores, y es una tarea sobre la que hay que focalizar la atención. Ello determina que sea preciso, de un lado, que por parte de los Jueces y Tribunales se dosifique adecuadamente el nombramiento de la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos para los incapacitados, evitando que llegue a «morir de éxito», en la medida en que no pueda asumir los cuidados que necesitan las personas incapacitadas. Los profesionales que trabajan en el ámbito de los servicios sociales deben entender que no conviene resolver problemas de desatención social por esta vía, sino mediante recursos de orden social.

De otro lado, se hace preciso que la Administración Pública proporcione los servicios sociales adecuados a las personas que adolecen de una falta de aptitud para gobernarse por sí mismas, procurando que los familiares puedan ostentar las funciones propias de los cargos tutelares, apoyando los correspondientes servicios sociales para la personas incapacitadas. Para ello es necesario asignar los recursos económicos y asistenciales por las vías apropiadas. La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia es un elemento destacado en esta materia [cuya ejecución —hay que hacerlo notar— corresponde a las Comunidades Autónomas], aunque la notable demora en la implantación de la Ley [como se sabe el calendario de aplicación retrasa la vigencia plena de la misma hasta el año 2014] está provocando un elevado grado de frustración, tanto en personas que adolecen de algún tipo de discapacidad, como en sus familiares. Desde luego, es preciso que la Administración haga un esfuerzo para atender las actuaciones de la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos, que en la actualidad se encuentra ciertamente desbordada ante el ingente trabajo con el que se enfrenta. En este punto también sería interesante que la Administración incentivara la creación de Fundaciones o Asociaciones encaminadas a atender los cargos tutelares de las personas incapacitadas.

Me gustaría terminar esta intervención con la transcripción de una carta al director publicada recientemente en un periódico y suscrita por Dña. Mercedes Busto que puede sintetizar la humanidad que atesoran muchas de las personas que carecen de aptitud síquica y son objeto de esta intervención: «Soy cuidadora de mi madre enferma de alzheimer. Sin darte cuenta te conviertes en la madre de tu madre. (...) en nuestra situación, vemos cómo se le va apagando la vida. Cada día más depende de ti. (...) No sabe nada de sí misma: su mirada está perdida y sus ganas de vivir se van acabando. Tiene miedo a la soledad, pero si le coges la mano se queda tranquila. Ella también da cariño: una mirada, o un leve apretón de su mano. Es mi recompensa a tantas horas de silencio. Tienes que enseñarle a comer, a caminar, a dar besos.

Pero no le tienes que enseñar a reír: como los bebés es feliz con sus muñecos y conmigo, que siempre estoy a su lado. Y ella, por su parte, siempre está y estará en mi corazón».

6. BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE ZAMORANO, Pío, «*La sentencia de incapacidad: alcance y efectos*», en la obra colectiva *Los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, CGPJ – Caja Madrid, 2007, vol. I, pp. 265 y ss.

ALBALATE GIMÉNEZ, Germán, y ALONSO LAMBÁN, Mariano – COMISIÓN COMPILADORA DE DERECHO ARAGONÉS, «*Relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes*» (1954), *Informes del Seminario (1954-1958)*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, edición de 1996, vol. I, p. 234.

ARROYO FIESTAS, Francisco Javier, «*Los discapacitados síquicos y sensoriales (con reducida instrucción). Actos de disposición y actos de administración. Graduación de los efectos*», en la obra colectiva *La Administración de Justicia y las personas con discapacidad*, Fundación ONCE – Escuela Libre Editorial – CGPJ, Madrid, 2000, pp. 231 y ss.

ARTÁRAZ ROMERO, Aitor, «*Modelos de gestión de la responsabilidad de las instituciones en materia tutelar. experiencias públicas y privadas*», en la obra colectiva *La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*, San Sebastián, Diputación Foral de Guipúzcoa, 2007, pp. 197 y ss., http://www.gizartekintza.net/es/corporativo/documentacion/documentacion_14.htm.

BARRIOS FLORES, Luis Fernando, «*La propuesta de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario en España: una posición escéptica*», en la obra colectiva *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*, Estudios de Derecho Judicial, nº 92, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 311 y ss.

BAYARRI i CATALÁN, Víctor, «*Aspectos de gestión de los servicios de apoyo a la función tutelar*», en la obra colectiva *La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*, San Sebastián, Diputación Foral de Guipúzcoa, 2007, pp. 151 y ss., http://www.gizartekintza.net/es/corporativo/documentacion/documentacion_14.htm.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA Elena, «*Apuntes sobre la Ley de 18 de noviembre de 2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Su aplicación en Aragón*», en la obra colectiva *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, I*, Murcia, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 579 y ss.

BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, dir. por AMORÓS GUARDIOLA, Manuel y ..., Madrid, Tecnos, 1986.

BERNÚZ BENÉITEZ, María José, *De la protección de la infancia a la prevención de la delincuencia*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1999.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, *Las personas jurídicas tutoras*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

CABRA DE LUNA, Miguel Ángel, «*Las personas con discapacidad ante la Administración de Justicia y el Ordenamiento jurídico: análisis y propuestas desde la óptica del movimiento asociativo*», en la obra colectiva *La Administración de Justicia y las personas con discapacidad*, Madrid, Fundación ONCE – Escuela Libre Editorial – CGPJ, 2000, pp. 352 y ss.

COBREROS MENDAZONA, Edorta, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, Oñati, HAEE-IVAP, 1988.

COMES MUÑOZ, Elena, y ESCALONILLA MORALES, Blanca M^a, «*Discapacidad y procedimiento de incapacitación*», en la obra colectiva *Los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, CGPJ – Caja Madrid, 2007, vol. I, pp. 169 y ss.

COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL, *Actas de las Sesiones de la Comisión*, Zaragoza, 2002-2005, Inéditas.

COMISIÓN COMPILADORA DE DERECHO ARAGONÉS, *Informes del Seminario (1954-1958)*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, edición de 1996, 3 vols.

COROMINAS MALET, Andreu, «*El papel de las funciones tutelares*», en la obra colectiva *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*, Cuadernos de Derecho Judicial, n^o 92, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 189 y ss.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (dir.), PARRA LUCÁN, M^a Ángeles (coord.), *Manual de Derecho Civil Aragonés*, 2^a ed., Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2007 (1^a ed. 2006).

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «*Estudio preliminar y Comentario de los arts. 9 a 14 de la Compilación (De las relaciones entre ascendientes y descendientes)*», en la obra colectiva *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, Dir. LACRUZ BERDEJO, José Luis, Zaragoza, DGA, vol. I, 1988, pp. 405 y ss.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *El Derecho aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional*, Zaragoza, Alcrudo, 1977.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, en LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General*. vol. 2^o *Personas* (en colaboración con SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, RAMS ALBESA, Joaquín), 4^a ed. en Dykinson, (rev. y puesta al día por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús), Madrid, 2004.

DÍEZ PICAZO, Luis (Dir.), *Estudio para la Reforma del Código Civil en materia de Tutela*, Madrid, Fundación General Mediterránea, 1977.

DÍEZ PICAZO, Luis, «*Las líneas de inspiración de la reforma del del Código civil en materia de tutela*», en Documentación Jurídica, n^o 41, 1984, *Monográfico dedicado a la reforma del Código civil en materia de tutela*, pp. 1 y ss.

EL JUSTICIA DE ARAGÓN, *Informe anual. Informes especiales*. 2006, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2007.

EMBID IRUJO, Antonio, «*Protección de menores*», en la obra colectiva *Derecho Público Aragonés. Estudios sobre el Estatuto de Autonomía de Aragón*, Zaragoza, El Justicia de Aragón – IBERCAJA, 1990, pp. 669 y ss.

FERNÁNDEZ SOLA, Natividad, *Protección internacional de los derechos del niño*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1994.

FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy, *Salud mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario*, Madrid, CERMI, 2007.

GANZENMÜLLER ROIG, Carlos y ESCUDERO MORATALLA, José Francisco, *Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*, Barcelona, Bosch, 2005.

GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel, «Acción Social», en la obra colectiva *Derecho Público Aragonés*, EMBID IRUJO, Antonio (Dir.), Zaragoza, El Justicia de Aragón, 3ª ed. 2005 (1ª ed. 1990), pp. 539 y ss.

GARCÍA ALONSO, José Vidal, «Perspectivas emergentes en materia de discapacidad. La vida independiente. El Movimiento de Vida Independiente», en la obra colectiva *Tratado sobre discapacidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, pp. 1.519 y ss.

GARCÍA CANO, Tomás, «Autotutela y poderes preventivos», en *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 2005), Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2007, pp. 117 y ss.

GARCIA CANTERO, Gabriel, «Comentario de los arts. 15 a 18 de la Compilación (Tutela)», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, Dir. LACRUZ BERDEJO, José Luis, vol. I, Zaragoza, DGA, , 1988, pp. 496 y ss.

GARCIA CANTERO, Gabriel, «La tutela», *Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 1994), Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1995, pp. 9 y ss.

GARCIA CANTERO, Gabriel, «El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas», *Actas de los XIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza y Teruel, 2003), Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2004, pp. 239 y ss.

GARCÍA CANTERO, Gabriel (coord.), *Comentario de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2002.

GARCÍA CASTELAR, Amparo, y otros, *Estrategias para la salud mental en Aragón*, Zaragoza, Gobierno de Aragón, 1994.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Barcelona, Bosch, 1992.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, «Comentario al art. 269. De la tutela» en *Comentario del Código civil*, T. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 791 y ss.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, «La tutela como garantía del bienestar de las personas incapacitadas y del respeto a sus derechos», *Poder Judicial*, 2006, nº 81, pp. 200 y ss. (también publicado en la obra colectiva *La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*, San Sebastián, Diputación Foral de Guipúzcoa, 2007, pp. 15 y ss., http://www.gizartekintza.net/es/corporativo/documentacion/documentacion_14.htm).

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, «La «entidad pública» y las «instituciones privadas» en la tutela de incapaces desamparados», en la obra colectiva, *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José (coord.), (Madrid, 2005), Madrid, La Ley, 2007, pp. 181 y ss.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto (en colaboración con Lluís PUIG i FERRIOL, María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, y José Javier HUALDE SÁNCHEZ), *Manual de Derecho Civil*, T. I, *Introducción y Derecho de la Persona*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997 (1ª ed., 1995).

HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, «La tutela asumida por las entidades públicas a favor de los mayores incapacitados: un nuevo y necesario mecanismo de protección jurídico-asistencial», en la obra colectiva, *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José (coord.), (Madrid, 2005), Madrid, La Ley, 2007, pp. 593 y ss.

HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, «Comentario al art. 218. De la tutela» en *Comentario del Código civil*, T. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 678 y ss.

IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda asistencial, tutela «ex lege» y acogimiento de menores (en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Barcelona, Cedecs, 1996.

JIMÉNEZ AYBAR, Iván, «El nuevo Derecho de protección de menores: ¿para cuándo una Ley de la infancia y la adolescencia en Aragón?», en la obra colectiva *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*, Zaragoza, Mira, 2000, pp. 369 y ss.

JIMÉNEZ AYBAR, Iván, «Perspectivas en materia de protección de menores en Aragón tras la reforma del Código civil de 15 de enero de 1996 (L.O. 1/1996)», RCDA, 2000-1, pp. 129 y ss.

JIMÉNEZ AYBAR, Iván, *Pasado, presente y futuro de la protección de menores en Aragón*, Zaragoza, Ayuntamiento de Zaragoza, 1998.

LACHICA LÓPEZ, Emilia, «Las instrucciones previas en el ámbito sanitario. Discapacitado y sistema sanitario. Información y consentimiento», en la obra colectiva *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 85 y ss.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, – COMISIÓN COMPILADORA DE DERECHO ARAGONÉS, «Informe sobre la tutela» (1956), en *Informes del Seminario (1954-1958)*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, edición de 1996, vol. I, pp. 245 y ss.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General*. vol. 2º *Personas* (en colaboración con SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, RAMS ALBESA, Joaquín), 4ª ed. en Dykinson, (rev. y puesta al día por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús), Madrid, 2004.

LÓPEZ AZCONA, Aurora, «La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de la declaración de desamparo», Aranzadi Civil, núm. 4/2001, pp. 1.913 y ss.

LÓPEZ AZCONA, Aurora, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (dir.), PARRA LUCÁN, M^a Ángeles (coord.), 2^a ed., Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2007 (1^a ed. 2006).

LÓPEZ FRÍAS, María Jesús, «*Algunas notas sobre la graduación de la incapacitación en beneficio del incapacitado*», *Actualidad Civil*, 2, referencia XX, 2003, pp. 327 y ss.

MARTÍNEZ DÍE, Rafael, «*Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección*», en GONZÁLEZ POVEDA, Pedro y PICÓN MARTÍN, José Marcos (dirs.), *Los discapacitados y su protección jurídica*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 22, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp.173 y ss.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «*La Ley aragonesa de Derecho de la Persona: una aproximación*», *Sepín-FAM-75*, marzo de 2008, pp. 23 y ss.

MAS MAYORAL, Jesús, «*La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo. Modelos de gestión de la responsabilidad de las instituciones en materia tutelar. Experiencias públicas y privadas*», en la obra colectiva *La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*, San Sebastián, Diputación Foral de Guipúzcoa, 2007, pp. 187 y ss., http://www.gizartekintza.net/es/corporativo/documentacion/documentacion_14.htm.

MAYOR DEL HOYO, María Victoria, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*, Granada, Comares, 1999.

MERINO HERNANDEZ, José Luis: «*De las relaciones entre ascendientes y descendientes*», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. M. Albaladejo, T. XXXIII, vol. 1^o, *Artículos 1 a 47 de la Compilación de Aragón*, Madrid, EDERSA, 1986, pp. 114 y ss.

MUÑIZ ESPADA, Esther, *Las Personas Jurídico-Privadas Tutoras (En consideración al aspecto personal de la tutela)*, Barcelona, Bosch, 1994, pp. 236 y ss.

MURILLO JASO, Luis, «*El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas*», *Actas de los XIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza y Teruel, 2003), Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2004, pp. 271 y ss.

MURILLO JASO, Luis, *La acción administrativa de protección y reforma de menores en Aragón*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2005.

NECHES OLASO, Mónica, ESTIRADO GÓMEZ, Esther, MARTÍN JIMÉNEZ, José, MARTÍNEZ ALCOCER, Carolina, RIPA PÉREZ DE ALBÉNIZ, Eloisa, QUILEZ SERRANO, M^a. del Mar, RODRÍGUEZ LÓPEZ, Clara, «*La Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos*», *Cuadernos de Trabajo Social*, 2001, n^o 14, pp. 309 y ss.

OLIVÁN DEL CACHO, José Javier, «*Límites a las voluntades anticipadas*», en *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 2005), Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2007, pp. 131 y ss.

PALÁ LAGUNA, Rocío, «*La promoción del nombramiento de tutor ordinario: Aplicación del art. 239.2 del Cc. por la Administración de la Comunidad Autónoma aragonesa*», en la obra colectiva *Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 1994), Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1995, pp. 17 y ss.

PALOMINO DÍEZ, Isabel, *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

PALLARÉS NEILA, Javier, «Modelos de intervención en el ejercicio cotidiano de la tutela. Ejemplos de buena práctica. La tutela de personas con enfermedad mental», en la obra colectiva *La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*, San Sebastián, Diputación Foral de Guipúzcoa, 2007, pp. 73 y ss., http://www.gizartekintza.net/es/corporativo/documentacion/documentacion_14.htm.

PARRA LUCÁN, M^a Ángeles (coord.), DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (dir.), *Manual de Derecho Civil Aragonés*, 2^a ed., Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2007 (1^a ed. 2006).

PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, «De la incapacitación. Comentario a los arts. 199 a 214 del Código civil», en la obra colectiva *Comentarios al Código civil*, RAMS ALBESA (coord.), MORENO FLOREZ (coord. adjunta), II, vol. 2^o, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 1.651 y ss.

PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, «Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)», en *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 2005), Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2007, pp. 77 y ss.

PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, *Curso de Derecho civil I. Derecho privado. Derecho de la persona*, de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, y PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, y ..., 2^a ed., Madrid, Colex, 2001,

PASTOR EIXARCH, Luis Ignacio, «El anciano ante la Ley Civil», *Ciencia Forense*, 3, 2001, pp. 93 y ss.

PICONTÓ NOVALES, Teresa, «Política y Derecho en la aplicación de la nueva normativa aragonesa de protección de menores», *RAAP*, n^o 2, 1993, pp. 313 y ss.

PICONTÓ NOVALES, Teresa, «La aplicación del Derecho de protección de menores en la Comunidad Autónoma Aragonesa», *RAAP*, n^o 8, 1996, pp. 267 y ss.

RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, «Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2007, n^o 50, pp. 91 y ss.

SALANOVA VILLANUEVA, Marta, «Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Aranzadi Civil*, BIB 2003\426, núm. 4/2003, Estudio, pp. 50 y ss.

SALAZAR MURILLO, Javier, «Reconocimiento legal de la discapacidad», en la obra colectiva *Los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, CGPJ – Caja Madrid, 2007, vol. I, pp. 735 y ss.

SAMPER VILLAGRASA, Noelia, «La guarda administrativa», en GARCÍA CANTERO, Gabriel (coord.), *Comentario de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2002, pp. 385 y ss..

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, «La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados», Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

SEGURA ZURBANO, José M^a, «Preparación de la tutela. Instrumentos disponibles para facilitar al futuro tutor el ejercicio de su responsabilidad», en la obra colectiva *La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*, San Sebastián, Diputación Foral de Guipúzcoa, 2007, pp. 41 y ss. (http://www.gizartekintza.net/es/corporativo/documentacion/documentacion_14.htm).

SEISDEDOS MUIÑO, Ana, «Responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por los llamados incapaces naturales. A propósito de los artículos 118.1.1^a del nuevo Código Penal y 229 del Código Civil», *Actualidad Civil*, 1999, 1, referencia XV, pp. 261 y ss.

SERRANO GARCIA, José Antonio, «Aspectos civiles de la Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores», *RJN*, núm. 12, 1991, pp. 13 y ss.

SERRANO GARCIA, José Antonio, «Sobre la aplicación práctica de la reforma de la tutela en la ciudad de Zaragoza», en la obra colectiva *Estudios sobre la Tutela*, Madrid, Reus, 1986, pp. 145 y ss. (también publicado en *RGLJ*, 1985, pp. 209 y ss.).

SORIANO IBÁÑEZ, Benito, «El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas», *Actas de los XIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza y Teruel, 2003), Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2004, pp. 251 y ss.

TRESSERRAS BASELA, Joseph, «La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo. Modelos de gestión de la responsabilidad de las instituciones en materia tutelar. Experiencias públicas y privadas», en la obra colectiva *La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo*, San Sebastián, Diputación Foral de Guipúzcoa, 2007, pp. 209 y ss., http://www.gizartekintza.net/es/corporativo/documentacion/documentacion_14.htm.

VARIOS AUTORES, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, dir. por AMORÓS GUARDIOLA, Manuel y BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, Madrid, Tecnos, 1986.

VARIOS AUTORES, *La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo* (San Sebastián, 2006), San Sebastián, Diputación Foral de Guipúzcoa, 2007, http://www.gizartekintza.net/es/corporativo/documentacion/documentacion_14.htm.

VELÁZQUEZ LÓPEZ, Francisco Javier, «Flexibilidad en la gestión y ética y responsabilidad en la actuación», en la obra colectiva *X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública* (Santiago de Chile, 2005), <http://www.clad.org.ve/fulltext/0053108.pdf>, p.1.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, Barcelona, Bosch, 2006.

YÁÑEZ VIVERO, M^a Fátima, «Algunos pronunciamientos judiciales recientes sobre la tutela de la discapacidad encomendada a las personas jurídicas», *El Derecho*, EDB 2005/83362, junio de 2005.

7. ANEXO NORMATIVO

I. Textos internacionales

– Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989; Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990 (BOE 31/12/1990).

– Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006; Instrumento de ratificación del 23 de noviembre de 2007 (BOE 21/4/2008).

II. España

– Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de Tutela.

– Ley 21/1987, de 11 noviembre, por lo que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción y otras formas de protección de menores.

– Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

– Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, modificada entre otras por Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

– Ley 41/2003, de 18 noviembre 2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad .

– Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

– Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

III. Aragón

III.1. Leyes

– Ley 4/1987, de 25 de marzo, de Ordenación de la Acción Social.

– Ley 3/1988 de 25 abril 1988 de 25 de abril, sobre la equiparación de los hijos adoptivos.

– Ley 4/1996, de 22 de mayo, relativa al Instituto Aragonés de Servicios Sociales.

– Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte.

– Ley 12/2001, de 2 julio 2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.

– Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad.

- Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona.
- Ley 3/2007, de 21 de marzo, de Juventud de Aragón.

III.2. Decretos y otros

- Decreto 238/1994, de 28 diciembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula la organización y el funcionamiento de los Centros de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma de Aragón.

- Decreto 79/1995, de 18 de abril, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula la declaración de desamparo y los instrumentos de protección previstos en la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores.

- Decreto 28/1995, de 21 de febrero, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula el Registro de Protección de Menores.

- Orden de 13 de noviembre de 1996, del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo, por la que se regulan las compensaciones económicas para acogimientos familiares.

- Decreto 16/1997, de 25 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la habilitación de entidades colaboradoras de adopción internacional.

- Decreto 168/1998, de 6 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

- Decreto 113/2000, de 13 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Aragonés de Servicios Sociales

- Decreto 4/2001, de 16 enero, autoriza la creación de la Fundación Tutelar Aragonesa de Adultos .

- Decreto 67/2003, de 8 abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento del Consejo Aragonés de la Adopción.

- Decreto 252/2003, de 30 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la estructura orgánica del Departamento de Servicios Sociales y Familia.

- Decreto 13/2004, de 27 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se modifican parcialmente el decreto 168/1998, de 6 de octubre, por el que se crea la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos, y el Decreto 113/2000, de 13 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueban los estatutos del Instituto Aragonés de Servicios Sociales.

- Decreto 188/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el reglamento del procedimiento administrativo previo a la adopción nacional e internacional de menores

- Decreto 15/2007, de 30 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica la estructura orgánica del Departamento de Servicios Sociales y Familia.

– Decreto 90/2007, de 8 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica el Decreto 113/2000, de 13 de junio, por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Aragonés de Servicios Sociales.

– Proyecto del Gobierno de Aragón de Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo.

Intervención de D.^a Aurora LÓPEZ AZCONA

LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD. 3. LA EMANCIPACIÓN. 4. LA REPATRIACIÓN. 5. LA PERMANENCIA EN ESPAÑA: MEDIDAS DE PROTECCIÓN. 6. CONFLICTO DE INTERESES ENTRE EL MENOR EXTRANJERO TUTELADO Y LA ADMINISTRACIÓN QUE TIENE ATRIBUIDA LA TUTELA *EX LEGE*. 7. LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA. 8. LA AUTORIZACIÓN DE TRABAJO. 9. LA NECESARIA COORDINACIÓN DE LOS AGENTES IMPLICADOS. 10. REFLEXIÓN FINAL.

1. PLANTEAMIENTO

Buenas tardes. Ante todo, no puedo sino agradecer al Justicia de Aragón el haberme brindado de nuevo la oportunidad de dirigirme a un Foro tan cualificado. Asimismo, no puedo sino expresar mi satisfacción por compartir la tribuna con tan destacados ponentes, así como con el Presidente del Tribunal Superior de Justicia en su condición de moderador.

Dentro del planteamiento de la ponencia encargada por la organización de estos Decimoséptimos Encuentros del Foro sobre los menores e incapacitados en situación de desamparo, me corresponde exponer la problemática jurídica de los menores extranjeros no acompañados, en cuanto menores en situación de desamparo y, por tanto, susceptibles de ser objeto de la tutela *ex lege* de la Administración.

Conviene empezar mi intervención ofreciendo una definición de estos menores, así como describiendo brevemente las características del fenómeno en España, para con posterioridad abordar algunos de los problemas jurídicos que plantean.

Con la denominación de menores extranjeros no acompañados (en adelante, MENA)¹ nos referimos, de acuerdo con la definición formulada por el Alto Comisionado para los Refugiados de las Naciones Unidas y la Organización *Save the Children* en su *Declaración de Buenas Prácticas*, a los menores de dieciocho años que están fuera de su país de origen y separados de sus padres o de su cuidador habitual².

(1) Ello de acuerdo con la terminología adoptada por numerosos organismos e instituciones. Otras denominaciones empleadas son las de MEINA (menores extranjeros inmigrantes no acompañados), MINA (menores inmigrantes no acompañados) y NNA (niños no acompañados).

(2) La referida *Declaración de Buenas Prácticas* ha sido elaborada en el marco del programa conjunto «Menores no acompañados en Europa» y puede consultarse en su 3ª ed. en www.separated-children-europe-programme.org. Un concepto similar se recoge en las *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños no Acompañados y Separados* desarrolladas por el Grupo de Trabajo Inter-agencial sobre niños y niñas no acompañados y separados, integrado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, el Comité de Rescate Internacional, el ACNUR, *Save the Children* y *World Vision Internacional* (www.acnur.org/biblioteca/pdf/3534.pdf).

Esta noción es completada por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas que, en su Observación General núm 6 (2005) relativa al Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, los define como «los menores que están separados de ambos padres y de otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad»³.

Un concepto más preciso nos ofrece el Derecho comunitario, según el cual son menores no acompañados los menores de dieciocho años, nacionales de terceros países o apátridas, que llegan al territorio de los Estados miembros de la Unión Europea sin ir acompañados de un adulto responsable de ellos, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, en tanto no se encuentren efectivamente bajo el cuidado de tal adulto responsable, así como a aquellos menores a los que se dejen solos tras su entrada en los Estados miembros. Tal noción se recogió inicialmente en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, de donde ha pasado a las Directivas del Consejo de la Unión Europea 2001/55/CE, 2003/9/CE y 2003/86/CE, incorporando la referencia a los apátridas⁴.

La llegada de los MENA a nuestro país se inscribe en el contexto de las actuales migraciones masivas. En efecto, la huida del hambre y de las guerras determina que numerosos grupos de personas emprendan camino hacia aquellos países donde suponen que van a verse colmadas sus expectativas de una vida mejor⁵. Si bien este fenómeno hasta fechas recientes estaba circunscrito generalmente a personas mayores de edad, en la actualidad es posible identificar un nuevo sujeto migratorio ya no sólo en España, sino en toda Europa: los menores de edad.

La migración de los MENA se inicia en nuestro país a mediados de la década de los noventa del pasado siglo. Su presencia en los sistemas de protección de menores

(3) CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005. En fechas recientes esta definición ha sido acogida por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación CM/Rec (2007) 9 a los Estados miembros sobre los proyectos de vida a favor de los menores inmigrantes no acompañados de 12 de julio de 2007.

(4) En concreto, el art. 1 de la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 (97/C 221/03, DOCE, núm. C 221, de 19 de julio de 1997) tiene el siguiente tenor: «La presente resolución se refiere a los menores de dieciocho años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos. La presente Resolución podrá aplicarse también a los menores nacionales de países terceros que, después de haber entrado en el territorio de los estados miembros, sean dejados solos. Las personas contempladas en los dos párrafos anteriores de denominarán en lo sucesivo *menores no acompañados*». Por su parte, las Directivas citadas ofrecen la siguiente definición del MENA, comprensiva, como se ha indicado en texto, de los apátridas: «el nacional de un tercer país o el apátrida de menos de dieciocho años que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en los territorios de los Estados miembros» (art. 2.h Directiva 2001/55/CE, art 2.f Directiva 2003/9/CE y art 2.f Directiva 2003/86/CE, publicadas respectivamente en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 212 de 7 agosto 2001, *Diario de la Unión Europea* L 31 de 6 febrero 2003 y *Diario Oficial de la Unión Europea* L 251 de 3 octubre 2003).

(5) Puede consultarse al respecto el artículo «Esbozo de la situación de los niños no acompañados en el mundo» publicado por el Servicio Social Internacional en su *Boletín*, núm. 5, 2007, pp. 6-8.

se generaliza en toda España hacia el año 2000 y en la actualidad la llegada de menores inmigrantes no acompañados es constante, sobre todo a las Comunidades de Canarias y Andalucía, así como a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, habiendo experimentado un fuerte incremento en los últimos años⁶.

Los datos más recientes de que disponemos son los proporcionados por el Gobierno a las Cortes a interpelación de un Senador del Partido Popular. Según estos datos, en 2006 más de dos mil quinientos menores inmigrantes no acompañados fueron acogidos por las diversas Comunidades Autónomas y ciento uno, repatriados⁷.

Por lo que se refiere al ámbito concreto de la Comunidad Autónoma de Aragón, según datos aportados por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales, a lo largo del año 2006 se atendieron a ciento veintinueve MENA, de los cuales setenta y dos se encontraban bajo la acción protectora del Gobierno de Aragón a fecha 31 de diciembre de 2006. Hubo una sola repatriación, sin contar otras cinco que no pudieron llegar a ejecutarse por fuga de los menores de los centros de acogida⁸.

Con todo, su número exacto resulta muy difícil de especificar, lo que obedece fundamentalmente a dos motivos: primero, los MENA constituyen un colectivo irregular que habitualmente no tiene intención de darse a conocer; y segundo, se trata de una población con un alto índice de movilidad, que se traslada con mayor frecuencia y facilidad que los adultos, de tal manera que el mismo menor puede ser acogido por servicios de protección de menores de diferentes Comunidades Autónomas⁹.

Respecto al perfil del menor inmigrante no acompañado en España, los diversos estudios realizados coinciden en identificar los siguientes rasgos¹⁰: a) la mayoría son

(6) Según datos proporcionados por Luis Carlos NIETO GARCÍA, «Menores y extranjeros: Un solo marco jurídico», en *Estudios de Derecho judicial*, núm. 104, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 17.

(7) Según se ha podido leer en la prensa (<http://www.canariasahora.es/noticia/10422>; y <http://www.eldia.es/2007-08-15/vivir/vivir4.htm>).

(8) Agradezco a Covadonga BEJARANO BARRENA, Subdirectora Provincial del IASS en Teruel el haberme facilitado estos datos. Fuente: Sistema de Información de Menores de Aragón.

(9) Coinciden en esta apreciación Cristina GOENECHEA PERMISÁN, «Menores inmigrantes no acompañados: un estudio de su situación en la actualidad», ponencia presentada al *I Congrés Internacional d'Educació a la Mediterrània* celebrado del 11 al 12 de mayo de 2006 en Palma de Mallorca (http://weib.caib.es/Documentacio/jornades/Web_I_Cong_Medit/menors2.htm); Ángeles DE PALMA DEL TESO, «Los menores inmigrantes no acompañados», en *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, E. Aja, A. Montilla y E. Roing (coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 540; y Daniel SENOVILLA HERNÁNDEZ, *Situación y tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Europa*, Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, Bruselas, 2007, p. 25.

(10) De acuerdo con los datos proporcionados por Cristóbal Francisco FÁBREGA RUIZ, *Protección jurídica del menor inmigrante*, Ed. Colex, Madrid, 2001, pp. 71-80; C. GOENECHEA PERMISÁN, *idem*; Amparo MARZAL MARTÍNEZ, *Menores no acompañados*, ponencia presentada a la Conferencia regional sobre «Las Migraciones de los menores no acompañados: Actuar de acuerdo con el interés superior del menor» organizada por el Consejo de Europa y celebrada en Torremolinos el 27 y 28 de octubre de 2005, pp. 2-3; Á. DE PALMA DEL TESO, *idem*, pp. 540-541; e Isabel LÁZARO GONZÁLEZ, «Menores extranjeros no acompañados. La situación en España», *Prolegómenos. Derechos y valores*, vol. X, núm. 19, 2007, p. 151. Centrándose en Marruecos, Amina BARGACH, Elena ARCE y Mercedes JIMÉNEZ, «El reto de los menores e(in)migrantes», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 9, 2005, pp. 250-251.

varones¹¹; b) en un alto porcentaje proceden de Marruecos, si bien es posible apreciar un reciente incremento de menores originarios de otros lugares, especialmente de África subsahariana y Europa del Este¹²; c) la edad oscila entre los quince y los diecisiete años, aunque cada vez resulta más frecuente la llegada de menores con edades inferiores¹³; d) la gran mayoría vivía con su familia en su país de origen; e) sus circunstancias personales, familiares y sociales eran muy penosas en su país de origen; f) la familia no siempre es un elemento activo en la planificación de la marcha del menor, aunque en la mayoría de los casos se muestra de acuerdo con la misma; g) presentan importantes carencias de escolarización y de formación laboral; h) sus expectativas personales suelen verse frustradas ante la realidad con que se encuentran al llegar a nuestro país; i) vienen en su mayoría solos; y j) puede apreciarse un nomadismo constante, lo que —como ya se ha señalado— dificulta su cuantificación exacta.

En particular, los menores marroquíes y subsaharianos entran en nuestro país bien cruzando clandestinamente la frontera terrestre de Ceuta y Melilla escondidos en los bajos de camiones, en barco como polizonos o en pateras cruzando el Estrecho de Gibraltar o hasta Canarias. Otra vía de acceso consiste en venir acompañados por algún adulto familiar o amigo de la familia, quedando después en situación de abandono. En el caso de los menores rumanos, su acceso suele producirse de forma regular por los puestos fronterizos, sin perjuicio de que algunos se encuentran en manos de traficantes y mafias¹⁴.

Asimismo, conviene señalar que los motivos que impulsan a estos menores a salir de sus países pueden ser muy variados: pobreza, catástrofes naturales, guerras, desestructuración familiar, desprotección institucional, etc. Otros menores huyen además por miedo: miedo a la persecución, a sufrir las consecuencias de un conflicto armado o graves disturbios en su país de origen o a sufrir situaciones que impliquen violaciones de derechos humanos. En este sentido, existen algunas violaciones de derechos humanos específicamente dirigidas a los menores como son la explotación sexual o laboral, el reclutamiento forzoso, la ablación, el matrimonio forzoso u otras prácticas tradicionales perjudiciales. Estos menores, según indica el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, podrían tener la condición de refugiados y, por tanto, acceder a la protección especial que se deriva de la concesión de asilo¹⁵. Con todo,

(11) Resulta significativo a este respecto que, de los setenta y dos MENA que se encontraban bajo la acción protectora del Gobierno de Aragón a fecha de 31 de diciembre de 2006, sesenta y siete eran hombres y cinco, mujeres.

(12) De acuerdo con las estadísticas ofrecidas por D. SENOVILLA HERNÁNDEZ, *Situación y tratamiento...*, cit., p. 27, de los MENA llegados a España en 2004 el 49% eran marroquíes, el 42% subsaharianos y el 9% rumanos. Por lo que se refiere a los menores asistidos por la Comunidad Autónoma de Aragón en 2006, noventa eran magrebíes, veinte subsaharianos y dieciocho europeos.

(13) En concreto, por lo que se refiere a Aragón, durante el 2006 la franja entre quince y diecisiete años fue la más numerosa, sin perjuicio de la existencia de menores asistidos con edades inferiores —en concreto, a partir de doce años—. De hecho, los servicios de protección de menores de diversas Comunidades Autónomas han manifestado su preocupación por el descenso alarmante de la edad de los MENA que están llegando últimamente a territorio español.

(14) Cfr. I. LÁZARO GONZÁLEZ, «Menores extranjeros no acompañados...», cit., p. 151. Nótese que esta autora —en otros— constata desde 2003 un fenómeno creciente de «paterización» de los MENA.

(15) Cfr. ACNUR, *Informe Los menores no acompañados y la protección de asilo* (<http://www.acnur.org/index.php>).

por lo que se refiere a España, al igual que otros países del sur de Europa, en cuanto carece de tradición como país de asilo, los MENA suelen obedecer al perfil de inmigrantes por razones económicas¹⁶.

Tras esta mera aproximación al fenómeno de los MENA, procede ya adentrarnos en el análisis de aquellos aspectos más importantes de su régimen jurídico. Como primera apreciación cabe constatar, con la Fiscalía General del Estado (Instrucción 6/2004 y Circular 2/2006), la especial complejidad del tratamiento jurídico de que es objeto este colectivo, como consecuencia de su doble condición de extranjeros y menores. Ello obliga a ponderar ambas circunstancias a la hora de resolver los problemas jurídicos que puedan suscitarse, pero atendiendo siempre al interés superior del menor¹⁷.

2. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD

La primera cuestión jurídicamente relevante que se plantea en relación con los MENA es la comprobación efectiva de su menor edad, toda vez que su condición de menor unida a la ausencia de las personas responsables de su cuidado determina la preceptiva declaración de desamparo y la subsiguiente asunción de la tutela por la Administración, siempre que no se encuentre emancipado.

La edad del menor normalmente se prueba, como su identidad, mediante un documento identificativo, ya sea el pasaporte o cualquier otro documento válido que per-

(16) Según hacen constar la Comisión de Ayuda al Refugiado en Euskadi, voz «menores solicitantes de asilo», Diccionario de Asilo, Bilbao, 2006, p. 38; y D. SENOVILLA HERNÁNDEZ, *Situación y tratamiento...*, cit., pp. 5 y 30. No obstante, según puede leerse en el Informe Responsabilidades no bienvenidas. España no protege los derechos de los menores extranjeros no acompañados de las islas Canarias elaborado por *Human Rights Watch* en 2007, «de las entrevistas que hemos realizado se deduce que las autoridades tratan habitualmente a estos menores como inmigrantes económicos sin verificar si pueden existir motivos que justifiquen la presentación de una solicitud de asilo u otras formas de protección internacional, incluidas las pretensiones basadas en formas de persecución específicamente infantil» (http://hrw.org/spanish/reports/2007/spain_0707/).

(17) Merece la pena reproducir la siguiente declaración de la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado: «Dentro del Derecho de extranjería presenta una especial complejidad el tratamiento jurídico de los menores inmigrantes extranjeros no acompañados. En estos supuestos, a la nota de la extranjería se yuxtapone la de la minoría de edad, debiendo ser ponderados uno y otro elemento a la hora de dar solución a los problemas interpretativos que puedan generarse, pero siempre desde la premisa de que como dispone el art. 3 del Convenio de Derechos del Niño *en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*. El *favor minoris* también se resalta en la Carta Europea de Derechos del Niño (Resolución del Parlamento Europeo A 3-0172/1992 de 8 de julio), (...) Igualmente, el art. 11.2.a) de la LO 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor establece que la supremacía del interés del menor será principio rector de la actuación de los poderes públicos y el art. 2 declara solemnemente que *en la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*. La importancia de este principio, clave de bóveda en Derecho de Menores es también debidamente resaltada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (vid. SSTC 124/2002, de 20 de mayo, 221/2002, de 25 de noviembre, entre otras), del TS (vid. SSTS 1ª 415/2000, de 24 abril, 548/1998, de 11 junio, entre otras) y del TEDH (vid. SSTEDH caso E. P. contra Italia de 16 de noviembre de 1999 y caso Bronza contra Italia de 9 de junio de 1998); declaración que reproduce parcialmente la Circular 2/2006, de 27 de julio.

mita acreditar aquella de modo fehaciente. Ahora bien, si la documentación exhibida presenta indicios de falsedad, de acuerdo con la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, el Ministerio Fiscal podrá autorizar la práctica de pruebas conducentes a la determinación de la edad¹⁸.

No obstante, como es sabido, lo habitual es que los menores que entran en nuestro país de manera irregular lo hagan sin documentación. Cuando se da esta circunstancia, la primera actuación a llevar a cabo es la determinación de su edad, sin perjuicio de que se le preste atención inmediata por los servicios de protección de menores, de acuerdo con el art. 35.1 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social —en adelante, LO de Extranjería— y el art. 92.1 del Real Decreto 2393/2004, por el que se aprueba el Reglamento de la precitada Ley —en adelante, Reglamento de Extranjería—¹⁹.

La determinación de la edad del extranjero resulta de gran trascendencia, en cuanto de ella dependerá la medida concreta a adoptar. Así, en el supuesto que de las pruebas de determinación de la edad resulte que se trata de un extranjero indocumentado mayor de edad, automáticamente se convertirá en infractor de la normativa de extranjería por encontrarse irregularmente en territorio español (art. 53.a LO 4/2000), hecho que constituye una infracción grave de las que pueden sancionarse con la expulsión del territorio español (art. 57.1 LO 4/2000). En cambio, si la determinación de la edad confirma que estamos ante un menor de edad, deberá ser puesto a disposición de los servicios de protección de menores, a la par que habrá de resolverse entre su repa-

(18) Cuando el pasaporte exhibido sea auténtico, parece que habrá de dar prevalencia en todo caso a la edad que refleje éste sobre la que resulte de la práctica de las pruebas de determinación de la edad. De hecho, en tales términos se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 18 de diciembre de 2007 que revoca la SJPI núm 3 de San Sebastián de 17 de abril de 2007, desestimatoria de una demanda interpuesta contra una Orden de la Diputación Foral de Guipúzcoa que modificó la fecha de nacimiento de un MENA, tras haberle sido practicada, a instancia del fiscal, una prueba médica que fijó su edad en una superior (diecisiete años) a la que resultaba de su pasaporte (catorce años). Y es que para la Audiencia, en contra del criterio del Juez *a quo*, el pasaporte del actor cumple los requisitos exigidos legalmente en España para acreditar su edad *ex art.* 323 LEC. Ello es así, porque en el caso de autos no se ha cuestionado que tal pasaporte se otorgase sin observarse los requisitos exigidos en su país de origen —Marruecos— para que haga prueba plena, sin que, por lo demás, sea necesaria, en principio, su legalización en España en atención a lo dispuesto en el art. 19 RD 155/1996. Por consiguiente, a juicio del Tribunal, «lo que tenía que haber hecho [la Diputación Foral] era cotejar el mismo mediante su comprobación a la vista del certificado de nacimiento de N., lo cual no ha hecho, no siendo de recibo que modifique un acto recogido en un documento público y que, en principio, es veraz, en base a una prueba médica elaborada a instancias de la Fiscalía en un ámbito [jurisdiccional] muy distinto al que nos encontramos (...), no debiendo tampoco perder de vista la finalidad de la práctica de las mentadas diligencias, que (...) no puede ser otra más que la protección de los menores de edad, finalidad esta que ha quedado totalmente desvirtuada con la actuación de la Diputación Foral, ya que en virtud de la prueba médica realizada, se otorgó a N. una mayor edad que la que figuraba en su pasaporte», de tal manera que N. cumplió la mayoría de edad el 26 de septiembre de 2006, «mientras que en el documento que acredita su identidad seguirá figurando como menor de edad, siendo ello un contrasentido que le puede acarrear importantes perjuicios en todos los ámbitos».

(19) En cualquier caso, como hace constar la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006, no será necesario recurrir a las pruebas de determinación de edad, al menos con carácter urgente, cuando el menor extranjero indocumentado sea por sus características físicas indubitadamente menor de edad.

triación o permanencia en España (art. 35.2 y 3 LO 4/2000, y art. 92.2 y 4 RD 2393/2004)²⁰.

Ahora bien, el examen de las previsiones de la normativa de extranjería en orden a la acreditación de la edad del extranjero indocumentado exige con carácter previo abordar la cuestión relativa a la concreción de la edad hasta la cual un extranjero que accede a nuestro país sin nadie que lo acompañe puede ser considerado menor de edad y, por consiguiente, acreedor de los derechos y obligaciones de los MENA en España. La cuestión no resulta sencilla habida cuenta de la ausencia de previsión específica al respecto tanto en el art. 35 de la Ley Orgánica de Extranjería como en el art. 92 de su Reglamento de desarrollo, así como de la falta de solución inequívoca en la normativa nacional e internacional.

Así, el Código civil prevé en su art. 9.1 que la mayoría de edad se rige, en todo caso, por la ley personal del sujeto. De esta solución discrepa parcialmente el art. 1 LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor —que constituye un trasunto del art. 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño—, en cuanto establece un límite máximo de edad, si bien con carácter subsidiario al fijado por la ley personal del sujeto. Este límite máximo se encuentra en los dieciocho años, aunque cede si la ley aplicable al sujeto en razón de su nacionalidad establece una edad inferior para alcanzar la mayoría.

Esta falta de uniformidad normativa ha originado el consiguiente debate doctrinal, pudiendo identificarse dos interpretaciones al respecto. Así, algunos autores y la propia Fiscalía General del Estado entienden que, para fijar qué concreta edad conlleva la mayoría de edad del sujeto afectado, debe acudir a la ley personal del sujeto por mandato del art. 9.1 Cc, siempre que pueda acreditarse su nacionalidad y, sólo en su defecto, acudir el art. 9.10 del referido cuerpo legal y aplicarle la legislación española que, como es sabido, fija la mayoría de edad con carácter general en dieciocho años²¹. Otro sector doctrinal, en cambio, se decanta por la aplicación de forma coor-

(20) Así resulta de la siguiente afirmación vertida por la Fiscalía General del Estado en su Instrucción 2/2001, de 28 de junio: «El art. 35 [RD 2393/2004] se aplicará en aquellos casos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen, por motivos diversos de la imputación de la comisión de una infracción penal, a un extranjero indocumentado cuya menor edad no pueda determinarse con seguridad, y ello con la única finalidad de que no pueda incoarse en ningún caso un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y en particular aquellos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o la medida cautelar de internamiento, contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad, así como para en caso contrario, de establecerse su minoría de edad, poder proporcionarle las medidas de protección y asistencia previstas en la Ley Española para cualquier menor residente en nuestro territorio, sea español o extranjero (art. 1 de la Ley Orgánica 1/1996)». En términos similares se expresa en su Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre de 2004: «no puede incoarse en ningún caso un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y, en particular, aquellos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o la medida cautelar de internamiento, contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad».

(21) Optan por la aplicación del art. 9.1 Cc la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2001, de 21 de diciembre e Instrucción 3/2003, de 23 de octubre; y, en la doctrina, Manuel DE LORENZO SEGRELLES, en *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, obra en coautoría con Carlos ESPLUGUES MOTA, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 298-299, y en *Comentarios a la Ley de Extranjería*, C. Esplugues Mota (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 863-864; y Á. DE PALMA DEL TESO, «Los menores inmigrantes...», cit., p. 542.

dinada de las legislaciones de extranjería y de protección de menores, de tal manera que la mayoría o minoría de edad de un MENA que accede a territorio español viene determinada por su ley personal con el límite máximo de los dieciocho años, de tal modo que puede considerarse mayor de edad si tal ley fija la mayoría a una edad anterior²².

Por mi parte, considero, sin embargo, que estas opiniones son matizables por diversas razones. En primer lugar, puede defenderse que la regulación jurídica de los MENA entra en el ámbito de los derechos humanos, cuyos textos internacionales estipulan, como principio general, que las disposiciones contenidas en los mismos no serán de aplicación en un Estado si el mismo ofrece una regulación más beneficiosa al sujeto afectado, ya sea porque esté vinculado por otro instrumento internacional sobre la misma materia o porque así lo disponga su Ordenamiento interno. Puede citarse, a título de ejemplo, la propia Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, cuyo art. 41 prevé que «nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) el Derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado». Por añadidura, debe recordarse lo dispuesto en el art. 3.2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor, según el cual «los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el Ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad (...) o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social». Pues bien, en atención a dichas previsiones, entiendo que hacer depender la aplicabilidad del régimen jurídico de los MENA del criterio preferente de la ley nacional y, por ende, del lugar de nacimiento del extranjero constituye una vulneración del artículo 14 de la Constitución y del orden público español.

Ante esta situación, conviene averiguar si existen otras normas jurídicas que den cobertura al principio de igualdad en el tratamiento de los MENA en España, en relación con el límite de edad. Pues bien, no puede obviarse que el Derecho Comunitario ofrece una respuesta uniforme sobre esta materia y que permite afirmar, dada la primacía del mismo sobre el Derecho español, que el límite biológico de la mayoría de edad se encuentra, en todo caso, en los dieciocho años. Así lo disponen, en concreto, las Directivas del Consejo de la Unión Europea 2001/55/CE (art. 2.h), 2003/9/CE (art. 2.f) y 2003/86/CE (art. 2.f), ya que, en la definición que ofrecen de los MENA, los caracterizan como menores de dieciocho años, según se ha hecho constar *ab initio*. Ciertamente tales Directivas todavía no han sido transpuestas al Derecho español, no

(22) Tal es la tesis de B. CAMPUZANO DÍAZ, en *El nuevo Derecho de extranjería*, A. Rodríguez Benot y C. Hornero Méndez (coords.), Ed. Comares, Granada, 2001, p. 255, y *Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjería*, C. Sánchez-Rodas Navarro (dtora.) y J.C. Alonso Burón (coord.), Ed. Laborum, Murcia, 2005, p. 208. Parecen optar, asimismo, por la misma interpretación Cristóbal MOLINA NAVARRETE, Gloria ESTEBAN DE LA ROSA y Elena ARCE JIMÉNEZ, *La inmigración extranjera*, Centro de Estudios Financieros, Madrid-Barcelona-Valencia, 2005, p. 118; y G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas», *La Ley*, 2003-1, D-32, p. 1620.

obstante lo cual cabe entender que poseen «efecto directo»²³, en atención a los pronunciamientos de la jurisprudencia comunitaria, favorables a que «en todos los casos en que las disposiciones de una directiva parecen ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones, si no se han adoptado dentro del plazo prescrito medidas de aplicación, pueden ser invocadas contra cualquier disposición nacional no conforme a la Directiva, en la medida en que definen derechos que los particulares pueden alegar frente al Estado» (STJCE 8/81 de 19 de Enero de 1982, caso *Ursula Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*).

En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria y en atención al tenor de las precitadas Directivas, parece poder afirmarse que éstas tienen efecto directo en nuestro Ordenamiento jurídico, con lo que cabe entender que todos los MENA que se encuentren en territorio español y tengan menos de dieciocho años deben gozar de los mismos derechos y obligaciones en el ámbito que nos ocupa, con independencia de su nacionalidad, y sin tener en cuenta otro criterio de fijación de la minoría de edad que el hecho de que no hayan cumplido los dieciocho años.

Un argumento adicional que refuerza la tesis que aquí se suscribe se encuentra en el tenor del art. 17.1 de la Ley Orgánica de Extranjería, en cuanto reconoce el derecho del extranjero residente a reagrupar con él en España a sus hijos «siempre que sean menores de dieciocho años» (letra b) , así como a «los menores de dieciocho años (...) cuando el residente extranjero sea su representante legal» (letra c). Si bien resulta obvio que tal precepto se refiere a un ámbito muy concreto como es el de la reagrupación familiar de los extranjeros residentes en España, en lo que aquí interesa sitúa la mayoría de edad en los dieciocho años, con lo que quizá cabría defender la aplicación analógica del mismo a los MENA, en atención a la finalidad esencial perseguida por el legislador en el art. 35 de la Ley Orgánica de Extranjería y el art. 92 del Reglamento, que no es otra que el retorno del menor a su país de origen a efectos precisamente de reagrupación familiar.

Una vez abordado este extremo —en cualquier caso, de difícil solución— y centrándonos en las previsiones de la legislación de extranjería en orden a la determinación de la edad de los extranjeros indocumentados, debe señalarse *ab initio* que el responsable último de determinar la mayor o menor edad del extranjero en la legislación vigente es el Ministerio Fiscal²⁴, toda vez que, con arreglo al art. 35.1 de la Ley Orgánica de Extranjería, el fiscal debe «disponer» la prueba de la determinación de la edad²⁵.

(23) Como es bien sabido el «efecto directo» de las Directivas constituye una solución para evitar que la no transposición por un Estado miembro a su Ordenamiento jurídico interno de este instrumento normativo en los plazos previstos o la transposición incorrecta o incompleta prive de efecto útil a la Directiva e impida que los particulares invoquen ante las autoridades correspondientes los derechos que la misma les otorga.

(24) Nótese que el art. 32.2 LO 4/2000 en su redacción originaria atribuía tal responsabilidad al Juez de Menores. Las mismas pautas seguía el Proyecto de Ley de reforma de la LO 4/2000, siendo la redacción final fruto de la aceptación de una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán (enmienda 306, *BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 18 de octubre de 2000, núm. 12-5, pp. 117-118), favorable a privar de esta competencia al Juzgado de Menores para no criminalizar la mera presencia de los MENA en España y, asimismo, al objeto de evitar procedimientos judiciales.

(25) Según advierte la Instrucción 2/2001, el art. 35 de la Ley Orgánica de Extranjería no se refiere al supuesto de extranjeros indocumentados presuntos responsables de infracciones penales. En este caso,

Tal responsabilidad del Ministerio Fiscal viene confirmada por el art. 92.1 del Reglamento de Extranjería, y para llevarla a cabo ha de autorizar la práctica de pruebas médicas que permitan determinar la edad del interesado²⁶, previa consulta en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados de los antecedentes que, en su caso, existan del presunto menor, a fin de constatar que tales pruebas no se ha verificado con anterioridad²⁷. Evidentemente, tales pruebas habrán de practicarse por las instituciones sanitarias oportunas, con carácter prioritario y urgente, según matiza el precitado art. 92.1 del Reglamento²⁸.

El problema radica en que todavía no existe un método científico capaz de determinar con total exactitud la edad, sino únicamente técnicas —básicamente de carácter radiológico— que realizan una estimación de la misma con un margen de error que los expertos cifran en dos años arriba o abajo²⁹. Si a ello se añade que tales prue-

precisa la referida Instrucción, «lo procedente es ponerlos a disposición del Juez de Instrucción que es el único competente —al igual que si se tratase de ciudadanos españoles— para ordenar la práctica de las diligencias encaminadas a determinar su edad». Y es que «corresponde al Juez de Instrucción y no al Ministerio Fiscal acreditar la edad de aquellos a quienes se impute la comisión de un delito —sean españoles o extranjeros— cuando existan dudas sobre la misma».

(26) Tal y como resulta del *Protocolo de Menores Extranjeros No Acompañados* aprobado por acuerdo adoptado por el Grupo de Menores No Acompañados del Observatorio de la Infancia —adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales— el 14 de noviembre de 2005.

(27) Ello de acuerdo con la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, donde puede leerse la siguiente afirmación: « Los Sres. Fiscales deberán velar porque la decisión sobre la práctica de las pruebas se adopte —en la medida de lo posible— después de que la Fuerza actuante consulte los antecedentes que pudieran existir del presunto menor en el Registro de menores extranjeros no acompañados regulado en el art. 111 RE y en el que debe hacerse constar el resultado de la prueba médica de determinación de la edad (vid. letra f). Por consiguiente, si consultado el Registro consta practicada dicha prueba, habrá de prescindirse de la nueva práctica solicitada, salvo que razones excepcionales aconsejen otra decisión».

Según clarifica la propia Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2001, en este Registro, creado en el seno de la Dirección General de la Policía, deben constar, entre otros, los siguientes datos de los menores: su impresión decadactilar, su fotografía y el resultado de la prueba ósea de determinación de edad, así como otros datos que puedan facilitar, en su caso, las investigaciones previas a la repatriación, tales como el nombre de los padres, el lugar de nacimiento y la última residencia en el país de procedencia. En cualquier caso, según resulta de los arts. 35.5 LO 4/2000 y 111 RD 2393/2004, los datos que constan en el Registro tienen como única finalidad la identificación del menor. Por ello, el Reglamento de extranjería dispone que la puesta a disposición de los órganos de las Administraciones públicas de los datos relativos a inmigrantes para el ejercicio de sus competencias en materia de inmigración se refiere únicamente a los obrantes en el Registro Central de Extranjeros (art. 109.2) y no a los que constan en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

(28) Tal celeridad se justifica, de acuerdo con la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2006, por la situación de privación de libertad que implica la conducción del menor al centro sanitario y la permanencia en el mismo mientras no sea determinada su edad. Con todo, como advierte D. SENOVILLA HERNÁNDEZ, *Situación y tratamiento...*, cit., p. 32, el legislador no ha fijado unos plazos máximos en los que el sujeto afectado deba quedar en libertad ni ha previsto que se le preste asistencia jurídica durante este proceso, lo que puede ir en detrimento de la seguridad jurídica.

(29) Según indica F. J. DURÁN RUIZ, «Las Administraciones públicas...», cit., p. 15, existen diversas técnicas, entre las cuales la más utilizada en nuestro país consiste en estimar la edad mediante radiografías de los huesos de la muñeca y mano izquierda, y su posterior comparación con unas tablas previamente elaboradas mediante estudios estadísticos que recogen el desarrollo de estos huesos a diferentes edades. Una descripción más detenida de estas técnicas puede verse en el Dossier «Évaluation de l'age des enfants étrangers non accompagnés» elaborado por B. VAN KEIRSBLICK, J.P. JACQUES y O. DIAMANT BERGER y publicado en el *Journal du droit des jeunes*, núm. 229, 2003, pp. 14-30.

bas prescinden de considerar aspectos raciales, étnicos, nutricionales, medioambientales, psicológicos y culturales que tienen una influencia directa en el desarrollo de los individuos, puede afirmarse que su virtualidad resulta más que discutible³⁰. Por ello, cuando la edad sea dudosa se recomienda por diversas organizaciones internacionales conceder el beneficio de la duda al menor no acompañado y presumir su minoridad³¹. En este línea se sitúa, por lo que se refiere a nuestro país, la Fiscalía General del Estado, en cuanto en su Instrucción 2/2001 señala que debe tomarse como edad de referencia la menor que resulte de las pruebas médicas realizadas³².

Una vez practicadas las oportunas pruebas conducentes a la determinación de la edad, de acuerdo con la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado —adoptada previa recomendación del Defensor del Pueblo—, ha de dictarse por el fiscal resolución motivada en la que se determine si el extranjero debe considerarse menor de edad y, en caso afirmativo, se acuerde su puesta a disposición a los servicios de protección de menores. La referida resolución habrá de concretar, asimismo, la edad del menor de forma aproximativa. En cualquier caso, ésta tendrá carácter meramente provisionalísimo, no constituyendo, por tanto, una resolución definitiva sobre la edad de la persona afectada. De este modo, queda abierta la posibilidad de que el juez autorice la práctica de pruebas complementarias en el curso de cualquier procedimiento ulterior en el que se discuta la edad del menor³³.

(30) Cfr. ACNUR, Informe *Los menores no acompañados y la protección de asilo*, cit., aptdo. 5.

(31) En tales términos se expresa el precitado Informe del ACNUR, aptdo. 5; la Observación núm. 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, apdo. 31; la *Declaración de Buenas Prácticas* del Programa «Menores no acompañados en Europa» desarrollado conjuntamente por el ACNUR y la organización internacional *Save the Children*, p. 18; el Proyecto conjunto UNICEF-Servicio Social Internacional de *Normas Internacionales para la protección de los niños privados de familia*, p. 25; el artículo «Niños no acompañados: su protección, su acogimiento y sus derechos a su llegada al país de acogida» publicado por el propio Servicio Social Internacional en su *Boletín* núm. 8, 2007, p. 8; y el Informe elaborado por *Human Rights Watch* bajo el título *Responsabilidades no bienvenidas...*, cit. (<http://hrw.org/spanish/reports/2007/spain/0707/>). Interesa señalar que el Proyecto conjunto UNICEF-Servicio Social Internacional de *Normas Internacionales para la protección de los niños privados de familia* ya ha sido acogido favorablemente por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre promoción y protección de los derechos del niño de 16 de noviembre de 2007 (Resolución A/C.3/62/L.24/Rev.1), apdo. 16 y su aprobación final está prevista en la sesión de la referida Asamblea de finales de 2008.

(32) Instrucción 2/2001 de la Fiscalía General del Estado: «Dado que las pruebas médicas no suelen ofrecer nunca una edad exacta, sino que siempre fijan una horquilla más o menos amplia entre cuyos extremos se puede cifrar que se sitúa con un escasísimo margen de error la verdadera edad del sujeto, habrá que presumir, a falta de otros datos y a efectos de determinar si éste es mayor o menor, que su edad es la establecida como límite inferior a dicha horquilla». La misma línea de actuación se recomienda en la *Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre las Responsabilidades de las Administraciones Públicas respecto a los Menores no Acompañados*, aprobada en octubre de 2006, principio de actuación núm. 4.

(33) De acuerdo con la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado. Como se ha indicado en texto, esta Circular responde a una recomendación del Defensor del Pueblo a la Fiscalía General del Estado contenida en su *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, Madrid, 2005, pp. 339-340, de la que se ofrece el siguiente extracto: «La experiencia acumulada (...) por el Defensor del Pueblo pone de manifiesto cómo en la mayoría de las ocasiones se asume como edad de la persona sometida a las pruebas médicas la que aparece en el dictamen médico que se ha efectuado, sin que exista un acto expreso del Fiscal en el que realice una interpretación jurídica de ese dictamen, el cual puede ser complementado por otras pruebas (...) En opinión del Defensor del Pueblo (...) sería deseable que en todos los casos existiera un pronunciamiento jurídico expreso en el que el Fiscal valorando las pruebas se pronunciara sobre la edad del menor. Debe tenerse en cuenta que tanto la Ley como el Reglamento

Una última cuestión en torno a la determinación de la edad es la referente a la posibilidad (o no) de practicar las correspondientes pruebas en caso de negativa del extranjero a someterse a ellas. Pues bien, la respuesta a esta cuestión parece que ha de ser afirmativa en atención a la STC 35/1996, de 11 de marzo que admite la práctica de pruebas radiológicas sin contar con el consentimiento del afectado, por entender que con ellas no se vulnera el derecho a la integridad física, debido a la poca intensidad de las radiaciones y al poco tiempo de la exposición³⁴. Ahora bien, lo que no resulta tan claro es determinar a quien compete autorizar tales pruebas, de no consentir el afectado, si al fiscal o a la autoridad judicial. Personalmente, pese a la falta de claridad tanto del art. 35.1 de la Ley Orgánica de Extranjería como del art. 92.1 de su Reglamento de desarrollo, creo que estos preceptos habilitan al Fiscal para adoptar esa decisión aun con la oposición del afectado. En efecto, así como la Ley de Enjuiciamiento Criminal faculta al fiscal a adoptar órdenes de detención preventiva, puede aceptarse también que la legislación de extranjería atribuya esta otra facultad limitada de libertad al Ministerio Público, aun con la oposición del afectado³⁵.

3. LA EMANCIPACIÓN

Con el fin de considerar que el MENA no se encuentra en desamparo y, por consiguiente, excluirlo del sistema español de protección de menores se ha utilizado como argumento su emancipación. En efecto, partiendo de que la emancipación habilita al menor de edad para regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad y en aplicación de lo dispuesto en el art. 319 Cc sobre la emancipación por vida independiente, la Instrucción 3/2003 de la Fiscalía General del Estado estableció una presunción *iuris tantum* consistente en entender que el extranjero mayor de dieciséis años que entra irregularmente en nuestro país está emancipado y, por tanto, no puede ser declarado en desamparo. En aplicación de esta presunción, los fiscales debían pronunciarse a favor de la devolución o retorno del menor a su país de origen a la mayor brevedad posible³⁶.

son excluyentes en esta materia, el que dispone la edad de esa persona es el Fiscal, no el médico que emite el informe» (<http://www.defensordelpueblo.es>).

(34) Así lo entiende el Defensor del Pueblo en su *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, cit., p. 340. La STC 35/1996, de 11 de marzo puede consultarse en el BJC, núm. 180, 1996, pp. 71-82; vid., en concreto, su Fundamento Jurídico IV. Discrepa, sin embargo, Á. DE PALMA DEL TESO, «Los menores inmigrantes...», cit., p. 545, para exigir el consentimiento del menor siempre que tenga suficiente juicio y, en su defecto, autorización judicial.

(35) Ello sin perjuicio de alguna opinión discrepante, como la de C. F. FÁBREGA RUIZ, *Protección jurídica...*, cit., pp. 119-122; y Á. DE PALMA DEL TESO, «Los menores inmigrantes...», cit., p. 546, partidaria de que la competencia la ostente en tal caso la autoridad judicial.

(36) La Instrucción 3/2003 de la Fiscalía General del Estado partía de dos afirmaciones, a saber: primera, «la minoría de edad, sin el referente de una persona mayor de edad, no debiera asegurar por sí sola una declaración de desamparo»; y, segunda, «la figura del retorno o devolución puede ser aplicada a los extranjeros menores de edad que accedan ilegalmente a nuestro país». Dicho esto, entraba a analizar la figura de la emancipación y las causas que la originan en Derecho español, para entender que, como entre tales causas se encuentra la vida independiente (art. 319 Cc), podía considerarse que los extranjeros mayores de dieciséis años que entran irregularmente en nuestro país sin su familia se encuentran emancipados, lo que excluía la declaración de desamparo y la consiguiente asunción de la tutela automática por la Administración y justificaba, como regla de principio, el retorno de los menores a su país de origen en el plazo más breve posible.

Personalmente no puedo sino discrepar del criterio sustentado por el máximo órgano de los fiscales y ello por diversos motivos. Así, entiendo que en la referida Instrucción se ofrece una interpretación demasiado restrictiva de la noción legal de desamparo (*ex* art. 172.1 Cc y art. 104.1 Ley 13/2006 de Derecho de la Persona), toda vez que, a mi modo de ver, un menor extranjero que se encuentra en territorio español sin ningún adulto que se responsabilice de él, que normalmente no entiende el idioma y que carece de recursos para su sustento está privado de la necesaria asistencia moral y material y, por ende, se encuentra en situación de desamparo³⁷. Es más, si atendemos a las específicas causas de desamparo previstas en las leyes autonómicas también se encuentran motivos suficientes para estimar la situación de desamparo del menor. A este respecto el art. 59 letra b) de la Ley 11/2001 de protección de la infancia y la adolescencia en Aragón identifica como situación de desamparo la ausencia de las personas a las que legalmente corresponde el ejercicio de la guarda, situación en que, sin lugar dudas, se encuentra un MENA³⁸. En segundo término, puede cuestionarse la aplicación del art.

(37) El Defensor del Pueblo considera a este respecto en su Informe de 2003, pp. 477-477 (<http://www.defensordelpueblo.es>), que con esta Instrucción se estaba introduciendo una diferencia de trato para los menores en función exclusivamente de su nacionalidad, ya que «es impensable que un menor español de 16 años, sorprendido en circunstancias análogas a las que suelen concurrir en un menor extranjero no acompañado sea dejado en total libertad sin adoptar ninguna medida de protección». Sigue la misma línea argumentativa buena parte de la doctrina (vid. p.e. I. LÁZARO GONZÁLEZ, «Menores extranjeros no acompañados...», cit., p. 154, con base en el Informe del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, p. 154; C. F. FÁBREGA RUIZ, *Protección jurídica...*, cit., p. 109; B. CAMPUZANO DÍAZ, en *Derecho de extranjería...*, cit., p. 431; A. BARGACH, E. ARCE y M. JIMÉNEZ, «El reto de los menores e(in)migrantes», cit., p. 251; Juan Manuel CUTILLAS ESCUDERO, «Aspectos jurídicos de protección al menor inmigrante», *La Ley*, 2002-7, D-290, p. 1803; Á. DE PALMA DEL TESO, «Los menores inmigrantes...», cit., p. 550; y F. J. DURÁN RUIZ, «Las Administraciones públicas...», cit., p. 19).

(38) Causa de desamparo también prevista en buena parte de la legislación autonómica de protección de menores, en concreto, en el art. 23.1 letra i) Ley 1/1998 de los derechos y la atención del menor de la C.A. de Andalucía; art. 63 letra b) Ley 17/2006 integral de la atención y de los derechos de la infancia y adolescencia de las Illes Balears; art. 46.2 letra e) Ley 1/1997 de atención integral a los menores de la C.A. de Canarias; art. 56 letras a), c) y g) Ley 14/2002 de promoción, atención y protección a la infancia de Castilla y León; art. 2.2 letra a) Ley 37/1991 sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción de la C.A. de Cataluña; art. 17.2 letra g) Ley 3/1997 de la familia, la infancia y la adolescencia de la C.A. de Galicia; y art. 22 letra a) Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia.

Pueden invocarse, asimismo, otras causas de desamparo aplicables a los MENA, p.e. el abandono del menor, la ausencia de escolarización o la falta de vínculos afectivos. El abandono del menor se contempla en art. 23.1 letra a) Ley 1/1998 de los derechos y la atención del menor de la C.A. de Andalucía; art. 59 letra b) Ley 12/2001 de la infancia y adolescencia en Aragón; art. 31.2 letra a) Ley 1/1995 de protección del menor del Principado de Asturias; art. 29.2 letra a) Ley 7/1999 de protección de la infancia y la adolescencia de la C.A de Cantabria; art. 56 letra d) Ley 14/2002 de promoción, atención y protección a la infancia de Castilla y León ; art. 36 letra a) Ley 3/1999 del menor de la C.A. de Castilla-La Mancha; art. 6 letra a) Ley 4/1994 de protección y atención a menores de la C.A. de Extremadura; art. 17.2 letra a) Ley 3/1997, de la familia, la infancia y la adolescencia de la C.A. de Galicia; y art. 49.2 letra a) Ley 1/2006 de protección de menores de La Rioja. La falta de escolarización es causa de desamparo en el art. 23.1 letra b) Ley 1/1998 de los derechos y la atención del menor de la C.A. de Andalucía; art. 31.2 letra b) Ley 1/1995 de protección del menor del Principado de Asturias; art. 46.2 letra b) Ley 1/1997 de atención integral a los menores de la C.A. de Canarias; y art. 29.2 letra j) Ley 7/1999 de protección de la infancia y la adolescencia de la C.A de Cantabria. Por último, la falta de vínculos afectivos está prevista en el art. 29.2 letra g) Ley 7/1999 de protección de la infancia y la adolescencia de la C.A de Cantabria; y en el art. 17.2 letra f) Ley 3/1997 de la familia, la infancia y la adolescencia de la C.A. de Galicia.

319 Cc a un menor extranjero, toda vez que, en atención a lo dispuesto en el art. 9.1 Cc, la condición de emancipado ha de determinarse atendiendo a la ley nacional del sujeto. Por consiguiente, la emancipación por vida independiente prevista en el art. 319 Cc sólo podrá aplicarse en defecto de prueba de la ley extranjera (art. 281.2 LEC) o, en su caso, a los extranjeros cuya ley nacional atribuya dichas consecuencias a la vida independiente del menor³⁹. Y en tercer lugar, la pretensión de la Fiscalía General del Estado de aplicar la figura del retorno o devolución a los MENA que acceden a territorio español vulnera la legislación de extranjería, en cuanto la única medida que contempla es la repatriación a efectos de reagrupación familiar⁴⁰.

Con posterioridad, ante las numerosas críticas que recibió la referida Instrucción por numerosas instituciones y organizaciones de derechos humanos⁴¹, la Fiscalía General del Estado decidió dejarla sin efecto en virtud de una Instrucción ulterior: la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados. En esta nueva Instrucción, hoy en vigor, se establece con carácter general la presunción de la minoridad de todo extranjero que no haya cumplido todavía los dieciocho años, de tal manera que, mientras no se pueda acreditar fehacientemente su emancipación conforme a su ley personal, habrá de reputarlo como menor a todos los efectos.

4. LA REPATRIACIÓN

Una de las cuestiones más conflictivas del régimen jurídico de los MENA tiene que ver con su posible repatriación.

En efecto, dado que en función de su minoría de edad no procede una sanción de expulsión como corresponde a los extranjeros irregulares mayores de edad, los MENA sólo puede ser objeto de expediente de repatriación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 35.3 de la Ley Orgánica de Extranjería y su correspondiente desarrollo reglamentario (art. 92.4 RD 2393/2004)⁴².

Es más, de lo dispuesto en estos preceptos resulta que la finalidad de la repatriación no puede ser otra que la reagrupación del menor con su familia bien en su país de origen o en aquél donde se encuentren sus familiares, o, subsidiariamente, la

(39) Así también el Defensor del Pueblo en su Informe de 2003, p. 476; y, en la doctrina, I. LAZARO GÓNZALEZ, «Menores extranjeros no acompañados...», cit., p. 154, y Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, coord. M^a Ángeles Sánchez Jiménez, Ed. DM, Murcia, 2005, p. 424.

(40) Argumento esgrimido por el Defensor del Pueblo en su Informe de 2003, pp. 478-479; y en su *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, cit., p. 327, que comparto.

(41) Junto a la valoración del Defensor del Pueblo en su Informe de 2003, pp. 474-480, a la que ya me he referido, vid. p.e. las críticas vertidas por Amnistía Internacional en su Informe de 2003 *España: los menores extranjeros no acompañados y sin papeles están en riesgo. Preocupación por una instrucción discriminatoria del Fiscal General del Estado que viola la Convención de Derechos del Niño y vulnera derechos fundamentales de los menores* (<http://www.amnesty.org/es>).

(42) En tales términos se expresa la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2001 y en su Instrucción 6/2004.

tutela por los servicios de protección de menores de su país de origen, tratándose de evitar así las expulsiones encubiertas⁴³.

No es extraño, por tanto, que la normativa de extranjería parezca ir dirigida a propiciar que el menor retorne a su país de origen, en aras del principio de reagrupación familiar⁴⁴. Ahora bien, tal medida se encuentra supeditada al cumplimiento de una serie de requisitos o garantías dirigidas a asegurar el respeto del principio del interés superior del menor.

El primer requisito a cumplir consiste en la necesaria localización de la familia del menor o, en su defecto, de los servicios de protección de menores de su país de origen, para lo que deberán verificarse las gestiones necesarias por parte de la Comisaría General de Extranjería ante las embajadas y consulados correspondientes. Esto salvo que no exista representación diplomática en España, en cuyo caso, estas gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (art. 92.4.4 *in fine* RD 2393/2004).

Como segunda garantía a cumplir, ha de respetarse el derecho del menor a ser oído en el expediente de repatriación (art. 92.4.1 RD 2393/2004)⁴⁵. Advierte el Defen-

(43) Interesa reproducir al respecto la siguiente declaración vertida por el Defensor del Pueblo en su *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, cit., p. 327: «el menor extranjero no puede ser expulsado, devuelto o retornado. La salida de un menor extranjero de nuestro país solo podría producirse utilizando el mecanismo de la *reagrupación familiar* al tratarse de un derecho que impediría el uso de las otras vías claramente sancionadoras previstas para los adultos», declaración que reproduce en términos similares en la p. 430 en sede de conclusiones.

(44) La misma lectura de la legislación española ofrece la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2001 e Instrucción 6/2004; así como la generalidad de la doctrina (vid. p.e. C. F. FÁBREGA RUIZ, *Protección jurídica...*, cit., p. 124; Marcos Francisco MASSÓ GARROTE, *Nuevo régimen de extranjería*, Ed. La Ley, Madrid, 2001, p. 265; Pascual AGUELO NAVARRO y Aurelia ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Normativa comentada sobre Derecho de extranjería*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 617; M. DE LORENZO SEGRELLES, *El nuevo régimen jurídico...*, cit., p. 299; C. GOENCHEA PERMISÁN, «Menores inmigrantes no acompañados...», cit., p.; B. CAMPUZANO DÍAZ, en *Derecho de Extranjería...*, cit., p. 428; F. J. DURÁN RUIZ, «Las Administraciones públicas...», cit., pp. 24 y 29; I. LÁZARO GONZÁLEZ, «Menores extranjeros no acompañados...», cit., p. 155; M. DE LORENZO SEGRELLES, en *Comentarios a la Ley de extranjería*, cit., p. 866; y D. SENOVILLA HERNÁNDEZ, «El estatuto jurídico de los menores extranjeros no acompañados en el Derecho español y francés», *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 2004, p. 63, y *Situación y tratamiento...*, cit., p. 41).

A nivel internacional, consideran, igualmente, medida preferente el retorno del menor a su país de origen a efectos de reagrupación familiar la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países, art. 3.3; la Observación núm. 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, apdos. 81 a 83; y el Proyecto UNICEF-Servicio Social Internacional de Normas Internacionales para la protección de los niños privados de familia.

(45) Por añadidura, el derecho del menor a ser oído se encuentra reconocido genéricamente en el art. 9 LO 1/2006 de protección jurídica del menor, así como en las diferentes leyes autonómicas de protección de menores (p.e. art. 13 Ley 12/2001 de la infancia y adolescencia en Aragón, art. 14 Ley 1/2006 de protección de menores de La Rioja y art. 54 Ley 17/2006 integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears); y, en el plano internacional, en el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en la Observación núm. 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, apdo. 25, y en las *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños no Acompañados y Separados*, p. 11.

del Pueblo en su *Informe sobre Asistencia jurídica a los extranjeros en España* que este derecho se garantiza no sólo con preguntarle su opinión, sino que incluye el derecho previo a ser informado sobre sus derechos, las circunstancias en las que se encuentra, las decisiones que respecto a él pueden ser acordadas y los medios y vías de recurso con las que cuenta⁴⁶. Este trámite de audiencia al menor debe verificarse con las garantías debidas y, en particular, con asistencia jurídica independiente a la de la Administración, según recomiendan el Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios Autonómicos, así como el Consejo General de la Abogacía Española⁴⁷. En cualquier caso, su omisión supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 152/2005, de 6 de junio).

Otra garantía igualmente relevante en orden a resolver si el menor debe reintegrarse con su familia o, al menos, retornar a su país de origen se vincula a la información que necesariamente debe conseguirse respecto de su identidad y circunstancias personales y socio-familiares⁴⁸. Y es que, aun en el caso de haberse localizado a la familia del menor o, en su defecto, a los servicios de protección de menores del país de origen, el Reglamento prevé que la repatriación sólo se acordará si se dan las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen (art. 92.4.1 *in fine*) y, adicionalmente, que no procederá la repatriación de verificarse la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o de sus familiares (art. 92.4.5 *in fine*)⁴⁹. Por ello, aunque la reintegración familiar sea, en principio, lo

(46) Cfr. Defensor del Pueblo, *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, cit., p. 320.

(47) Vid. Informe del Defensor del Pueblo sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España, cit., pp. 327-329 y 436; Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre las responsabilidades de las Administraciones sobre los menores no acompañados de 2006, principio de actuación núm. 5; y Consejo General de la Abogacía Española, Recomendación sobre la asistencia jurídica a menores extranjeros no acompañados adoptada en acuerdo de 19 de enero de 2007. En esta dirección se ha pronunciado, igualmente, la organización internacional *Rights Watch* en su informe *Responsabilidades no bienvenidas...*, cit. (http://hrw.org/spanish/reports/2007/spain_0707/7.htm); y el Seminario Permanente sobre Migraciones Internacionales y Extranjería, «Actualidad de las migraciones en Derecho español (conclusiones de las sesiones 2005-2007)», *Cuadernos Intermigra*, núm. 3, 2005-2007, pp. 23-24.

Nótese, por lo demás, que esta exigencia se ha materializado en la Comunidad Autónoma de Cantabria en la firma de un convenio en 2007 entre la Delegación del Gobierno y el Colegio de Abogados a fin de proporcionar a los MENA asistencia jurídica a prestar por letrados adscritos al turno de extranjería del referido Colegio. No obstante, en Aragón, según hace constar el Seminario Permanente sobre Migraciones Internacionales y Extranjería, «Actualidad de las migraciones...», cit., p. 23, no hay presencia de letrado en ningún momento del procedimiento de repatriación, «ya que la ley no recoge esta exigencia».

(48) De la importancia de obtener tal información se hacen eco diferentes textos internacionales, tales como la *Declaración de Buenas Prácticas* del Programa «Menores no acompañados en Europa» desarrollado conjuntamente por el ACNUR y la organización internacional *Save the Children*, cit., p. 18; la Observación núm. 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, apdo. 20; las *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños No Acompañados y Separados*, pp. 19-20; y el *Proyecto de Normas Internacionales para la protección de los niños privados de familia* elaborado conjuntamente por UNICEF y el Servicio Social Internacional, núm. 151. Vid., en el mismo sentido, las afirmaciones vertidas por el Servicio Social Internacional en sus *Boletines* núms. 8/2007 y 10/2007, pp. 7-8 y 6 respectivamente.

(49) En términos similares se pronuncia la Observación núm. 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, apdo. 27.

más conveniente para el menor, tal decisión no puede ser adoptada sino tras la realización de un informe individualizado de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Esta función informativa corresponde, en concreto, a los servicios de protección de menores a cuyo cargo se encuentra el menor, de acuerdo con el art. 92.4.1 del Reglamento⁵⁰. Las mismas razones aconsejan que, en caso de no ser posible la reagrupación familiar, el retorno al país de origen no se efectúe «sin tomar previamente disposiciones seguras y concretas de atención y custodia del menor»⁵¹.

La regularidad del proceso de repatriación se garantiza, asimismo, mediante la comunicación al Ministerio Fiscal de todas las actuaciones llevadas a cabo en el curso del mismo (art. 92.4.3 RD 2393/2004), en cuanto le corresponde la defensa de los derechos e intereses de los menores, de acuerdo con el art. 3.7 de su Estatuto Orgánico. En relación con la intervención del Ministerio Fiscal en la repatriación de los MENA, la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado ordena a los fiscales verificar que en la tramitación de los expedientes de repatriación se ha respetado el contenido mínimo exigido por la normativa de extranjería y, por ende, el interés del menor; esto es, que se ha respetado el derecho del menor a ser oído, que se ha evacuado el informe de los servicios de protección de menores, que la repatriación se ha acordado por el Delegado o Subdelegado del Gobierno, que se dan las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen y que no se haya verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares. Sólo así el Ministerio Fiscal podrá comprobar si la decisión adoptada es la más adecuada a los intereses del menor, según precisa la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado.

En todo caso, la decisión de repatriación debe atender, como ya se ha apuntado *a priori*, al interés superior del menor⁵². Este principio, si bien ya se encontraba con-

(50) Sobre la forma de averiguar los datos personales y socio-familiares del menor por parte de los servicios de protección de menores vid. F. J. DURÁN RUIZ, «Las Administraciones públicas...», cit., nota 55, pp. 28-29.

(51) En tales términos se expresa la Observación núm. 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, apdo. 85. Por añadidura, la referida Observación señala en su apdo. 84 como circunstancias a tener en cuenta para determinar que el retorno al país de origen responde al interés del menor las siguientes: la seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular, socioeconómicas que encontrará el menor a su regreso; la existencia de mecanismos para la atención individual del menor; las opiniones del menor, así como las de las personas que le atienden; el nivel de integración del menor en el país de acogida y el periodo de ausencia de su país de origen; el derecho del menor a preservar su identidad, incluida la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares; la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y se preste atención a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Declaraciones similares pueden leerse en la Recomendación CM/Rec (2007) 9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre los proyectos de vida a favor de los menores inmigrantes no acompañados de 12 de julio de 2007, apdo. II.8.v.

(52) Ello obliga, según hace constar el Servicio Social Internacional en su *Boletín* núm. 10, 2007, pp. 6-8, a adoptar una serie de medidas para asegurar que el regreso del MENA a su país de origen responda a las necesidades y los derechos del niño, tales como la preparación y apoyo tanto al menor como a su familia o la cooperación de los países de acogida con los países de origen en la creación de estructuras apropiadas para el regreso de los menores. En concreto, en lo que hace a España, la segunda de las medidas referidas ha sido recogida explícitamente en los diversos Acuerdos suscritos con los principales países emisores de MENA —Rumanía, Marruecos y Senegal— a que me refiero *infra* en nota 64.

templado tanto en el Derecho internacional (art. 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño) como en el Derecho interno (arts. 2 y 11.2.a LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor) no se ha recogido explícitamente en la normativa de extranjería sino hasta fechas recientes⁵³. En concreto, se ha incorporado expresamente al art. 92.4.1 del Reglamento de Extranjería, para señalar, a continuación, que la repatriación del menor a su país de origen sólo se acordará si se dan las condiciones para la efectiva reagrupación familiar o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores de su país de origen. Por consiguiente, aunque el interés del menor se encuentre, en principio, vinculado a su derecho a no ser separado de su familia, no siempre la reintegración familiar es lo que más interesa al menor. Así lo ha entendido tanto la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2001 e Instrucción 6/2004⁵⁴, como el Defensor del Pueblo en su Informe de 2001⁵⁵ y los Comisionados Parlamentarios Autonómicos en su *Declaración sobre las responsabilidades de las Administraciones sobre los menores no acompañados* de 2006⁵⁶, en línea todos ellos con la Resolución del Consejo de Europa de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros⁵⁷.

En definitiva, en la vigente normativa de extranjería se articula un marco legal que establece mecanismos de control para evitar que lo que es una repatriación en interés del menor se convierta en una expulsión de hecho. No obstante, la práctica

(53) A la necesidad de que la reagrupación familiar responda, en todo caso, al principio del interés superior del menor se refieren, asimismo, la Fiscalía General del Estado en su Instrucción 6/2004 y el Defensor del Pueblo en su *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, cit., p. 430; y, en el plano internacional, *Las Directrices Generales Inter-Agenciales sobre niños y niñas no acompañados y separados*, pp. 11 y 22, y el Servicio Social Internacional en su *Boletín* núm. 10, 2007, p. 6.

(54) En concreto, para la Fiscalía General del Estado, «la repatriación no es, sin embargo, un objetivo absoluto que se haya de perseguir a toda costa; pueden estar en juego también otros intereses, como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor, que pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline finalmente en pro de su permanencia en nuestro país» (Circular 3/2001 e Instrucción 6/2004).

(55) Así, en su Informe de 2001 afirma que «parece cuestionable que en todos los casos la reintegración a la unidad familiar y la convivencia con su entorno pueda configurarse de manera apriorística como la mejor de las alternativas posibles para todos los menores. En consonancia con lo anterior, esta Institución considera que el automatismo de las repatriaciones a fin de reintegrar al menor no constituye una práctica acorde con el cumplimiento de los tratados internacionales ratificados por España en materia de protección de menores y cuando menos sería contraria al espíritu de la vigente legislación sobre la materia». De estas palabras posteriormente se hace eco en su *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*.

(56) *Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre las responsabilidades de las Administraciones sobre los menores no acompañados* de 2006, principio de actuación núm. 3: «Los menores no deben ser repatriados a sus países de origen salvo que existan garantías de que la reintegración a su núcleo familiar de origen (o recurso de protección alternativo) asegure el mejor interés para el menor. La decisión debe tener en cuenta el propio punto de vista del menor —que tiene derecho a ser escuchado— y sólo puede llevarse a cabo después de un estudio detenido de los recursos disponibles en su país de origen».

(57) Así, la ya citada Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros establece en su art. 55.1 que el menor sólo podrá ser devuelto a su país de origen cuando éste reúna «las condiciones adecuadas de acogida y asistencia para el menor, en función de sus necesidades, habida cuenta de su edad y de su nivel de autonomía». En el aptdo. 4 del mismo precepto se añade que, en ningún caso, podrá devolverse un menor a un país tercero si dicho retorno fuera contrario a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

demuestra —y, de hecho, así también se viene denunciando por diversas instituciones y organizaciones de derechos humanos⁵⁸— que en los expedientes de repatriación tales garantías no siempre son debidamente respetadas, habiéndose detectado importantes irregularidades al respecto. El problema finalmente ha llegado a los Tribunales y, lo que es más importante, se están dictando resoluciones judiciales que están resolviendo en el sentido de impedir las repatriaciones de menores cuando no son acordadas en interés del menor, sino como medidas de expulsión carentes de cobertura jurídica. De algunas de estas sentencias nos hacemos eco a continuación. Así, puede citarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de abril de 2007 que confirma la sentencia del juez *a quo* revocatoria de una resolución de repatriación por ausencia del preceptivo informe de los servicios de protección de menores y vulneración del derecho del menor a ser oído; la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 31 de julio de 2007, igualmente confirmatoria de la sentencia de instancia, por considerar que en la tramitación del expediente la Administración no localizó ni identificó la familia del menor ni se puso en contacto con los servicios sociales del país de origen a los efectos de verificar si daban los requisitos necesarios para la adecuada tutela del menor, vulnerando así el derecho a su integridad; la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid de 25 de septiembre de 2006 que anula una resolución de repatriación por falta de notificación de la misma y por vulneración de los derechos de audiencia y asistencia jurídica independiente; la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Huesca de 13 de octubre de 2006 que anula una resolución de repatriación acordada pese a que el expediente contaba con informes de los servicios sociales a favor de la permanencia del menor en España por no darse las condiciones adecuadas para su reagrupación familiar y a no haberse efectuado ninguna gestión con los servicios sociales del país de origen en orden a la asunción de su tutela, vulnerándose, además, el derecho del menor a ser oído en el procedimiento; la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 15 de Madrid de 1 de mayo de 2007 que anula una resolución de repatriación por ausencia total del procedimiento previsto en el art. 92 del Reglamento de Extranjería y, por ende, violación de los derechos de igualdad, tutela judicial efectiva e integridad, en atención a las siguientes circunstancias: primera, ausencia de informe de los servicios sociales constatando la concurrencia de las condiciones para la reagrupación familiar del menor; y segunda, el menor no ha sido informado de la incoación del procedimiento ni ha sido oído durante el mismo ni se le ha notificado la resolución de repatriación; la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 26 de Madrid de 22 de octubre de 2007 que anula una reso-

(58) Vid. en este sentido el Informe de *Human Rights Watch* de 2002 *Callejón sin salida: Abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños inmigrantes* (<http://www.hrw.org/spanish/informes/2002/spnmorc0502sp.pdf>); el *Second rapport sur l'Espagne de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance* adoptado el 13 de diciembre de 2002, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2003, p. 17; el *Informe de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la situación de los trabajadores migrantes en España* de fecha de 14 de enero de 2004, párr. 55; el *Informe anual 2007 sobre el racismo en el Estado español* elaborado por la Federación de Asociaciones SOS Racismo del Estado Español, pp. 7 y 13 (<http://www.sosracismo.org>), así como su *Informe Menores en las fronteras: de los retornos efectuados sin garantías a menores marroquíes y de los malos tratos sufridos* de 2005 (www.mugak.eu/ef_etp_files/view/Informe_menores_retornados.pdf?package_id=9185); o las manifestaciones vertidas por las organizaciones internacionales *Save the Children* (<http://www.savethechildren.es>) y *Amnistía Internacional* (<http://www.amnesty.org/es>).

lución de repatriación por vulneración del derecho del menor a ser oído y por «la falta de fundamento de la repatriación», en cuanto la propia madre pretende que su hijo permanezca en España y no retorne a su país de origen; y, finalmente, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 20 de Madrid de 4 de diciembre de 2007 que estima la pretensión anulatoria del demandante de la resolución por la que se ordenaba su repatriación, por considerar vulnerados los derechos de audiencia y asistencia jurídica independiente, así como por haberse constatado la oposición de la propia familia al retorno del menor a su país de origen.

Una vez expuestas las garantías previstas legalmente en orden a la repatriación de los MENA, interesa hacer algunas precisiones de índole procedimental. Así, en primer lugar, conviene reparar en que la competencia decisoria en orden a la repatriación corresponde a la Administración del Estado, la cual actúa a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno (art. 35.3 LO 4/2000 y art. 92.4.1 y 7 RD 2393/2004). Ello es así, por ser ésta la única competente en materia de inmigración, emigración y extranjería, en atención a lo dispuesto en el art. 149.1.2ª CE. No obstante, en caso de que el menor esté imputado un proceso judicial —que no será otro que el procedimiento que prevé la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores—, la repatriación se condiciona por el art. 92.4.6 del Reglamento de Extranjería a la concesión de autorización judicial, análogamente al supuesto de autorización de la salida o expulsión de un extranjero mayor de edad que se encuentre inculcado en un procedimiento por delito, lo que se explica, de acuerdo con la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado, porque en ambos casos la salida del extranjero supone una renuncia del Estado español al ejercicio del *ius punendi*, algo que corresponde autorizar exclusivamente a la autoridad judicial. En relación a esta cuestión conviene reparar en el distinto tratamiento dispensado por la Ley y su Reglamento de desarrollo. Así, mientras el art. 57.7 de la Ley Orgánica de Extranjería exige la audiencia previa del Ministerio Fiscal, el art. 92.4.6 del Reglamento se limita a decir que «deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal». Ante esta falta de concordancia entre ambos preceptos, la Fiscalía General del Estado en la Circular precitada aboga por una interpretación sistemática de los mismos, según la cual es preciso el dictamen previo del fiscal para que el juez pueda autorizar la repatriación. En todo caso, el órgano judicial a quien compete autorizar la repatriación es el Juzgado de Menores, según precisa la referida Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado, con base en el art. 2.3 de la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

En segundo término, por lo que se refiere a la incoación del expediente de repatriación, según prevé el art. 92.4.2 del Reglamento de Extranjería, puede iniciarse de oficio por la Administración del Estado —que, ya se ha puntualizado, es la competente en este caso— o a instancia de la entidad pública que ejerza la tutela del menor. Carece de legitimación, sin embargo, el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que se le deban comunicar toda las actuaciones que se lleven a cabo en el procedimiento, con arreglo en lo dispuesto en el art. 92.4.3 de la misma norma.

Asimismo, importa señalar que el procedimiento administrativo debe finalizar mediante una resolución en virtud de la cual el Delegado o Subdelegado del Gobierno acuerde la repatriación o, en su caso, la permanencia del menor en España. Esta reso-

lución, necesariamente motivada, ha de notificarse al menor y a la Administración que ejerza su tutela, con indicación de los recursos que caben contra la misma, de acuerdo con el art. 59 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAPPAC), aplicable por remisión de los arts. 20 y 21 LO 4/2000, a formalizar ante la jurisdicción contencioso-administrativa, según matiza la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2001 e Instrucción 6/2004. En lo que atañe al procedimiento a seguir para interponer el recurso, habrá de acudir al procedimiento abreviado de los arts. 78 y ss de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), salvo que se alegue vulneración de derechos fundamentales, en cuyo caso la resolución administrativa podrá recurrirse a través del procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales, contemplado en los arts. 114 y ss LJCA. La legitimación para recurrir corresponde no sólo a la Administración tutora en su condición de representante legal del menor, sino también al propio interesado por aplicación del art. 18 LJCA⁵⁹ e, igualmente, al Ministerio Fiscal, según sostiene la Fiscalía General del Estado en la Circular e Instrucción precitadas, con base en el art. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y en el art. 8.2 LEC⁶⁰.

Naturalmente, acordada la repatriación, ésta es susceptible de ejecución como cualquier acto administrativo *ex* art. 56 LRJAPPAC, si bien, como se acaba de indicar, la resolución puede ser objeto de impugnación por parte de los interesados, quienes, igualmente, podrán solicitar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la suspensión de la decisión de repatriación. A este respecto importa dar noticia de diversas resoluciones judiciales que conceden como medida cautelar la suspensión de la repatriación, en aplicación de los presupuestos de las medidas cautelares de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (p.e. las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de octubre, 6 de noviembre y 23 de noviembre de 2007, el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid de 6 de abril de 2006, el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 15 de Madrid de 20 de junio de 2006 y el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santander de 7 de septiembre de 2006)⁶¹. En este punto, no está de más recordar que en los arts. 129 a 136 de la precitada LRJAPPAC la concesión de las medidas cautelares se supedita a la pérdida de la finalidad legítima del recurso, debiendo el juez realizar una valoración de los intereses en presencia. Pues bien, en las resoluciones consultadas que acceden a la concesión de la medida cautelar se hace patente, por un lado, la generación de perjuicios de muy difícil reparación en caso de

(59) Ello de acuerdo con la tesis de algunos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo favorable a reconocerle capacidad procesal para la defensa de sus intereses en el orden contencioso-administrativo, cuestión esta que se tratará más detenidamente en el epígrafe 6.

(60) Vid. en el mismo sentido C. F. FÁBREGA RUIZ, *Protección jurídica...*, cit., 130; y Á. DE PALMA DEL TESO, «Los menores inmigrantes...», cit., p. 569.

(61) Sobre la competencia para la adopción de medidas cautelares en materia de extranjería —entre las que se encuentra, obviamente, la suspensión de la ejecución de las ordenes de repatriación— interesa advertir que, aunque corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en virtud de Acuerdo adoptado el 28 de noviembre de 2007, ha modificado el art. 42.5 del Reglamento 1/2005 de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, a fin de habilitar a los Juzgados de Guardia para acordar dichas medidas cuando sean instadas en día y hora inhábil y exijan intervención judicial inmediata.

ejecución inmediata de la repatriación del menor, a la vez que desde la perspectiva de los intereses en juego se constata la preeminencia del interés del menor sobre otro tipo de consideraciones⁶². Por lo demás, en el ámbito de la extranjería no es infrecuente que se soliciten las medidas cautelarísimas o provisionalísimas del art. 135 LJCA, esto es, aquellas que se conceden de inmediato y sin oír a la Administración, debido a la situación de urgencia que impide tramitar de modo ordinario la pieza separada de medidas cautelares. De hecho, se ha podido localizar algún auto —en particular, el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Huesca de 31 de julio de 2006— que adopta la medida cautelarísima dirigida a la suspensión de la orden de repatriación recurrida, en razón de las circunstancias concurrentes —posible inmediata salida de territorio español y procedencia de valorar los intereses en presencia al estar implicado un menor de edad—, a fin de evitar una frustración de la eventual concesión de la medida cautelar, como ocurriría si previamente a la misma se llegase a ejecutar el acto impugnado.

En cualquier caso, la ejecución de la repatriación debe llevarse a cabo por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, quienes procederán a la entrega del menor a las autoridades de frontera del país al que se repatrie (art. 92.4, 1ª parte del párr. 5ª y párr. 7º RD 2393/2004). Ahora bien, teniendo en cuenta que el principio que inspira esta medida es el de reagrupación familiar, la entrega a las autoridades de frontera sólo es factible cuando esté debidamente garantizado que el menor será reintegrado a su familia o, subsidiariamente, será puesto a disposición de los servicios de protección de menores del país de origen y, por supuesto, que no exista riesgo o peligro para su integridad (art. 92.4.5 *in fine* RD 2393/2004)⁶³. Por lo que se refiere a los gastos derivados de la repatriación, de acuerdo con el art. 92.4.8 RD 2393/2004, su desembolso corresponde a la familia del menor o servicios de protección de menores de su país y, subsidiariamente, al Estado español. No obstante, este extremo se ha visto matizado ulteriormente en lo que se refiere a los MENA procedentes de aquellos paí-

(62) Sirva de ejemplo la siguiente declaración de la STSJ de Madrid de 9 de octubre de 2007: «A la vista de lo expuesto [permanencia del menor en España desde 2005, informes educativos favorables, integración educativa y deseo manifestado del menor de continuar en España] y primando el superior interés del menor sobre cualquier otro, se considera más adecuado confirmar la suspensión acordada por el Auto apelado hasta tanto se dicte sentencia, no sólo por el perjuicio que supondría la ejecución de la repatriación y volver a reintegrarle en nuestro país, caso de estimarse el recurso, sino también porque se haría perder la finalidad legítima del recurso, dado que no es difícil pensar que se produciría una situación fáctica irreversible; sin que, por otro lado, la adopción de la medida cautelar lesiones los intereses generales o de un tercero».

Similares consideraciones ofrece el Defensor del Pueblo en su *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, cit., p. 332, para recomendar la adopción de dichas medidas cautelares.

(63) No obstante, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia viene alertando desde hace años sobre la práctica de malos tratos a los menores repatriados por parte de la policía de frontera de sus países de origen, por lo que exhorta a las autoridades españolas a que entreguen directamente los menores repatriados a sus familiares o los servicios de protección de menores de su país (*Troisième rapport sur l'Espagne* adoptado el 24 de junio de 2005, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2006, pp. 17 y 18, a consultar en www.coe.int/ecri). Igualmente, denuncian malos tratos a los menores repatriados, en concreto, por parte de la policía marroquí el Informe elaborado en 2004 por SOS Racismo bajo el título *Menores en las fronteras: de los retornos efectuados sin garantías a menores marroquíes y de los malos tratos sufridos*; y el Informe elaborado en 2006 por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía bajo el título *Entre la represión y la protección: Menores extranjeros no acompañados en Andalucía*.

ses con los que España ha firmado acuerdos de repatriación a que me referiré acto seguido. Así, en el acuerdo firmado con Senegal en 2006 el Estado español se compromete a cofinanciar las acciones de repatriación (art. 7) y en el firmado con Marruecos en 2007 (art. 7) a financiarlas en exclusiva.

Para finalizar, no pueden dejar de reconocerse, con todo, las dificultades que se plantean en la práctica a la hora de ejecutar las repatriaciones de los MENA, ya sea por la imposibilidad de localizar a la familia, por las carencias de los servicios de protección de menores de los países de origen, por la falta de colaboración de sus autoridades o por la oposición de las familias y del propio menor al retorno. Pese a ello, lo cierto es que las autoridades españolas siguen apostando por esta política en coherencia con las previsiones de la normativa de extranjería, mediante la firma de acuerdos con los principales países emisores de MENA —a fecha de hoy, con Rumanía, Marruecos y Senegal— dirigidos a la repatriación de dichos menores a sus países de origen, sin olvidar la previsión de acciones sobre prevención de la emigración y protección de los MENA que se encuentren en territorio español⁶⁴. De momento, no obstante, los resultados de esta política están pendientes de ser constatados⁶⁵, si bien ha sido muy contestada por diversas asociaciones de derechos humanos⁶⁶.

5. LA PERMANENCIA EN ESPAÑA: MEDIDAS DE PROTECCIÓN

El Estado español tiene la obligación de proteger a todos los menores que se encuentren en su territorio, incluidos los MENA, tal y como resulta tanto de los textos internacionales (art. 20 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño)⁶⁷ como nacionales (art. 9.6 Cc y art. 1 LO 1/1996 de Protección del Menor). Por consiguiente, todo menor extranjero que accede a territorio español es destinatario de la

(64) En particular, el Acuerdo entre Rumanía y España sobre cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos es de fecha de 15 de diciembre de 2005, el Acuerdo entre la República de Senegal y el Reino de España sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción es de fecha de 5 de diciembre de 2006 y el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y retorno concertado es de fecha de 6 de marzo de 2007. No obstante, cabe cuestionarse la vigencia del Acuerdo suscrito con Rumanía desde la incorporación de este país a la Unión Europea, toda vez que, silenciada esta cuestión tanto en el Tratado de adhesión de la República de Bulgaria y Rumanía a la Unión Europea como en las Medidas transitorias para Rumania (*Diario Oficial de la Unión Europea*, L 157, 21 de junio 2005), entiendo que los menores rumanos que acceden a nuestro país deben ser tratados como menores comunitarios.

(65) En concreto, por lo que se refiere a Senegal, según se ha podido leer en prensa (<http://www.eldia.es/2007-12-31/canarias/canarias1.htm>), este país tiene serias dificultades para aceptar de forma inmediata a sus menores repatriados debido, entre otras causas, a la carencia de un censo de población y a la imposibilidad de garantizar las reagrupaciones familiares. Por este motivo, Senegal ha solicitado a España que construya, a la mayor brevedad posible, centros de acogida y formación profesional.

(66) Vid. a este respecto las interesantes afirmaciones de A. BARGACH, E. ARCE y M. JIMÉNEZ, «El reto de los menores e(in)migrantes», cit., pp. 252-253.

(67) También la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países, art. 3.2; y la Observación núm. 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, apdo. 40.

protección que dispensa nuestro Ordenamiento jurídico a los menores, en igualdad de condiciones que un menor nacional⁶⁸.

De hecho, la intervención de los servicios de protección de menores se inicia desde el momento de la localización de un MENA en territorio español, en cuanto la legislación de extranjería (art. 35.1 LO 4/2000 y art. 92.1 RD 2393/2004) prevé que aquellos le prestarán la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección de menores⁶⁹. En aplicación de esta normativa, la concreta medida de protección a adoptar habrá de traducirse, a mi juicio, en la asunción de la tutela por la entidad pública de modo provisional. Conviene recordar a este respecto que, en general, las legislaciones autonómicas de protección de menores facultan a la Administración para adoptar la referida medida cautelar en aquellos casos de urgencia con grave riesgo para el menor que exijan una actuación inmediata⁷⁰. Pues bien, a mi modo de ver, no cabe duda que en tal situación se encuentran los MENA en atención a las circunstancias extremas en que acceden a nuestro país, lo que justifica, por consiguiente, que se les aplique en un primer momento tal medida de protección⁷¹. No obstante lo cual, parece ser que la Administración en numerosas ocasiones prescinde de esta previsión normativa en relación con los menores extranjeros, para limitarse a asumir una mera guarda de hecho⁷². En cualquier caso, ya se adopte una medida u otra, los servicios competentes para prestar la asistencia inmediata serán los de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se encuentre el menor, en cuanto las leyes autonómicas de protección de menores se rigen por el principio de territorialidad⁷³.

(68) De conformidad con las directrices internacionales en materia de protección de menores. Así, p.e. el aptdo. 145 del Proyecto conjunto UNICEF-Servicio Social Internacional *de Normas Internacionales para la protección de los niños privados de familia* declara que «los niños/as no acompañados o separados que ya se encuentran en el extranjero, deberían gozar del mismo grado de protección y cuidado que los niños/as nativos del país en cuestión».

(69) Esta previsión resulta coherente con el art. 14 LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y, asimismo, con los postulados internacionales (vid. p.e. el Informe del ACNUR *Los menores no acompañados y la protección de asilo*, aptdo. 3; o la *Declaración de Buenas Prácticas* del Programa «Menores no acompañados en Europa» desarrollado conjuntamente por el ACNUR y la organización internacional *Save the Children*, p. 20).

(70) Vid. art. 24.2 Ley 3/1995 de la infancia de la Región de Murcia, cuyo tenor reproducen en términos prácticamente idénticos el art. 60.2 Ley 12/2001 de la infancia y la adolescencia en Aragón y el art. 37.5 Ley 3/1999 del menor de la C.A. de Castilla-La Mancha; art. 33 Ley 1/1995 de protección del menor del Principado de Asturias; art. 31.2 Ley 7/1999 de protección de la infancia y la adolescencia de la C.A. de Cantabria; art. 62 Ley 14/2002 de promoción, atención y protección a la infancia de Castilla y León; art. 12.3 Ley 4/1994 de protección y atención a menores de la C.A. de Extremadura; art. 18.1 Ley 3/1997, de 9 de junio, de la familia, la infancia y la adolescencia de la C.A. de Galicia; art. 69.1 Ley 17/2006 integral de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears; y art. 53.1 Ley 1/2006 de protección de menores de La Rioja.

(71) De hecho, tal es la medida de protección que adopta en la práctica el servicio de protección de menores de la C.A. de Aragón, en aplicación del art. 60 Ley 12/2001 de la infancia y la adolescencia en Aragón, según información proporcionada por los responsables del Instituto Aragonés de Servicios Sociales (en concreto, por Covadonga BERJARANO BARRENA, Subdirectora provincial del IASS en Teruel y por Soledad SÁNCHEZ BLANCO, responsable del Servicio de Formación e Información del IASS en Zaragoza).

(72) Según hace constar F. J. DURÁN RUIZ, «Las Administraciones públicas...», cit., p. 18.

(73) Ello es así con base en las diversas leyes autonómicas de protección de menores que extienden su ámbito de aplicación a los menores que residan o se encuentren en su territorio, cualquiera que sea su nacionalidad o vecindad civil (p.e. art. 2 Ley 12/2001 de la infancia y la adolescencia en Aragón, art.

Posteriormente, una vez determinada la minoridad edad del sujeto, entiendo que la única medida de protección aplicable de las previstas legalmente es la asunción de la tutela automática por la Administración autonómica, previa declaración de desamparo en el oportuno expediente⁷⁴, sin que proceda una guarda administrativa sin tutela⁷⁵ o las medidas de protección vinculadas a la situación de riesgo⁷⁶, por cuanto la situación en que se encuentra el MENA no es otra —a mi juicio y como se ha defendido anteriormente— que la de desamparo. De haberse declarado el desamparo provisionalmente en un primer momento, en este momento habrá de darse cumplimiento por la Administración a los trámites de la declaración ordinaria. En cualquier caso, la resolución administrativa de desamparo y de asunción de la tutela no impide que posteriormente se proceda la repatriación del menor a efectos de su reagrupación familiar, de considerarse lo más conveniente para el interés del menor, según puede deducirse del art. 92.5.2 del Reglamento de Extranjería.

En caso de no procederse a la repatriación del menor a su país de origen, bien porque se haya resuelto la permanencia de éste en España o bien porque se haya acordado la repatriación del menor y ésta no haya podido ejecutarse, el menor quedará a cargo de los servicios de protección de menores con carácter permanente hasta su mayoría de edad o, en su caso, su emancipación⁷⁷. Es el momento oportuno para que la Administración declare el desamparo y asuma la tutela *ex lege* en caso de no haberlo hecho todavía y además proceda a regularizar la situación del menor⁷⁸.

En cuanto a la forma de ejercer la guarda de los MENA por parte de la Administración tutora, interesa señalar que se ha optado preferentemente por el acogimiento residencial, sobre todo cuando se trata de menores a partir de determinadas edades⁷⁹,

1 Ley 37/1991 sobre medidas de protección de los menores desamparados y la adopción de la C.A. de Cataluña, art. 2.1 17/2006, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears y art. 2.2 Ley 1/2006 de protección de menores de La Rioja).

(74) Según resulta de la propia legislación de extranjería (arts. 35.4, 40.j, 41.1.k LO 4/2000 y arts. 68.k, 72.3.e y 92.5.3 RD 2393/2004). Así también D. SENOVILLA HERNÁNDEZ, «Situación y tratamiento...», cit., pp. 39-40.

(75) Recuérdesse que una guarda administrativa sin tutela sólo procede *ex art.* 172.2 Cc cuando los padres o tutores del menor soliciten su asunción a la entidad pública competente por no poder atenderlo o cuando así lo decida el juez en aquellos casos que legalmente proceda, circunstancias que no concurren en el caso de los MENA.

(76) Discrepo en este punto de G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Inmigrantes menores de edad...», cit., p. 1622; y «Situación jurídica y protección de los niños extranjeros en España», en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 147, para quien los MENA se encuentran en situación de riesgo. Y es que, en atención a lo dispuesto en la legislación autonómica de protección de menores (p.e. art. 22 Ley 1/1998 de los derechos y la atención del menor de la C.A. de Andalucía, arts. 56 y 57 Ley 12/2001 de infancia y adolescencia en Aragón, art. 47 a 54 Ley 14/2002 de promoción, atención y protección a la infancia de Castilla y León, y arts. 40 a 47 Ley 1/2006 de protección de menores de La Rioja) difícilmente puede declararse un MENA en situación de riesgo, ya que ésta implica la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, de tal modo que la actuación de la Administración se limita a intentar eliminar dentro del grupo familiar los factores de riesgo, lo que no resulta operativo para un MENA, en cuanto ya está separado de su núcleo familiar.

(77) Y es que en el caso de los MENA no creo que resulte fácil la constitución de la tutela ordinaria y menos todavía de la adopción.

(78) De la regularización de la situación del menor me ocupo en el epígrafe 7.

(79) De acuerdo con G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Inmigrantes menores de edad...», cit., p. 1625.

sin perjuicio de que ocasionalmente se constituyan acogimientos familiares con familias de su misma etnia o religión⁸⁰. Por añadidura, dentro de la modalidad de acogimiento residencial la práctica varía sustancialmente de unas Comunidades Autónomas a otras. Así, p.e. en Cataluña se han creado centros específicos para MENA tanto en fase de primera acogida como en fase de permanencia. En Andalucía se promueven centros de acogida inmediata de estos menores, para después tratar de integrarlos en centros en los que se realiza el acogimiento residencial de los menores españoles. La Región de Murcia actúa, sin embargo, a la inversa, en cuanto que los menores ingresan de entrada en centros de primera acogida comunes y aquellos que no son repatriados pasan posteriormente a recursos residenciales específicos gestionados normalmente por asociaciones especializadas⁸¹. Y en cuanto a Aragón, las soluciones varían según provincias; así, mientras en Zaragoza existen centros especializados de primera acogida y de allí se les orienta posteriormente al recurso residencial más adecuado a sus características entre los existentes para los menores españoles, en Huesca y en Teruel entran directamente en centros de acogida comunes⁸².

De cualquier modo, a la hora de adoptar las concretas medidas de atención y acogimiento, resulta fundamental tener en cuenta las necesidades específicas del menor derivadas de su condición de MENA, así como sus propias circunstancias personales, lo que exige una formación especializada de los diferentes profesionales implicados⁸³. Por añadidura, de consolidarse su permanencia en nuestro país, resulta imprescindible garantizar su integración en el mismo, lo que pasa por la adopción, entre otras, de las siguientes medidas: el ofrecerle cursos de apoyo que le permitan adquirir el conocimiento del idioma, el garantizarle el acceso a los servicios de salud y un alojamiento digno, el garantizarle la continuidad en la educación —con apoyo especial, de necesitarlo—, así como el acceso a la formación profesional y el proporcionarle información adecuada de las tradiciones culturales y sociales de nuestro país⁸⁴.

6. CONFLICTO DE INTERÉS ENTRE EL MENOR EXTRANJERO TUTELADO Y LA ADMINISTRACIÓN QUE TIENE ATRIBUIDA LA TUTELA *EX LEGE*

Otro de los problemas que pueden suscitarse en relación con los MENA radica en la eventual presencia de intereses contrapuestos entre el menor extranjero tutelado y la entidad pública que tiene atribuida su tutela *ex lege*. Esta situación no es hipoté-

(80) Según información aportada por G. ESTEBAN DE LA ROSA, *id. ibid.* En concreto, C. F. FÁBREGA RUIZ, *Protección jurídica...*, cit., p. 149, se refiere a la puesta en marcha por la Junta de Andalucía de un plan de acogimiento de MENA con familias magrebíes residentes en la Comunidad Autónoma.

(81) Datos proporcionados por D. SENOVILLA HERNÁNDEZ, *Situación y tratamiento...*, cit., p. 37.

(82) Agradezco a Covadonga BEJARANO BARRENA, Subdirectora Provincial del IASS en Teruel el haberme proporcionado estos datos.

(83) Cfr. Servicio Social Internacional, «Niños no acompañados: Su protección, su acogimiento y sus derechos a su llegada al país de acogida», *Boletín*, núm. 8, 2007, p. 9. En términos similares se expresa Observación núm. 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, apdo. 40, ofreciendo una serie de pautas al respecto.

(84) Cfr. Servicio Social Internacional, «Niños no acompañados: Las condiciones de una integración duradera en el país de acogida», *Boletín*, núms. 11-12, 2007, p.11.

tica, en cuanto se ha localizado un Auto del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid de 6 de abril de 2006 en el que se nombra defensor judicial a un menor extranjero para garantizar sus posibilidades de defensa en el procedimiento en el que se conoce del recurso contra su repatriación, debido a que tanto la Administración autonómica que ostentaba la tutela como el propio Ministerio Fiscal son favorables a aquella, pese a la oposición del menor⁸⁵. Uno de los aspectos de interés que suscita la citada resolución radica en la posible falta de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para nombrar defensor judicial, competencia que fue discutida por la letrada de la Administración autonómica. Interesa señalar, no obstante, que el Juzgado se ratificó en su competencia en virtud de Auto con fecha de 24 de abril de 2006, por entender que el nombramiento de defensor judicial puede verificarse en interés del menor por el juez que conozca del asunto principal, cualquiera que sea su orden jurisdiccional, y ello con más motivo en un procedimiento de protección de derechos fundamentales, dado su carácter urgente y sumario⁸⁶. En cualquier caso, y al margen de esta polémica, con la decisión adoptada lo que hace el juez de lo contencioso es suplir la falta de capacidad procesal derivada de la minoridad del sujeto afectado. Posteriormente, esta tesis ha sido asumida por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de noviembre de 2007⁸⁷.

Sin embargo, cabe defender otra tesis interpretativa de la normativa aplicable en materia de capacidad procesal del menor, esto es, el art. 18 LJCA, según la cual debe admitirse la aptitud del MENA para comparecer en este tipo de procedimientos en atención a la índole personalísima de los derechos afectados, siempre —eso sí— que tenga juicio suficiente. De hecho, tal fue la tesis que adoptó el juez que nombró defensor judicial en el ámbito del procedimiento administrativo al dictar sentencia anu-

(85) Auto del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid de 6 de abril 2006: «En el caso, en el cual tanto el Abogado del Estado, como la fiscal, como la letrada de la CA Madrid, alegaron coincidentemente que lo más favorable es que el menor fuera repatriado para reunirse con sus padres en Marruecos, a pesar de que al menor la decisión adoptada por la Comisión de Tutela de la CA de Madrid no le satisface, procede nombrar un defensor judicial. Y ello sin que en modo alguno afecte la tutela que ostenta la Comisión de Tutela, que únicamente se ve afectada por el presente procedimiento. En efecto, se está en presencia de un supuesto en el que pueden darse intereses opuestos respecto de un asunto que afecta a la esfera personal y social del menor, debiendo primar el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, debiendo ser interpretadas de forma restrictiva las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores, a tenor del art. 3 LO 1/1996, de 15 Ene. (...), Ley esta última que debe interpretarse de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención 20 Nov. 1989 (Convención sobre los Derechos del Niño), debiendo los poderes públicos garantizar el respeto de los derechos de los menores y adecuar sus actuaciones a dicha Ley y a la normativa internacional».

(86) Auto del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid de 24 de abril 2006: «el procedimiento para la designación de defensor judicial puede llevarse a efecto en el seno del procedimiento en el que se suscite un conflicto de intereses entre el menor y quien ostente su representación legal, tanto más cuanto el procedimiento por el que se sustancia la solicitud lo es por el de protección de los derechos fundamentales de la persona, urgente y sumario, y como tal previsto en la Ley de Jurisdicción. Es obvio que cualquier Juzgado o Tribunal, con independencia del Orden Jurisdiccional donde se plantea el conflicto de intereses indicado debe, en interés del menor, propiciar el nombramiento de un defensor judicial».

(87) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de noviembre de 2007: «Dado que la entidad que ha asumido la tutela del menor extranjero es partidaria de la repatriación, el Juzgado debió de proceder al nombramiento de defensor judicial mediante providencia».

lando la resolución del Delegado del Gobierno por la que se acordó la repatriación (Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid de 25 de septiembre de 2006)⁸⁸. Posteriormente, se han dictado otras resoluciones judiciales en esta misma dirección; me refiero, en concreto, a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de octubre de 2007, a la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo de Huesca de 13 de octubre de 2006, a la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 15 de Madrid de 31 de mayo de 2007 y la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 20 de Madrid de 4 de diciembre de 2007⁸⁹.

(88) Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid de 25 de septiembre de 2006: «profundizando en la posibilidad apuntada en el Auto de 24 de abril de 2006, de que podía entenderse que el menor tenía capacidad suficiente para ejercer por sí mismo su derecho, al tratarse de una acción personalísima afectante a su esfera personal, familiar o social, nombrando Letrado de su confianza que le represente en juicio, dado el tiempo transcurrido desde dicha resolución que ha permitido una mayor reflexión sobre tal alternativa indiciada entonces, cabe concluir que, al amparo de lo prevenido en el artículo 18 de la LJCA, en relación con lo dispuesto en el artículo 162.1º del Código Civil (...) el menor B. E. tiene capacidad procesal suficiente ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo para la defensa de sus derechos fundamentales que invoca en dicho en el presente procedimiento, dado el carácter personalísimo de los mismos, así como la edad y madurez de aquél. En este sentido, debemos recordar que cabe diferenciar diversas etapas en la capacidad de obrar del menor, habiéndose acuñado en la doctrina el término ‘menor maduro’. Así el menor tiene una capacidad de obrar progresiva y, aún siendo menor, puede realizar diversos actos jurídicos con plena validez y eficacia, dependiendo de la edad que ostente (...) En esta línea, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), en su artículo 12 expresa que *los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño (...)* Además, la conclusión que aquí mantenemos que el menor B. E., dadas sus condiciones de edad y madurez, tiene capacidad de obrar suficiente para reclamar ante este orden jurisdiccional y por sí mismo la defensa de sus derechos de la personalidad, los cuales pueden relacionarse con los derechos fundamentales de la Constitución o protegibles en amparo, tiene fundamento no sólo en los argumentos expuestos, sino que resulta conforme con el principio general recogido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, conforme al cual *las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*».

(89) La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de octubre de 2007 asume los argumentos esgrimidos por el juzgador de instancia, «que tras analizar la normativa en la materia (art. 7 LEC, art. 18 Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, arts. 2, 3 y 9 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor) llega a la conclusión de que, dado que los menores de edad tienen capacidad procesal en el orden contencioso administrativo para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, sin necesidad de la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela y, dado que nos encontramos en presencia de un acto que afecta a la personalidad del menor, no puede ponerse en tela de juicio su capacidad para comparecer en juicio a la vista de sus condiciones de madurez, añadiendo que el pasado 29 de julio cumplió 18 años».

Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo de Huesca de 13 de octubre de 2006: «La Sra. Abogado del Estado ha aducido una causa de inadmisión relacionada con la ausencia de capacidad procesal del menor, lo que difícilmente puede admitirse (...) a partir de las cláusulas generales sobre la capacidad de los menores presentes en la Ley Orgánica de Protección del Menor (arts. 2 y 9)».

Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 15 de Madrid de 31 de mayo de 2007: «La falta de capacidad del menor que se esgrime como motivo para la inadmisibilidad del recurso no puede ser compartida por el juzgado, de un lado, porque, como ya quedó dicho en su momento, (cuando se resolvió la solicitud de medidas cautelares), en la medida en que la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor no sólo contempla el derecho de que el menor tiene de ser oído en todo proceso judicial en que esté directamente implicado, sino también, cuando tenga suficiente juicio, el de que se garantice que lo pueda ejercitar por sí mismo o a través de la persona que designe para que le repre-

7. LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA

De la regularidad de la situación del MENA en su condición de extranjero se ocupa la Ley Orgánica de Extranjería en su art. 35.4, según el cual la residencia de los menores extranjeros tutelados por una Administración pública es regular a todos los efectos⁹⁰.

En concreto, en los términos no exentos de ambigüedad en que se expresa el art. 92.5 del Reglamento de Extranjería, la regularización no parece ser posible sino una vez transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores; esto es, sólo a partir del transcurso de ese plazo y no antes el menor tiene derecho a obtener de la Administración del Estado la autorización de residencia a que se refiere el precitado precepto, previa la correspondiente solicitud⁹¹. No obstante, en una lectura correctora del precepto parece razonable entender que el plazo de nueve meses es un máximo, por lo que no es necesario

sente, ningún obstáculo procesal se puede oponer a que el recurso se haya formalizado en los términos y bajo la forma en que se ha hecho [por el propio menor, otorgando posteriormente poder de representación a favor de un abogado]; y menos aún en este caso en que la situación puntal del menor que se nos plantea pone de manifiesto, bien a las claras, que su interés resulta contrapuesto al de las demás Administraciones Públicas, ya que, mientras el uno no quiere, de ninguna de las maneras, volver a su país con su familia, las otras quieren reintegrarlo; siendo de destacar, además, que por su edad, cuenta con diecisiete años y grado de madurez, y por aplicación de lo dispuesto en los arts. 162, 319, 323 y demás concordantes del C.c. y legislación especial, ningún inconveniente existe para que pueda comparecer por sí ante los Tribunales de Justicia. Pero es que además, como ahora la propia Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su art. 18, atribuye capacidad procesal además de a las personas que la ostenten con arreglo a la LEC, a los menores de edad para la defensa de aquellos derechos e intereses legítimos cuya actuación les esta permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela, mal se le podría negar capacidad para promover y comparecer en éste, cuando lo que se está poniendo en cuestión es, ni más ni menos, un derecho tan personal, o personalísimo, como el de devolverlo a su país de origen; sobre todo si advertimos (...) que esta devolución o repatriación se ha llevado a cabo bajo un procedimiento que, a lo que parece, no ha respetado unas mínimas garantías de publicidad, imparcialidad y audiencia del afectado».

Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 20 de Madrid de 4 de diciembre de 2007, que hace suyo el contenido del Auto dictado por el mismo Juzgado de fecha 19 de junio de 2007 en la pieza de medidas cautelarísimas, donde puede leerse lo siguiente: «Al amparo de dicho precepto [art. 18 LJCA] y dado que se impugna un decreto de repatriación que afecta al menor, ello supone para el actor un interés legítimo indudable procede estimar su capacidad procesal. Por todo ello y sin necesidad de proceder al nombramiento de un defensor judicial (...) que integre la capacidad procesal que se reconoce plenamente al sólo efecto del presente recurso, procede desestimar la causa de inadmisibilidad». En la doctrina defienden esta tesis C. F. FÁBREGA RUIZ, *Protección jurídica...*, cit., p. 130; y Á DE PALMA DEL TESO, «Los menores inmigrantes...», cit., p. 571.

(90) Por este motivo, según indica la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado, aunque el vigente Reglamento de Extranjería no lo afirme con la rotundidad con que lo hacía el art. 13 del Reglamento derogado, los menores extranjeros que se encuentran en España en situación de desamparo no pueden ser objeto de una medida de expulsión.

(91) De hecho, tal es la interpretación de buena parte de la doctrina. Vid., p.e. P. AGUELO NAVARRRO y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Normativa comentada...*, cit., p. 618, para quienes se está condenando al menor a un limbo jurídico durante nueve meses, dando lugar a un incumplimiento de los principios rectores en materia de protección de menores; G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Inmigrantes menores de edad...», cit., p. 1622, y en coautoría con C. MOLINA NAVARRETE y E. ARCE JIMÉNEZ, *La inmigración extranjera*, cit., p. 124; M. DE LORENZO SEGRELLES, en *Comentarios a la Ley de Extranjería*, cit., p. 867; B. CAMPUZANO DÍAZ, en *Derecho de extranjería...*, cit., p. 431; y F. J. DURÁN RUIZ, «Las Administraciones públicas...», cit., p. 34.

esperar al transcurso del mismo para tramitar la autorización de residencia⁹². Asimismo, dista de resultar clara la expresión «haber sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores», pudiendo interpretarse en el sentido de que el MENA haya sido incorporado al servicio de protección de menores, cualquiera que sea la medida de protección adoptada, sentido que personalmente me parece más adecuado, dada la amplitud de la fórmula legal⁹³; o por el más restrictivo de que se haya constituido formalmente la tutela *ex lege*⁹⁴.

En todo caso, el otorgamiento de la autorización de residencia se condiciona a que se acredite la imposibilidad de retorno del menor con su familia o al país de origen (art. 35.4 LO 4/2000)⁹⁵, requisito que debe entenderse cumplido, a mi modo de ver, no sólo cuando se haya acordado la repatriación del menor y ésta no se haya podido ejecutar como prevé el precitado art. 92.5 del Reglamento, sino también cuando se haya resuelto la permanencia de aquél en España, una vez valoradas las circunstancias concurrentes⁹⁶. Por añadidura, la Administración del Estado suele tener en cuenta los informes sobre el comportamiento de los menores y su historial delictivo a la hora de conceder o denegar la autorización de residencia, lo que constituye una clara vulneración de la LO 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal que prohíbe en su art. 4 el uso de datos personales para finalidades incompatibles con los objetivos para los que fueron recabados⁹⁷.

En cuanto a la legitimación para instar de la Administración del Estado la concesión de la autorización de residencia para el menor, se atribuye por el precitado artículo a la propia entidad pública que ejerce la tutela⁹⁸, sin perjuicio de la que

(92) Así también la *Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre las responsabilidades de las Administraciones sobre los menores no acompañados* de 2006, principio de actuación núm. 2. En la misma línea, el Defensor del Pueblo en su Informe de 2004, pp. 428-432 (<http://www.defensordelpueblo.es>), entiende que es posible presentar la solicitud antes de los nueve meses y que, incluso, es recomendable para evitar los perjuicios que se derivan para quienes alcancen la mayoría de edad durante la tramitación del permiso de residencia. No obstante, según hace constar D. SENOVILLA HERNÁNDEZ, *Situación y tratamiento...*, cit., p. 44, normalmente las gestiones para solicitar la autorización de residencia no se inician antes de ese plazo, provocando retrasos considerables en la obtención de la documentación por parte de los menores.

(93) Participa, asimismo, de esta opinión la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado; y, en la doctrina, Francisco ALONSO PÉREZ, *Régimen jurídico del extranjero en España*, 4ª ed., Ministerio del Interior-Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 302; Pablo ÁLVAREZ LÓPEZ, «La concesión de la autorización de residencia a menores extranjeros no acompañados. Comentario a varias sentencias del TSJ de Castilla-La Mancha», *Actualidad Administrativa*, 2004-II, pp. 2069 y 2079; y Á. DE PALMA DEL TESO, «Los menores inmigrantes...», cit., p. 560.

(94) Tal es la interpretación de I. LÁZARO GONZÁLEZ, «Menores extranjeros no acompañados...», cit., p. 158; y D. SENOVILLA HERNÁNDEZ, *Situación y tratamiento...*, cit., p. 44.

(95) Este requisito ha sido incorporado novedosamente al art. 35 de Ley Orgánica de Extranjería en su redacción dada por la LO 14/2003.

(96) Así también F. J. DURÁN RUIZ, «Las Administraciones públicas...», cit., p. 34. En relación con este requisito, adviértase con P. ÁLVAREZ LÓPEZ, «La concesión de la autorización de residencia...», cit., p. 2077, que una motivación bastante común en las resoluciones denegatorias de autorización de residencia a los MENA es que no se haya instado la repatriación; esto es, la Administración se basa en su propia inactividad para motivar la denegación de la autorización de residencia.

(97) Según denuncia *Human Rights Watch* en su Informe *Responsabilidades no bienvenidas...*, cit. (http://hrw.org/spanish/reports/2007/spain_0707/).

(98) Esta actuación de la entidad tutora se encuentra, asimismo, prevista en el art. 10.4 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

puedan tener otras personas en función de los criterios del procedimiento administrativo.

En cualquier caso, la autorización de residencia correspondiente a los MENA opera retroactivamente, en cuanto que, según dispone el art. 35.4 de la Ley Orgánica de Extranjería, una vez concedida, sus efectos se retrotraerán al momento en que el menor fue puesto a disposición de los servicios de protección de menores⁹⁹; previsión de gran relevancia a efectos de facilitar la integración del menor en nuestro país, vía la ulterior concesión de la autorización de residencia permanente o de la nacionalidad española¹⁰⁰.

En efecto, aunque la autorización de residencia que se otorga a estos menores tenga carácter temporal —un año renovable—, el art. 72.3 letra e) del Reglamento de Extranjería les reconoce el derecho a la autorización de residencia permanente una vez alcanzada la mayoría de edad, siempre que hayan estado bajo tutela administrativa durante los cinco años consecutivos inmediatamente anteriores. Ello implica que el extranjero tiene autorización para residir en España indefinidamente y a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles (art. 71 RD 2393/2004). Con todo, dicha previsión no deja de ser discutible, en cuanto dispensa idéntico tratamiento a un MENA que a cualquier extranjero, al exigirle el mismo periodo de residencia legal de carácter temporal que se precisa con carácter general para acceder a la situación de residencia permanente (art. 32.2 LO 4/2000 y art. 72.1 RD 2393/2004), pese a incluirse entre los supuestos especiales destinados a favorecer el acceso a esta situación¹⁰¹. Ello sin olvidar la problemática derivada del hecho de que muchos de estos menores, por tener edades próximas a la mayoría de edad, no alcanzan a cubrir el periodo de cinco años exigido legalmente, de tal manera que, una vez que dejan de ser tutelados por la Administración, pasan a engrosar el número de inmigrantes ilegales¹⁰².

Por añadidura, los MENA gozan de un régimen privilegiado de acceso a la nacionalidad española, ya que el art. 22.2 letra c) Cc sólo exige el plazo de un año de residencia legal al menor extranjero que haya estado bajo la tutela, guarda o acogimiento legal de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos. Resulta, por tanto, más sencillo para un MENA obtener la nacionalidad española que el permiso de residencia permanente, lo que no deja de resultar paradójico¹⁰³.

(99) Expresión esta última que, a mi juicio, debe entenderse en el sentido propuesto con anterioridad, esto es, prescindiendo de que la entidad pública haya asumido formalmente (o no) la tutela *ex lege*.

(100) Destacan, asimismo, la importancia de esta previsión normativa B. CAMPUZANO DÍAZ, en *El nuevo Derecho de Extranjería*, cit., p. 267; y Á. DE PALMA DEL TESO, «Los menores inmigrantes...», cit., pp. 561-562.

(101) Como advierte B. CAMPUZANO DÍAZ, en *Derecho de extranjería...*, cit., pp. 531-532, la inclusión de los MENA entre los supuestos especiales tenía más sentido en la anterior redacción del Reglamento de Extranjería, que sólo exigía haber estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los tres años consecutivos inmediatamente anteriores (art. 42.2.f).

(102) Esta situación ha sido denunciada por *Human Rights Watch* en su Informe *Responsabilidades no bienvenidas...* (http://hrw.org/spanish/reports/2007/spain_0707/) y también ha podido leerse en la prensa (http://www.elfarocelamilla.es/index.php?option=com_content&task=view&id=6438&Itemid=59).

(103) No obstante, según hace constar *Human Rights Watch* en su Informe *Responsabilidades no bienvenidas...*, cit., nunca se ha concedido la nacionalidad española a un MENA (http://hrw.org/spanish/reports/2007/spain_0707/).

En otro orden de cosas, debe advertirse que, en atención a lo dispuesto en el art. 92.5.2 del Reglamento, la autorización de residencia no impide la ulterior repatriación del menor, de poder efectuarse ésta. En una primera aproximación esta previsión merece una valoración positiva, en cuanto que resulta a todas luces lógico que de cambiar la situación familiar del menor tras su regularización, éste sea devuelto a su familia y país de origen, en aplicación del principio del interés del menor. No obstante lo cual, no puede dejar de reconocerse que con la misma se deja a los MENA en una cierta situación de incertidumbre que puede impedir que el trabajo de integración con estos menores resulte fructífero¹⁰⁴.

Finalmente, interesa destacar que, para evitar que pueda resultar perjudicado el menor que alcance la mayoría de edad sin haber obtenido la autorización de residencia —y es que no debe olvidarse que muchos de estos menores tienen una edad próxima a los dieciocho años—, se incorporó una nueva previsión en el Reglamento en virtud de la reforma de 2004, el art. 92.5.3, según el cual la entidad pública que ejerce la tutela puede recomendar la concesión al menor de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales¹⁰⁵. En una primera valoración, esta disposición debe considerarse acertada, en cuanto da respuesta a un problema que venía planteándose en la práctica y que carecía de regulación normativa, sin perjuicio de la jurisprudencia vertida sobre el particular¹⁰⁶. Puede formularse, sin embargo, la objeción de que otorga un amplio margen de discrecionalidad a la Administración, en atención a los términos en que se expresa («podrá recomendar»)¹⁰⁷. Con todo, parece razonable que se haga depender tal «recomendación» de que en el periodo que haya permanecido tutelado el menor haya participado «adecuadamente» en las acciones formativas y actividades programadas de dicha entidad para favorecer su integración social.

8. LA AUTORIZACIÓN DE TRABAJO

Otra cuestión a tratar en relación con los MENA se refiere a sus posibilidades de incorporación al mercado laboral español, ya que, como se ha señalado inicialmente, una de las motivaciones principales que llevan a estos menores a abandonar su familia y país de origen radica en la consecución de un empleo. Pues bien, esta cuestión

(104) En tales términos se expresa el Defensor del Pueblo en su Informe de 2004, cit., p. 433, recomendando que esta previsión sea objeto de una especial mesura, por la pérdida de expectativas que puede producirse en el desarrollo personal, cultural y emocional del menor. Advierten, asimismo, de este potencial peligro F. J. DURÁN RUIZ, «Las Administraciones públicas...», cit., pp. 25, 37 y 38; e I. LÁZARO GONZÁLEZ, «Menores extranjeros no acompañados...», cit., p. 159.

(105) La autorización de residencia por circunstancias excepcionales se contempla en el art. 31.3 LO 4/2000, desarrollado reglamentariamente por el art. 45 RD 2393/2004.

(106) Me refiero, en concreto, a las SSTs de Justicia de Castilla-La Mancha de 7 de julio de 2003 y de 12 y 14 de enero de 2004 que confirman las sentencias de instancia en que se reconoce a unos extranjeros tutelados por la Administración hasta la mayoría de edad el derecho a la concesión de una autorización de residencia temporal por la circunstancia excepcional prevista en el entonces vigente art. 41.3.c del Reglamento de Extranjería, esto es, por razones humanitarias. Da cumplida noticia de estas sentencias P. ALVÁREZ LÓPEZ, «La concesión de la autorización de residencia...», cit., pp. 2077-2079.

(107) En tales términos se expresa B. CAMPUZANO DÍAZ, en *Derecho de Extranjería...*, cit., p. 432, y en *Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjería*, cit., p. 214, cuya opinión comparto plenamente.

es abordada por la normativa de extranjería en virtud de una serie de preceptos que tratan de facilitar el acceso de los MENA mayores de dieciseis años al mercado de trabajo y, por ende, su integración en la sociedad¹⁰⁸, aunque ciertamente dotando de un amplísimo margen de discrecionalidad a la Administración que ejerce su tutela, como podrá comprobarse a continuación¹⁰⁹.

Así, tales menores, una vez que obtienen la autorización de residencia, pasan a tener un acceso preferencial —esto, es determinado por la no consideración de la situación nacional de empleo— a una autorización de trabajo. Ello resulta del art. 40 letra k) de la Ley Orgánica de Extranjería que incluye entre los sujetos con derecho a obtener autorización de trabajo sin tener en cuenta la situación nacional de empleo a «los menores extranjeros con permiso de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente», en concreto, para aquellas actividades que, a criterio de la referida entidad, favorezcan su integración social¹¹⁰.

Es más, en caso de que no cuenten con autorización de residencia, están exentos de la obligación de obtener permiso de trabajo para desarrollar aquellas actividades o programas de educación o formación que redunden en su beneficio a juicio de la entidad pública que ejerza su tutela. Esta situación debe probarse con la acreditación del ejercicio de la tutela por la entidad pública correspondiente, así como mediante la presentación por parte de ésta de la propuesta de actividad que favorezca la integración social del menor (art. 41.1.k LO 4/2000 y arts. 68.k y 92.5.1 *in fine* RD 2393/2004)¹¹¹.

Tampoco necesitan autorización de trabajo aquellos MENA que obtengan la autorización de residencia permanente al alcanzar la mayoría de edad por reunir los requisitos del art. 72.3 letra e) del Reglamento de Extranjería.

9. LA NECESARIA COORDINACIÓN DE LOS AGENTES IMPLICADOS

El análisis de los diferentes problemas jurídicos que afectan a los MENA pone de manifiesto la intervención de diversos agentes en el tratamiento del menor, atendiendo a intereses distintos e, incluso, contrapuestos. Así, mientras la lucha contra la inmigración irregular compete a la Administración del Estado, la protección de menores es responsabilidad de las Administraciones autonómicas, ello sin olvidar la intervención del Ministerio Fiscal, de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y de las instituciones sanitarias. El resultado de este panorama ha sido frecuentemente un cruce

(108) La importancia de facilitar a los MENA el acceso al mercado de trabajo ha sido puesta de relieve por los textos internacionales. Sirva de ejemplo la reciente Recomendación CM/Rec (2007) 9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los proyectos de vida a favor de los menores inmigrantes no acompañados de 12 de julio de 2007.

(109) Así también D. SENOVILLA HERNÁNDEZ, «El estatuto jurídico de los menores...», cit., pp. 67-68.

(110) Este precepto debe su redacción a la LO 8/2000, sin que prosperase una enmienda del Grupo Parlamentario catalán favorable a recoger este supuesto como excepción a la autorización de trabajo, en vez de como excepción a la situación nacional de empleo.

(111) El art. 41.1.k) fue incorporado a la LO de Extranjería por la LO 14/2003.

de acusaciones mutuas entre las diferentes instituciones implicadas sin conseguir una actuación coordinada¹¹².

Pues bien, la necesidad de coordinación de las actuaciones de las instituciones intervinientes llevó hace unos años al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a crear un grupo de trabajo para el análisis del problema en el marco del Observatorio de la Infancia. Como consecuencia de los trabajos de este grupo se elaboró en diciembre de 2002 un Protocolo de coordinación institucional para la intervención con menores extranjeros no acompañados en el que se especifican las acciones a realizar por cada institución u organismo responsable desde que se constata la existencia en nuestro país de un menor de estas características. Con posterioridad, dicho Protocolo ha sido actualizado en virtud de acuerdo adoptado en la reunión del Grupo de Menores No Acompañados de 14 de noviembre de 2005, a fin de adecuarlo al Reglamento de Extranjería¹¹³.

10. REFLEXIÓN FINAL

A modo de conclusión final interesa subrayar que la normativa aplicable a los menores extranjeros no acompañados está condicionada por dos intereses que, en general, se encuentran contrapuestos.

En efecto, de un lado, la legislación de extranjería pretende que los extranjeros que residan en España lo hagan de modo legal, por lo que una de las consecuencias de la residencia ilegal es con carácter general la expulsión. Este principio encuentra una cierta plasmación en la figura de la repatriación de menores, en cuanto que constituye también una salida del territorio español que puede imponerse coactivamente.

Sin embargo, esta misma regulación establece una serie de mecanismos de control dirigidos a garantizar el interés del menor que pueden entrar en oposición con la anterior finalidad de repatriar a aquellos extranjeros que se encuentran en España irregularmente. Como se ha visto, la aplicación judicial ha dado prevalencia al interés del menor, lo que debe ser valorado de modo positivo, debido a que el principio de protección del menor goza del máximo reconocimiento en la regulación nacional e internacional y constituye, además, una de las señas de identidad de las sociedades democráticas avanzadas.

Zaragoza, febrero de 2008

(112) Esta problemática ha sido denunciada por la propia Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2006.

(113) Dados los términos generales en que se expresa el referido Protocolo, la Fiscalía General del Estado ha puesto de relieve en su Circular 2/2006 la necesidad de elaborar Protocolos de desarrollo a nivel provincial, con intervención de los diferentes organismos implicados. De hecho, puede darse noticia de la elaboración en Guipúzcoa de un protocolo de actuación en 2007, fruto de los acuerdos adoptados por las diversas entidades con responsabilidad en materia de MENA (<http://www.intermigra.info/extranjeria/index.php>).

Intervención de D. Carlos SANCHO

INTERVENCION CON MENORES EN CONFLICTO SOCIAL:
REFORMA Y PROTECCION

SUMARIO: 1. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA LEY PENAL DEL MENOR. 1.1. La ley penal del menor. 1.2. La edad penal. 1.3. Momento concreto. 1.4. ¿Qué pasa con los menores de 14 años? 1.5. Ministerio Fiscal. 1.6. Magistrado-Juez menores especialista. 1.7. *Habeas corpus* Juez Instrucción. 1.8. Detención policial. 1.9. Obligatoriedad de la policía judicial de recabar la asistencia letrada a todo imputado o sospechoso de delito, este detenido o en libertad cuando se le tome declaración, sea menor o mayor de edad. 1.10. Acusación particular. víctimas-perjudicados. 1.11. Medidas cautelares. 1.12. Medidas judiciales definitivas. 1.13. Duración de las medidas. 1.14. Modificación de las medidas. 1.15. Recursos contra las sentencias del juez menores. 1.16. Mayoría de edad del condenado (Art. 14 LO 5/2000, según redacción dada por la lo 8/2006). 1.17 Responsabilidad civil. 1.18. Ejecucion del fallo civil de oficio en el mismo ER del Juzgado Menores. Aplicación supletoria del incidente del Art. 794.1 LECR. 2. RESUMEN MENORES REFORMA. 3. PROTECCIÓN. 3.1. Concepto de protección. 3.2. Proteccion en el codigo civil. 3.3. Proteccion en la Ley aragonesa 12/2001, 2 julio, de la infancia y adolescencia en Aragón. 3.4. Ley Enjuiciamiento civil, Ley 1/2000, 7 enero. 3.5. Aspectos prácticos menores desamparados en un puesto de la GC o policía. 3.6. Actuaciones practicas fiscalía de menores con relación a denuncias padres a hijos menores de edad. 3.7. Menores víctimas de violencia doméstica. 3.8. Menores en absentismo escolar. 3.9. Alcohol y menores: art. 40, art. 96.3.r y art. 99 ley aragonesa de la infancia y adolescencia en aragon. 3.10. Proteccion extranjeros menores de edad. Art. 35 LO 4/2000, de extranjería. 4. TESTIFICAL DE CARGO DE LOS MENORES AGREDIDOS EN LA VIOLENCIA DOMESTICA. 5. PUNTOS DE ENCUENTRO EN LA VIOLENCIA DOMESTICA. 6. DIRECCIONES Y TELEFONOS FISCALÍA DE MENORES ZARAGOZA.

1. REFORMA: ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA LEY PENAL DEL MENOR: LO 5/2000

1.1. *La Ley Penal del Menor (Ley Orgánica 5/2000, 12 enero, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES) entró en vigor el 13 enero 2001 y ha sido recientemente modificada por la LO 8/2006, de 4 diciembre (BOE 5 diciembre), entrando en vigor esta importante reforma a los dos meses, el 5 febrero 2007.*

LO 5/2000: «Entrada en vigor y desarrollo reglamentario.

1. *La presente Ley Orgánica entrará en vigor al año de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». En dicha fecha entrarán también en vigor los artículos 19 y 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

2. *Durante el plazo mencionado en el apartado anterior, las Comunidades Autónomas con competencia respecto a la protección y reforma de menores adaptarán su normativa para la adecuada ejecución de las funciones que les otorga la presente Ley.*

LO 8/2006: Disposición final segunda. Entrada en vigor.

La presente Ley Orgánica entrará en vigor a los dos meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», con excepción de su disposición final primera, que lo hará el día siguiente al de dicha publicación.

1.2. La LO 5/2000 Fija la edad penal de los menores entre los 14-18 años (mayores de 14, menores de 18) a tenor de su art. 1.1:

*Art. 1.1 LO 5/2000: «Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de **catorce años** y menores de **dieciocho** por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales».*

1.3. La edad a tener en cuenta siempre será la que tenga el menor en el momento de la comisión de los hechos:

*Art. 5.3:»Las edades indicadas en el articulado de esta Ley se han de entender siempre referidas al **momento de la comisión de los hechos**, sin que el haberse rebasado las mismas antes del comienzo del procedimiento o durante la tramitación del mismo tenga incidencia alguna sobre la competencia atribuida por esta misma Ley a los Jueces y Fiscales de Menores».*

Art. 2. 9 RD 1774/2004, 30 julio, por el que se aprueba el Reglamento de la ley penal del menor:

Cuando la policía judicial investigue a una persona como presunto autor de una infracción penal de cuya minoría de edad se dude y no consten datos que permitan su determinación, se pondrá a disposición de la autoridad judicial de la jurisdicción ordinaria para que proceda a determinar la identidad y edad del presunto delincuente por las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una vez acreditada la edad, si esta fuese inferior a los 18 años, se procederá conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

1.4. ¿Qué pasa con los menores de 14 años? Art. 3 LO 5/2000 y art. 8.6 RD 1774/2004, 30 julio, Reglamento de la Ley penal del menor

Los menores de 14 años, aunque hayan cometido delitos graves (homicidios, asesinatos, violaciones, etc.) o menos graves (robos con fuerza, hurtos, atracos, etc.) están exentos de toda responsabilidad penal; y únicamente pueden quedar sujetos al control de la respectiva Comunidad Autónoma en el ámbito de protección de menores, dando lugar a una situación de *riesgo social, guarda administrativa o desamparo* (que se estudia más adelante) cuando se considere necesaria tal intervención administrativa, por lo que nunca tendrán juicio ante el Juzgado de Menores por los hechos cometidos hasta esa edad de 14 años, ni podrán ser detenidos ni tendrán antecedentes penales en la justicia de menores.

EN ARAGON A TRAVES DEL IASS (INTITUTO ARAGONES DE SERVICIOS SOCIALES: Art. 85 Ley 12/2001, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón.

Y concretamente a través del Servicio del EMCA (Educadores Medio Abierto Menores Catorce Años).

*Art. 3 LO 5/2000: «Régimen de los menores de catorce años. Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre **protección de menores** previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero».*

Art. 8.6 RD 1774/2004, 30 JULIO, REGLAMENTO DE LA LEY DEL MENOR: MENORES EN CONFLICTO SOCIAL:

Art. 8.6. *Cuando de conformidad con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, el juez de menores o el Ministerio Fiscal remitan a la entidad pública de protección de menores **testimonio de particulares sobre un menor de 14 años**, será dicha entidad la competente para **valorar la situación y decidir si se ha de adoptar alguna medida**, conforme a las normas del Código Civil y la legislación de **protección de menores**.*

1.5. Ministerio Fiscal

El Fiscal es el único órgano competente para la *investigación e instrucción* de los hechos delictivos que cometan estos menores entre 14-17 años.

Nunca el Juez de Menores o el Juez de Instrucción.

*Art. 6 LO 5/2000: «De la intervención del Ministerio Fiscal. Corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual **dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento**».*

Por lo tanto, el Fiscal es el órgano competente para tramitar las denuncias (Atestados) contra los menores entre 14-17 años: Art. 16.1.2:

Art. 16.1.2 LO 5/2000: Incoación del expediente.

1. Corresponde al **Ministerio Fiscal** la **instrucción** de los procedimientos por los hechos a los que se refiere el artículo 1 de esta Ley.

2. Quienes tuvieren noticia de algún hecho de los indicados en el apartado anterior, **pre-suntamente cometido por un menor de dieciocho años, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal**, el cual admitirá o no a trámite la **denuncia**, según que los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito; custodiará las piezas, documentos y efectos que le hayan sido remitidos, y **practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinentes**

para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión, pudiendo resolver el archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido. La resolución recaída sobre la denuncia deberá notificarse a quienes hubieran formulado la misma.

Es decir, toda actuación relativa a estos delincuentes menores, MAYORES DE 14 Y MENORES DE 18 años, se solventará por las distintas Fiscalías de Menores que están ubicadas en las diferentes capitales de provincia de toda España, con competencia territorial para toda la provincia respectiva (Art. 96.1 LOPJ).

Por lo tanto, EN ZARAGOZA Y PROVINCIA toda actuación relativa a estos delincuentes menores, MAYORES DE 14 Y MENORES DE 18 años, se solventará en la Fiscalía de Menores de Zaragoza que está situada en la c/ La Gasca 7 de Zaragoza. La Fiscalía de Menores tiene Servicio de Guardia de 17-20 horas por las tardes; sábados de 9-14 horas y 17 a 20 horas; domingos y festivos de 10 a 14 horas. Y en cualquier caso el Fiscal de Guardia del Juzgado de Guardia, que actúa también como Fiscal de Menores está de Guardia las 24 horas.

PRINCIPIO DE DESPENALIZACIÓN.

EL FISCAL PUEDE DESISTIR DE INCOAR PROCEDIMIENTO CONTRA EL MENOR, SIENDO SUFICIENTE UNA RESPUESTA EDUCATIVA POR PARTE DE SU FAMILIA O DE LA COMUNIDAD AUTONOMA: En este caso los hechos cometidos tienen que ser delitos menos graves sin violencia o intimidación o faltas:

Art. 18 LO 5/2000, REFORMADO LO 8/2006: «Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar.

«El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado.

No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el artículo 27.4 de la presente Ley».

En la práctica de la Fiscalía Menores de Zaragoza, este mecanismo del Principio de Despenalización lo estamos utilizando, fundamentalmente, para menores primarios (que no tienen antecedentes en la Fiscalía, ya que en nuestro sistema informático no está registrado el menor) y cuando hayan cometido sobretodo Faltas penales: hurtos en supermercados o grandes superficies cuyos objetos sustraídos se devuelven, falta de respeto a la Policía que se arrepienten cuando declaran ante el GRUMEN, EMUMEN o en Fiscalía. Puede representar de un 5% a un 10% de las Diligencias Preliminares.

Si se aplicase este principio de despenalización del citado Art. 18 LO 5/2000 se debe advertir que queda imprejuizada la acción civil de los perjudicados en la jurisdicción de menores, y que por lo tanto los denun-

cientes deberían reclamar por ellos mismos ante la justicia civil de mayores (Juzgados de I^a Instancia) con abogado y procurador si los daños y perjuicios exceden de la cantidad de 900 euros (Art. 23 y 31 LEC).

PRINCIPIO DE DESJUDIALIZACIÓN. SOLUCIONES EXTRAJUDICIALES. (Art. 19 LO 5/2000 y Art. 5 RD 1774/2004, 30 JULIO REGLAMENTO DE LA LEY DEL MENOR).

TAMBIÉN EL FISCAL PODRÁ DESISTIR DE LA CONTINUACIÓN DEL EXPEDIENTE DE REFORMA SI EL MENOR SE RECONCILIA CON LA VÍCTIMA Y ESTA ACEPTA LAS DISCULPAS DEL MENOR O HAY UNA REPARACION: el hecho también tiene que ser falta o delito menos grave, aunque puede mediar violencia o intimidación (atentados, amenazas, robos con intimidación de poca entidad, lesiones no muy graves, etc). (Art. 19):

Art. 19 LO 5/2000, REFORMADO LO 8/2006: «Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

*2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la **conciliación** cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por **reparación** el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.*

3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores.

Art. 5 RD 1774/2004, 30 JULIO, REGLAMENTO DE LA LEY DEL MENOR:

Artículo 5. *Modo de llevar a cabo las soluciones extrajudiciales.*

1. En el supuesto previsto en el artículo 19 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, se procederá del siguiente modo:

a) *Si el Ministerio Fiscal, a la vista de las circunstancias concurrentes o a instancia del letrado del menor, apreciara la posibilidad de desistir de la continuación del expediente, solicitará del equipo técnico informe sobre la conveniencia de adoptar la solución extrajudicial más adecuada al interés del menor y al de la víctima.*

b) *Recibida la solicitud por el equipo técnico, citará a su presencia al menor, a sus representantes legales y a su letrado defensor.*

c) *El equipo técnico expondrá al menor la posibilidad de solución extrajudicial prevista en el artículo 19 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, y oirá a sus representantes legales. Si, con audiencia de su letrado, el menor aceptara alguna de las soluciones que el equipo le propone, a ser posible en el mismo acto, se recabará la conformidad de sus representantes legales.*

Si el menor o sus representantes legales manifestaran su negativa a aceptar una solución extrajudicial, el equipo técnico lo comunicará al Ministerio Fiscal e iniciará la elaboración del informe al que alude el artículo 27 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero.

d) *El equipo técnico se pondrá en contacto con la víctima para que manifieste su conformidad o disconformidad a participar en un procedimiento de mediación, ya sea a través de comparecencia personal ante el equipo técnico, ya sea por cualquier otro medio que permita dejar constancia.*

Si la víctima fuese menor de edad o incapaz, este consentimiento deberá ser confirmado por sus representantes legales y ser puesto en conocimiento del juez de menores competente.

e) *Si la víctima se mostrase conforme a participar en la mediación, el equipo técnico citará a ambos a un encuentro para concretar los acuerdos de conciliación o reparación. No obstante, la conciliación y la reparación también podrán llevarse a cabo sin encuentro, a petición de la víctima, por cualquier otro medio que permita dejar constancia de los acuerdos.*

f) *No siendo posible la conciliación o la reparación directa o social, o cuando el equipo técnico lo considere más adecuado al interés del menor, propondrá a este la realización de tareas socioeducativas o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.*

g) *El equipo técnico pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal el resultado del proceso de mediación, los acuerdos alcanzados por las partes y su grado de cumplimiento o, en su caso, los motivos por los que no han podido llevarse a efecto los compromisos alcanzados por las partes, a efectos de lo dispuesto en el artículo 19.4 y 5 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.*

2. *Si, conforme a lo previsto en el artículo 27.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, el equipo técnico considera conveniente que el menor efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, informará de*

tal extremo al Ministerio Fiscal y al letrado del menor. Si este apreciara la posibilidad de desistir de la continuación del expediente, solicitará del equipo técnico informe sobre la solución extrajudicial más adecuada y se seguirán los trámites previstos en el apartado anterior.

3. *Lo dispuesto en este artículo podrá ser aplicable al procedimiento de mediación previsto en el artículo 51.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, sin perjuicio de la competencia de la entidad pública y de lo dispuesto en el artículo 15 de este reglamento. Las referencias al equipo técnico hechas en este artículo se entenderán efectuadas a la entidad pública cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.7 de este reglamento, dicha entidad realice las funciones de mediación.*

Se debe destacar que en la Fiscalía de Menores de Zaragoza estas soluciones extrajudiciales las realiza fundamentalmente el EMA (EQUIPOS DE MEDIO ABIERTO), compuesto por unas 13 personas del INSTITUTO ARAGONES DE SERVICIOS SOCIALES (IASS, órgano autónomo del Gobierno de Aragón, DGA) que tienen sus despachos en el mismo edificio de la Fiscalía de Menores.

El apoyo normativo para que estos profesionales puedan realizar estas labores se encuentra en el Art. 27.6 LO 5/2000 y en el Art. 8.7 RD 1774/2004, 30 julio, por el que se aprueba el Reglamento de la ley penal del menor.

Ello no impide que pueda ser el ET el que también realice estas labores de soluciones extrajudiciales, pero con una frecuencia más residual, bien cuando el fiscal no haya tomado la iniciativa en tal sentido o cuando el abogado del menor o el propio menor se muestren receptivos a tal solución en el trámite preceptivo del informe del ET en el Expediente de Reforma (Art. 27.1 LO 5/2000).

En la práctica estas soluciones extrajudiciales representan el 50% de los expedientes que se incoan en la Fiscalía de Menores de Zaragoza.

En la práctica de la Fiscalía de Menores de Zaragoza, es el propio Fiscal instructor en el que valorando el delito cometido (delito menos grave, con poca violencia e intimidación en su caso —amenazas, coacciones, robos— insta directamente la aplicación de este Art. 19 para que el menor y la víctima se reconcilien y/o reparen, y/o el menor realice una actividad educativa, solicitando de los Educadores de Medio Abierto (EMA) que lleven a cabo una solución extrajudicial. Caso de que el menor no quiera realizar esta conciliación (por no tener voluntad de ello o por no reconocer los hechos o su autoría), entonces los citados educadores lo comunican al Fiscal y se reinicia el Expediente Reforma ordinario. SE DEBE DECIR QUE ESTA PRACTICA PROCESAL DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL ESTA RESOLVIENDO SATISFACTORIAMENTE UN 50% O 60% DE LOS EXPEDIENTES DE REFORMA.

Lo mismo que en el principio anterior, si se aplicase este principio de desjudicialización del referido Art. 19 LO 5/2000 se debe advertir que también queda imprejuizada la acción civil de los perjudicados en la jurisdicción de menores, y que por lo tanto los denunciadores deberían reclamar por ellos mismos ante la justicia civil de mayores (Juzgados de 1ª Instancia) con abogado y procurador si los daños y perjuicios exceden de la cantidad de 900 euros (Art. 23 y 31 LEC).

1.6. Magistrado-Juez de menores especialista

El Juez de Menores no investiga ni instruye; su actividad jurisdiccional se reduce A JUZGAR Y EJECUTAR LO JUZGADO (Art. 117.3 CE) Y ACTUAR DE JUEZ DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES:

- A dictar la correspondiente sentencia penal y civil: Juez Sentenciador.
- A ejecutar la misma (es Juez de Vigilancia Penitenciaria en el ámbito penal o de reforma) controlando a las CCAA para que se respeten los derechos del menor en la fase ejecutiva de la sentencia condenatoria, sobretodo mientras el menor permanece internado en un Centro de Reforma.
- Y autorizar o denegar las diligencias restrictivas de derechos fundamentales (intervenciones telefónicas, entradas y registros, etc.): Juez de Garantías Constitucionales.
- Art. 38 LO 5/2000, REFORMADO LO 8/2006: «Plazo para dictar sentencia. Finalizada la audiencia, el **Juez de Menores dictará sentencia** en un plazo máximo de cinco días».
- Art. 44.1 LO 5/2000, REFORMADO LO 8/2006: «Competencia judicial.

1. La ejecución de las medidas previstas en esta Ley se realizará bajo el control del Juez de Menores que haya dictado la sentencia correspondiente, salvo cuando por aplicación de lo dispuesto en los artículos 12 y 47 de esta Ley sea competente otro, el cual resolverá por auto motivado, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor y la representación de la entidad pública que ejecute aquélla, sobre las incidencias que se puedan producir durante su transcurso».

- Art. 23.3 LO 5/2000: «3. El Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, **sino que habrá de solicitar del Juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones**. El Juez de Menores resolverá sobre esta petición por auto motivado. La práctica de tales diligencias se documentará en pieza separada».

1.7. Habeas corpus-Juez de Instrucción

El Juez de Instrucción es el único competente para conocer del procedimiento de habeas corpus; y no el Juez de Menores, al establecerlo así el Art. 17.6 LO 5/2000.

El fundamento de que sea el juez de mayores radica en una pura *cuestión territorial o de partidos judiciales*, ya que el juzgado de menores solo reside en la capital de la provincia (Art. 96.1 LOPJ), mientras que los juzgados de instrucción tienen su sede en cabecera de los partidos judiciales (Art. 84 LOPJ) y el procedimiento del habeas corpus debe resolverse con carácter de urgencia.

*Art. 17.6 LO 5/2000: «6. El Juez competente para el procedimiento de **hábeas corpus** en relación a un menor será el **Juez de Instrucción del lugar en el que se encuentre el menor privado de libertad**; si no constare, el del lugar donde se produjo la detención, y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del menor detenido.*

Cuando el procedimiento de hábeas corpus sea instado por el propio menor, la fuerza pública responsable de la detención lo notificará inmediatamente al Ministerio Fiscal, además de dar curso al procedimiento conforme a la ley orgánica reguladora».

Por lo tanto cuando un menor detenido por la Policía o la Guardia Civil interese este procedimiento, inmediatamente será puesto a disposición del Juez de Instrucción de Guardia, del lugar más cercano a la detención del menor.

1.8. Detención policial de menores 14-18 años (Art. 17 LO 5/2000 y Art. 3 RD 1774/2004, 30 julio, Reglamento de la Ley del menor)

- LOS MENORES DETENIDOS TIENEN LAS MISMAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES QUE LOS MAYORES: por lo que habrá que leerles el Art. 520 Lecr.; sin perjuicio de un acortamiento de los plazos de detención.
- EL PLAZO DE DETENCIÓN SERÁ EL *ESTRICTAMENTE NECESARIO*. Nunca se podrá alargar caprichosa o arbitrariamente.
- EL PLAZO MÁXIMO DE DETENCIÓN POLICIAL ES DE 24 HORAS (no de 72 horas).

Art. 17.4: «4. La detención de un menor por funcionarios de policía no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal. Se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, atribuyendo la competencia para las resoluciones judiciales previstas en dicho precepto al Juez de Menores.

- LA DECLARACIÓN DEL DETENIDO POLICIAL DEBE SER ANTE SU LETRADO Y EN PRESENCIA DE SUS PADRES, TUTORES O GUARDADORES (no solo ante su abogado). EL ABOGADO TIENE DERECHO A ENTREVISTARSE CON EL MENOR TANTO ANTES COMO DESPUÉS DE LA DECLARACIÓN.

Art. 17.2, REFORMADO LO 8/2006: «2. Toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquéllos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor —de hecho o de derecho—, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario. En defecto de estos últimos la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente».

En tal sentido la LO 8/2006: Se añade un nuevo párrafo segundo al apartado 2 del artículo 17, con la siguiente redacción:

«El menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con su abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración.»

- SI NO ESTÁN SUS PADRES, TUTORES O GUARDADORES, la declaración del detenido solo puede realizarse ante su abogado y el Fiscal (dos Fiscales: uno de ellos asistiendo); por lo que su declaración sería declaración Fiscal y no policial.

- **48 HORAS MÁXIMO PLAZO DETENCIÓN FISCAL**, que se computa a partir del momento de la detención policial, no desde que es entregado al Fiscal por la Policía.

Art. 17.5: «5. Cuando el detenido sea puesto a disposición del Ministerio Fiscal, éste habrá de resolver, dentro de las cuarenta y ocho horas a partir de la detención, sobre la puesta en libertad del menor, sobre el desistimiento al que se refiere el artículo siguiente, o sobre la incoación del expediente, poniendo a aquél a disposición del Juez de Menores competente e instando del mismo las oportunas medidas cautelares, con arreglo a lo establecido en el artículo 28».

Art. 3 RD 1774/2004, 30 JULIO, REGLAMENTO DE LA LEY DEL MENOR:

Artículo 3. Modo de llevar a cabo la detención del menor.

1. Las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor deberán practicarla en la forma que menos le perjudique, y estarán obligados a informarle, en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, especialmente los reconocidos en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como a garantizar el respeto de tales derechos. También deberán notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal. Si el menor detenido fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará a las correspondientes autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales.

2. Toda declaración del detenido se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquellos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor, de hecho o de derecho, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario. En defecto de estos últimos, la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por un fiscal distinto del instructor del expediente.

3. Mientras dure la detención los menores deberán hallarse custodiados en **dependencias adecuadas** conforme establece la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

La custodia de los menores detenidos a que se refiere el párrafo anterior corresponderá a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes hasta que el fiscal resuelva sobre la libertad del menor, el desistimiento o la incoación del expediente, con puesta a disposición del juez a que se refiere el artículo 17.5 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. El fiscal resolverá en el menor espacio de tiempo posible y, en todo caso, dentro de las 48 horas siguientes a la detención.

4. Durante la detención debe garantizarse que todo menor disponga de alimentación, vestimenta y condiciones de intimidad, seguridad y sanidad adecuadas.

5. En los establecimientos de detención deberá llevarse un libro registro, de carácter confidencial, que al menos deberá contar con la siguiente información:

- a) Datos relativos a la identidad del menor.
- b) Circunstancias de la detención, motivos y en su caso autoridad que la ordenó.

- c) *Día y hora del ingreso, traslado o libertad.*
- d) *Indicación de la persona o personas que custodian al menor.*
- e) *Detalle de la notificación a los padres o representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal de la detención del menor.*
- f) *Expresión de las circunstancias psicofísicas del menor.*
- g) *Constatación de que se le ha informado de las circunstancias de la detención y de sus derechos.*

Los datos de dicho registro estarán exclusivamente a disposición del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial competente.

Este libro registro será único para todo lo concerniente a la detención del menor, y no se consignará ninguno de sus datos en ningún otro libro de la dependencia.

1.9. Obligatoriedad de la Policía judicial de recabar la asistencia letrada a todo imputado o sospechoso de delito, esté detenido o en libertad, cuando se le tome declaración, sea menor o mayor de edad, en las dependencias policiales

Es importante destacar la novedad que han supuesto los Arts. 767 y 771.2^a Lecr. ya que es conocido que a partir de la ley 38/2002, 24 octubre (ley Juicios Rápidos) a todo imputado, esté o no detenido, que se le tome declaración cuantas veces sea necesario, y tanto en el ámbito policial o de la guardia civil como en trámite de Fiscalía o de Juzgado o Audiencia, tiene que estar presente obligatoriamente un letrado de su confianza o de oficio.

Artículo 767 Lecr.: *Desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado.*

Art. 771.2.^a Lecr.: *...La Policía judicial... Informará en la forma más comprensible al imputado no detenido de cuáles son los hechos que se le atribuyen y de los derechos que le asisten. En particular, le instruirá de los derechos reconocidos en los apartados a), b), c) y e) del artículo 520.2.*

Este Art. 767 Lecr., lógicamente, también se aplica a la jurisdicción de menores: bien porque un menor nunca puede tener menos garantías legales o constituciones que un mayor; y además porque así lo dice la Disposición final primera, Derecho Supletorio de la LO 5/2000, la ley Penal del menor.

Por lo tanto también es claro en este sentido el Art. 771.2^a Lecr. que obliga a la Policía Judicial a informar al imputado no detenido de los hechos que se le atribuyen y de los derechos que le asisten y en particular los derechos reconocidos en los apartados a), b), c) y e) del Art. 520.2 Lecr., entre los obviamente se incluye el derecho a la asistencia letrada.

EN DEFINITIVA QUE TODO MENOR SOSPECHOSO O IMPUTADO DE UN DELITO, TIENE QUE ESTAR EL LETRADO CORRESPONDIENTE (bien de oficio, bien de elección), tanto en sus declaraciones de ámbito policial como judicial o de Fiscalía.

ADEMÁS DE ESTAR PRESENTE SUS REPRESENTANTES LEGALES (normalmente los padres, si es menor de edad).

CONSULTA FISCALIA GENERAL ESTADO 2/2005, 12 JULIO 2005: SOBRE EL DISCUTIDO DERECHO DEL MENOR DETENIDO A ENTREVISTARSE RESERVADAMENTE CON SU LETRADO ANTES DE PRESTAR DECLARACIÓN EN FASES PREVIAS A LA INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE

PAGINA WEB FGE www.fiscal.es: documentos. Circulares. Índice cronológico

CONCLUSIONES

1) *Ponderando todos los argumentos expuestos, debe partirse del reconocimiento del derecho del menor detenido a entrevistarse reservadamente con su letrado incluso antes de prestar declaración en sede policial, siguiendo la línea exegética que entiende que cuando el art. 22.1 se refiere a la incoación del expediente lo hace en sentido amplio, y teniendo en cuenta que la especial necesidad de protección del menor, la preservación prioritaria de sus derechos y la evitación de eventuales indefensiones aconsejan que, con carácter general, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad permitan esta entrevista cuando sea solicitada por el menor o por sus representantes.*

2) *Una vez que el menor ha sido presentado al Fiscal, sea de oficio por la Policía, sea a instancia del propio Ministerio Público, aunque no se incoe inmediatamente expediente de menores habrá de permitirse también si así se solicita, la entrevista reservada previa del menor con su Letrado.*

3) *Debe en todo caso recordarse la vigencia del pronunciamiento contenido en la Circular 2/2001 en el sentido —por lo que ahora interesa— de que el detenido menor de edad incomunicado (en relación con delitos de naturaleza terrorista) en principio gozará de los derechos propios de todo menor detenido pero no podrá designar abogado de su elección, por lo que el letrado que le asista será de oficio y no podrá entrevistarse reservadamente con su abogado, ni antes ni después de su declaración.*

4) *Los Sres. Fiscales Jefes, en sus respectivos ámbitos, trasladarán el criterio fijado en la Consulta a los correspondientes mandos de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, en la forma que, en cada caso, se estime oportuna.*

Además, como se ha dicho antes, el citado reformado Art. 17.2 por la LO 8/2006 añade un nuevo párrafo segundo de acuerdo con lo anterior:

NUEVO Art. 17.2 LO 5/2000, REFORMADO LO 8/2006: «El menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con su abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración»..

CONSULTA FGE 4/2005, 7 DICIEMBRE 2005, SOBRE DETERMINADAS CUESTIONES EN TORNO AL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA EN EL PROCESO PENAL DE MENORES: DISCRECIONAL LA PRESENCIA DE LETRADO

EN FALTAS ANTE LA POLICIA O FISCALIA MENORES ANTES DE INCOAR EXPEDIENTE DE REFORMA.

EN LAS FALTAS EL MENOR ASISTIDO DE SUS REPRESENTANTES LEGALES PUEDE RENUNCIAR A LA PRESENCIA DE ABOGADO EN TRÁMITES POLICIALES O DE Fiscalía de Menores ANTES DE QUE SE HAYA INCOADO EXPEDIENTE DE REFORMA. Una vez incoado ER por el Fiscal es preceptiva siempre la presencia de letrado, aunque el hecho se califique de falta (Art. 22.1.b LO 5/2000).

Con el REFORMADO Art. 22.2 LO 8/2006, la personación del menor imputado se realizara ante el Fiscal de Menores.

CITADA CONSULTA FGE 4/2005: Pueden de conformidad con los razonamientos expuestos *supra*, sentarse las siguientes conclusiones:

1º El menor al que se impute una falta y sea llamado a declarar por la Policía o por el Fiscal de Menores sin estar detenido y sin que se haya incoado formalmente aún expediente de menores puede, asistido de sus representantes legales renunciar al derecho a designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio.

2º En todo caso, si en estos supuestos se solicita la asistencia en las fases preprocesales por el Turno de oficio será competencia del correspondiente Colegio de Abogados designar el concreto Letrado que ha de prestarla, de acuerdo con sus normas internas de funcionamiento. No habiéndose constituido el turno de oficio de especialistas o si pese a haberse constituido, no está operativo por los motivos que sean, podrá prestar asistencia con carácter general el Letrado del turno de oficio que determine el Colegio.

3º Una vez incoado expediente de menores, la asistencia Letrada es imperativa, aunque los hechos sean constitutivos de mera falta. Si la designación tiene lugar por el turno de oficio, habrá de darse preferencia a los Letrados especialistas, conforme a las disposiciones del Colegio.

4º El menor al que se impute un delito y sea llamado a declarar por la Policía o por el Fiscal de Menores ha de estar necesariamente asistido por Letrado, aunque no esté detenido y aunque no se haya incoado aún expediente de menores.

1.10. La acusación particular: víctimas-perjudicados

«Art. 25 LO 5/2000, SEGÚN REFORMA DEL AÑO 2003 (LO 15/2003): De la acusación particular.

*Podrán personarse en el procedimiento como **acusadores particulares**, a salvo de las acciones previstas en el artículo 61 de esta Ley, las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces, con las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento, entre los que están, entre otros, los siguientes:*

- b) Ejercitar la acusación particular durante el procedimiento.*
- c) Instar la imposición de las medidas a las que se refiere esta Ley.*

- d) *Tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden.*
- e) *Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor.*
- f) *Participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción ya sea en fase de audiencia; a estos efectos, el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si esta fuera solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos.*
- g) *Ser oído en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento.*
- h) *Ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuesta al menor.*
- i) *Participar en las vistas o audiencias que se celebren.*
- j) *Formular los recursos procedentes de acuerdo con esta Ley.*

Una vez admitida por el Juez de Menores la personación del acusador particular, se le dará traslado de todas las actuaciones sustanciadas de conformidad con esta Ley y se le permitirá intervenir en todos los trámites en defensa de sus intereses.»

Lo llamativo de este artículo 25, reformado por la LO 15/2003, es que la personación de la acusación particular la **autoriza el Juez de Menores**; NO la Fiscalía de Menores, que sería más procedente; y era lo que ocurría antes de la reforma del año 2003, con posibilidad de acudir al juzgado menores si el fiscal denegaba tal personación.

«Artículo 4 LO 5/2000, NUEVA REDACCIÓN LO 8/2006. Derechos de las víctimas y de los perjudicados.

El Ministerio Fiscal y el Juez de Menores velarán en todo momento por la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por las infracciones cometidas por los menores.

De manera inmediata se les instruirá de las medidas de asistencia a las víctimas que prevé la legislación vigente.

Las víctimas y los perjudicados tendrán derecho a personarse y ser parte en el expediente que se incoe al efecto, para lo cual el secretario judicial les informará en los términos previstos en los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, instruyéndoles de su derecho a nombrar abogado o instar el nombramiento de abogado de oficio en caso de ser titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Asimismo, les informará de que, de no personarse en el expediente y no hacer renuncia ni reserva de acciones civiles, el Ministerio Fiscal las ejercitará si correspondiere.

Los que se personaren podrán desde entonces tomar conocimiento de lo actuado e instar la práctica de diligencias y cuanto a su derecho convenga.

Sin perjuicio de lo anterior, el secretario judicial deberá comunicar a las víctimas y perjudicados, se hayan o no personado, todas aquellas resoluciones que se adopten tanto por el Ministerio Fiscal como por el Juez de Menores, que puedan afectar a sus intereses.

En especial, cuando el Ministerio Fiscal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18 de esta Ley, desista de la incoación del expediente deberá inmediatamente ponerlo en conocimiento de las víctimas y perjudicados haciéndoles saber su derecho a ejercitar las acciones civiles que les asisten ante la jurisdicción civil.

Del mismo modo, el secretario judicial notificará por escrito la sentencia que se dicte a las víctimas y perjudicados por la infracción penal, aunque no se hayan mostrado parte en el expediente.»

Por lo tanto es evidente la potenciación de la posición de los perjudicados o víctimas en la Justicia de Menores:

- Protección de sus derechos por parte del Fiscal y del Juez de Menores.
- Derecho a personarse y a ser parte, con completa información del Secretario a las víctimas, advirtiéndoles que si no renuncian o se reservan la acción civil la ejercerá el Fiscal de Menores en su nombre.
- Tener conocimiento de todo lo actuado en el ER e instar lo que convenga a su derecho.
- Notificarle todas las resoluciones que le puedan afectar: archivos, desistimientos, soluciones extrajudiciales, sentencias.

DESTACAR QUE LOS PERJUDICADOS U OFENDIDOS SE PUEDEN PERSONAR EN EL ER:

- Bien, como **ACUSADORES PARTICULARES** (citado Art. 25) concepto que implica que se ejercita conjuntamente la acción penal y la civil (Art. 110 Lecr.).
- O bien solo como **ACTORES CIVILES**, concepto que implica que solo se persona para ejercitar exclusivamente la acción civil nacida del delito o de la falta; en que su actuación en el ER se limitará solo a procurar la práctica de aquellas diligencias que puedan conducir al mejor éxito de su pretensión indemnizatoria (Art. 320 Lecr.), así como podrán solicitar la declaración de responsabilidad de un tercero no responsable penalmente (Art. 615 Lecr. y Art. 64.2ª LO 8/2006) y la adopción de medidas cautelares de carácter real (fianzas, embargos (Art. 589 y ss. Lecr. y Art. 764.1 Lecr.). En el trámite de escrito de alegaciones se limitara a fijar la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios causados por el hecho criminal, o la cosa que pueda ser restituida y la persona o personas que aparezcan civilmente responsables, así como el hecho en virtud del cual hubieran contraído dicha responsabilidad (Art. 650.1º y 2º y Art. 781.1 Lecr.).

1.11. Medidas cautelares

Al menor delincuente entre 14-17 años solo se le pueden pedir 4 medidas cautelares mientras espera el Juicio:

- Internamiento en centro en régimen adecuado
- Libertad vigilada

- Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.
- *Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez* (está última añadida en la reforma de la ley penal del menor por la LO 8/2006) (ALEJAMIENTO).

Estas medidas cautelares solo las puede adoptar el Juez de Menores; y a instancia del Fiscal, bien de oficio por el propio Fiscal o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal (acusación particular) que la interesa del Fiscal para que la pida, a su vez, al juez de menores.

No se considera correcto que la pida directamente la acusación particular al juez de menores; así lo establece el nuevo Art. 28.1, salvo en la petición de la medida cautelar de internamiento que la puede instar directamente la propia acusación particular, dada la enmienda introducida por el Senado en el trámite parlamentario (nuevo Art. 28.2, párrafo segundo, LO 8/2006).

En el nuevo Art. 28.3 (LO 8/2006), el plazo de la medida cautelar de internamiento se amplía a 6 meses, prorrogable a instancia del Fiscal por otros tres meses máximo. TOTAL PLAZO MÁXIMO DE INTERNAMIENTO CAUTELAR 9 MESES.

Además el nuevo Art. 28.1 añade como medida cautelar una cuarta: prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez (ALEJAMIENTO).

Art. 28 LO 5/2000, REFORMADO LO 8/2006: «Reglas generales.

1. El Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima.

Dichas medidas podrán consistir en **internamiento en centro**, en el régimen adecuado, **libertad vigilada**, **prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez**, o **convivencia con otra persona, familia o grupo educativo**.

El Juez, oído el letrado del menor, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, que informarán especialmente sobre la naturaleza de la medida cautelar, resolverá sobre lo propuesto tomando en especial consideración el interés del menor. La medida cautelar adoptada podrá mantenerse hasta que recaiga sentencia firme.

2. Para la adopción de la medida cautelar de internamiento se atenderá a la gravedad de los hechos, valorando también las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia de un peligro cierto de fuga, y, especialmente, el que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza.

El Juez de Menores resolverá, **a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular**, en una comparecencia a la que asistirán también el letrado del menor, las demás

partes personadas, el representante del equipo técnico y el de la entidad pública de protección o reforma de menores, los cuales informarán al Juez sobre la conveniencia de la adopción de la medida solicitada en función de los criterios consignados en este artículo, desde la perspectiva del interés del menor y de su situación procesal. En dicha comparecencia el Ministerio Fiscal y las partes personadas podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes.

3. El tiempo máximo de duración de la medida cautelar de internamiento será de **6 meses**, y podrá prorrogarse, a instancia del Ministerio Fiscal y mediante auto motivado, por **otros tres meses como máximo**.

4. Las medidas cautelares se documentarán en el Juzgado de Menores en pieza separada del expediente.

5. El tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares se abonará en su integridad para el cumplimiento de las medidas que se puedan imponer en la misma causa o, en su defecto, en otras causas que hayan tenido por objeto hechos anteriores a la adopción de aquéllas. El Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal y oídos el letrado del menor y el equipo técnico que informó la medida cautelar, ordenará que se tenga por ejecutada la medida impuesta en aquella parte que estime razonablemente compensada por la medida cautelar».

1.12. Medidas concretas (Art. 7)

- Internamiento (cerrado, semiabierto, abierto y terapéutico)
- Tratamiento Ambulatorio
- Asistencia a un centro de día
- Permanencia de fin de semana
- Libertad vigilada
- Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez.
- Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo
- Prestaciones en beneficio de la comunidad.
- Realización de tareas socio-educativas
- Amonestación
- Privación de permiso de conducir y licencias para caza y armas.

El nuevo Art. 7.1.i (LO 8/2006), añade como medida concreta la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez.

1.13. Duración de las medidas. Art. 9, Art. 10 y Art. 11 LO 5/2000 (Reformados LO 8/2006)

«Artículo 9. Régimen general de aplicación y duración de las medidas.

No obstante lo establecido en los apartados 3 y 4 del artículo 7, la aplicación de las medidas se atenderá a las siguientes reglas:

1. Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses, amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas hasta un año, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez hasta seis meses, y la realización de tareas socio-educativas hasta seis meses.

2. La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando:

a) Los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales.

b) Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.

c) Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.

3. La duración de las medidas no podrá exceder de dos años, computándose, en su caso, a estos efectos el tiempo ya cumplido por el menor en medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 28.5 de la presente Ley. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas. La medida de permanencia de fin de semana no podrá superar los ocho fines de semana.

4. Las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado.

5. Cuando en la postulación del Ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecien algunas de las circunstancias a las que se refiere el artículo 5.2 de esta Ley, sólo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el artículo 7.1, letras d) y e) de la misma.»

– **FALTAS:** Solo se pueden imponer cuatro medidas: *LIBERTAD VIGILADA* (hasta 6 meses: novedad con la reforma LO 8/2006); amonestación, permanencia hasta cuatro fines de semana; prestaciones beneficio de la comunidad hasta 50 horas; *ALEJAMIENTO* hasta 6 meses (novedad reforma LO 8/2006) y *REALIZACIÓN TAREAS SOCIEDUCATIVAS* hasta 6 meses (novedad reforma LO 8/2006)

– **DELITOS:** Por regla general la medida durará 2 años (nuevo Art. 9.3).

El nuevo Art. 10.1, para los menores de 16-17 años, establece la posibilidad de hasta 6 años de internamiento, normalmente cerrado, en tres supuestos; *pero siempre con el límite del principio de proporcionalidad del Art. 8, párrafo segundo LO 5/2000:*

- uno, cuando el delito sea grave (pena en mayores de más cinco años de prisión, por ejemplo tráfico de drogas de sustancias que causan grave daño a la salud, Art. 368 Cp);
- dos, para delitos menos graves que haya violencia e intimidación o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas
- tres, cuando se cometa cualquier clase de delito si se ha perpetrado en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio.

Para los menores de 14-15 años, la duración de la medida de internamiento, en los supuestos anteriores no podrá exceder de tres años.

Si el menor de 16-17 años ha cometido **asesinato (Art. 139 Cp), homicidio doloso (Art. 138 Cp) o violación (arts. 179-180 Cp)**, se acordará *preceptivamente* un internamiento en régimen cerrado de 1 año a 8 años complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada hasta un máximo de 5 años, sin posibilidad de modificación, suspensión o sustitución hasta que haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

(La LO 8/2006 establece la duración de la Medida de Internamiento en régimen cerrado de 1-8 años; si el menor tiene 14-15 años la Medida de Internamiento durará entre 1-5 años para estos delitos de asesinato, homicidio doloso o violación).

El nuevo Art. 11.2 permite ampliarla hasta 10 años de internamiento en régimen cerrado (para menores 16-17 años), caso de varios delitos y uno o varios de ellos sean los citados de asesinato, homicidio doloso o violación, en régimen de conexidad procesal.

1.14. Modificación de la medida

El Juez de Menores en cualquier momento puede suprimir la medida, reducirla o cambiarla.

Art. 13.1 LO 5/2000, REFORMADO POR LA LO 8/2006: «El Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta».

PRIMER JUEZ SENTENCIADOR: Con la nueva reforma de la ley penal del menor, la competencia funcional se le atribuye al juez de menores competente para la ejecución (es decir, *el primer juez sentenciador con sentencia penal firme*, caso de que al mismo menor le hayan dictado sentencias varios juzgados de menores), bien de oficio, bien a instancia del fiscal o del letrado del menor y con audiencia previa del ET y de la Entidad Pública.

1.15. Recursos contra las sentencias del Juez de menores

- *Recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial.* (La LO 9/2000, 22 diciembre, residenció la competencia funcional en las Audiencias Provinciales; mientras que con la LO 5/2000 conocían los TSJ); o ante la AN si estamos hablando de delitos terroristas de los artículos 571-580 Cp (reformado Art. 41 LO 5/2000).
- *Recurso de Casación ante el TS para unificar doctrina (Art. 42 REFORMADO LO 8/2006),* pero solo para los delincuentes menores que les haya impuesto la medida de internamiento, prestaciones en beneficio de la comunidad, libertad vigilada, inhabilitación absoluta, permanencias de fines de semana y que hayan cometido algunos de los delitos que mencionan los nuevos Art. 9.2 y Art. 10 (nuevo Art. 42): delitos graves, delitos menos graves con violencia e intimidación o riesgo para la vida o integridad de las personas y delitos en general que se cometan en grupo o que el menor actúe al servicio de una banda, organización o asociación; o los específicos delitos de homicidio, asesinato y violación.

1.16. Mayoría de edad del condenado (Art. 14 LO 5/2000, según redacción dada por la LO 8/2006):**«Artículo 14. Mayoría de edad del condenado.**

1. Cuando el menor a quien se le hubiere impuesto una medida de las establecidas en esta Ley alcanzase la mayoría de edad, continuará el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia en que se le impuso conforme a los criterios expresados en los artículos anteriores.

2. Cuando se trate de la medida de internamiento en régimen cerrado y el menor alcance la edad de dieciocho años sin haber finalizado su cumplimiento, el Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá ordenar en auto motivado que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia.

3. No obstante lo señalado en los apartados anteriores, cuando las medidas de internamiento en régimen cerrado sean impuestas a quien haya cumplido la edad de veintiún años o, habiendo sido impuestas con anterioridad, no hayan finalizado su cumplimiento al alcanzar la persona dicha edad, el Juez de Menores, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria, salvo que, excepcionalmente, entienda en consideración a las circunstancias concurrentes que procede la utilización de las medidas previstas en los artículos 13 y 51 de la presente Ley o su permanencia en el centro en cumplimiento de tal medida cuando el menor responda a los objetivos propuestos en la sentencia.

4. Cuando el menor pase a cumplir la medida de internamiento en un centro penitenciario, quedarán sin efecto el resto de medidas impuestas por el Juez de Menores que estuvieren pendientes de cumplimiento sucesivo o que estuviera cumpliendo simultáneamente con la de

internamiento, si éstas no fueren compatible con el régimen penitenciario, todo ello sin perjuicio de que excepcionalmente proceda la aplicación de los artículos 13 y 51 de esta Ley.

5. *La medida de internamiento en régimen cerrado que imponga el Juez de Menores con arreglo a la presente Ley se cumplirá en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria siempre que, con anterioridad al inicio de la ejecución de dicha medida, el responsable hubiera cumplido ya, total o parcialmente, bien una pena de prisión impuesta con arreglo al Código Penal, o bien una medida de internamiento ejecutada en un centro penitenciario conforme a los apartados 2 y 3 de este artículo.»*

Por lo tanto para el grupo de delitos que menciona el Art. 9.2, y sobretudo para los delitos a que hace referencia el Art. 10.2 el menor condenado cuando cumpla los 18 años puede terminar en la prisión ordinaria si tiene un mal comportamiento en el Centro de Reforma.

Mientras que si tiene una buena evolución puede terminar toda la condena de menores de internamiento en el centro de Reforma independiente de la edad que llegue a cumplir (por ejemplo hasta los 28 años de edad si es condenado por una violación y un asesinato con una medida de 10 años de internamiento en régimen cerrado con sentencia firme al cumplir 18 años de edad, a tenor del Art. 11.2 LO 5/2000, según redacción LO 8/2006).

DELITOS QUE SE PUEDEN CUMPLIR EN LA PRISIÓN ORDINARIA POR PARTE DEL MENOR DELINCUENTE (Art. 9.2 y Art. 10.2, REDACCIÓN LO 8/2006):

- Delitos *graves* (por ejemplo, tráfico de drogas duras).
- Delitos *menos graves* en que se haya empleado violencia o intimidación (atracos, lesiones, amenazas) o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física (delitos de conducción temeraria).
- *Cualquier clase de delito* en que el menor haya actuado en grupo o pertenezca a una banda, organización o asociación (hurtos, robos con fuerza en las cosas, lesiones), siempre que los correspondientes delitos en el Cp lleven pena de prisión, por aplicación del principio de proporcionalidad del párrafo segundo del Art. 8 LO 5/2000.
- Y, por supuesto, los delitos de *homicidio* (Art. 138), *asesinato* (Art. 139) y *violación* (Art. 179-180); además de los delitos de terrorismo que tramita la Fiscalía de Menores de la AN (Art. 10.2 y Art. 2.4 LO 5/2000, según redacción dada por la LO 8/2006).

ADEMÁS LA REFORMA DE LA LEY PENAL DEL MENOR POR LA LO 8/2006 ESTABLECE DOS GRUPOS DE EDADES EN QUE EL MENOR PUEDE SALIR DEL REFORMATORIA PARA IR A LA PRISIÓN ORDINARIA A CUMPLIR LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN CERRADO:

- **Los 18 años cumplidos:** el menor *puede ir* la prisión ordinaria si así lo establece el juez de menores porque dicho menor tiene una mala conducta en el centro de Reforma (criterio judicial *ordinario* facultativo).

- **Los 21 años cumplidos:** el menor *debe ir* a la prisión ordinaria, salvo que *excepcionalmente* el juez de menores le permita seguir en el Reformatorio «*si responde a los objetivos propuestos en la sentencia*», es decir si tiene una evolución favorable y positiva (aprende un oficio, no tiene sanciones) en el Centro de Menores (criterio judicial *extraordinario* facultativo).

1.17. Responsabilidad civil. Actor civil. Responsable civil

Tres novedades importantes establece la ley penal del menor en esta materia de indemnización de los daños y perjuicios causados por el menor delincuente:

- Que corresponde al **Juez de Menores** resolver todo lo relativo a los daños y perjuicios causados por los hechos delictivos. Antes de la LO 5/2000 había que acudir a los Jueces de Iª Instancia.
- Que establece una **responsabilidad solidaria** (directa e indistinta) entre el menor de 14, 15, 16 y 17 años y sus padres, tutores, acogedores o guardadores por los daños o perjuicios causados. Antes era subsidiaria, es decir, en defecto de bienes de los menores.
- Que el Fiscal ejercerá esta **acción civil en nombre del perjudicado**, salvo que éste la renuncie, la ejercite por sí mismo en el ER o se la reserve para ejercitarla ante la justicia de mayores de los juzgado de Iª Instancia (Art. 61.1) (legitimación del Fiscal por representación subsidiaria del perjudicado; frente a la Lecr. que siempre la ejercerá el fiscal salvo que el perjudicado la renuncie o se la reserve, Arts. 108 y 110 Lecr.).

Art. 61 LO 5/2000: «Reglas generales.

1. *La acción para exigir la responsabilidad civil en el procedimiento regulado en esta Ley se ejercerá por el Ministerio Fiscal, salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil o se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil conforme a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

2. *Se tramitará una pieza separada de responsabilidad civil por cada uno de los hechos imputados.*

3. *Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos.*

4. *En su caso, se aplicará también lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y sus disposiciones complementarias».*

La nueva normativa REFORMADA DE LA LEY PENAL DEL MENOR (LO 8/2006), introduce cambios importantes en el ámbito de la responsabilidad civil que van a

implicar una aproximación de la legislación de menores a la de adultos (Lecr.), ya que tanto la acción penal como la acción civil se van a *ejercitar simultáneamente* en el mismo escrito de alegaciones del Fiscal o de la acusación particular o como actor civil dentro del ER (nuevos artículos 30 y 31), pero manteniendo la legitimación subsidiaria o por representación del fiscal solo para los casos en que dicho perjudicado no se la reserve para la justicia ordinaria civil, no la renuncie o no la ejercite por sí mismo en el ER con abogado, como acusador particular o actor civil.

Es decir, que en estos casos de renuncia, reserva para la jurisdicción civil o que el perjudicado la ejercite por sí mismo en el ER (acusador particular o actor civil) el Fiscal de Menores solo ejercitara la acción penal, a diferencia de lo que ocurre en la Lecr. (arts 108 y 112 en que el Fiscal de Mayores la ejerce conjuntamente con la acción civil del acusador particular o del actor civil) y el acusador particular y/o actor civil que ejercite la acción civil monopolizará la pretensión indemnizatoria que no podrá ejercitar el Fiscal de Menores (legitimación subsidiaria o supletoria o por representación del Fiscal).

LA NUEVA LEY PENAL DEL MENOR DISTINGUE ENTRE:

- **ACUSADOR PARTICULAR (Art. 25: ofendido o perjudicado por el delito)** (*no se admite la acción popular: personas o asociaciones que no han sido directamente perjudicadas por el delito*) deberá personarse con abogado para poder ejercitar la acción penal junto con el Fiscal, pudiendo acumular la acción civil en su escrito de Alegaciones; en cuyo caso el Fiscal no ejercerá la acción civil (legitimación subsidiaria).
- **ACTOR CIVIL (ofendido o perjudicado por el delito que solo ejercita la pretensión indemnizatoria)**, sin ejercicio de acción penal (Art. 31; Art. 36.1; Art. 37.1; Art. 320 Lecr.). El Fiscal tampoco ejercerá la acción civil al haberla ejercitado la parte perjudicada u ofendida
- **RESPONSABLE CIVIL PRINCIPAL** (el menor como autor del delito o la falta criminal que ha originado daños y perjuicios) (Art. 61.3; Art. 36.4).
- **RESPONSABLE CIVIL SOLIDARIO** con el menor (padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho) (Art. 61.3; Art. 36.4). Deberán personarse con abogado que les defienda del ejercicio de la acción civil ejercitada por el fiscal o por el acusador particular o por el actor civil; si no lo nombran voluntariamente se les nombrará de oficio (Art. 652, final Lecr.)
- **RESPONSABLE CIVIL DIRECTO** con el menor y/o los responsables solidarios: las Cias de seguros (por ejemplo menor causante de daños o lesiones con vehículo a motor o ciclomotor asegurado) (Art. 63). Igual que en el supuesto anterior ejercitada la acción civil contra ellos deberán personarse con abogado designado voluntariamente sino se les designará de oficio.
- Además a todas las partes civiles se hayan personado o no con abogado, bien como perjudicadas o bien como responsables, *hay que citarlas* a la vista oral (Art. 30.3 LO 8/2006).

- Las *únicas partes necesarias* en el proceso de menores son el Fiscal y el menor que deberá estar asistido de letrado en todo caso (también en Faltas). Para ello el *Fiscal* requerirá al menor y a sus representantes legales que designen un letrado en el plazo de tres días y de no hacerlo se les nombrará de oficio (Art. 22.2 reformado LO 8/2006).
- Las partes civiles, bien sean perjudicadas o víctimas, si ejercitan la acción civil deben personarse con abogado; si son responsables civiles, bien sean responsables solidarias (representantes legales del menor) o directas (cias de seguros), son partes contingentes que si se ejercita la acción civil contra ellos deben personarse en el ER con abogado de su elección o se les designará de oficio, y para que sean condenadas *deben ser citadas* a la vista oral, por aplicación del principio de contradicción sin indefensión (Art. 30.3 in fine LO 8/2006; y Art. 786.1 Lecr.), y su ausencia injustificada no suspenderá la vista oral en que se ventilen las acciones civiles del delito o falta.

Art. 30.1.2 LO 5/2000, según redacción LO 8/2006

«1. Acabada la instrucción, el Ministerio Fiscal resolverá la conclusión del expediente, notificándosela a las partes personadas, y remitirá al Juzgado de Menores el expediente, junto con las piezas de convicción y demás efectos que pudieran existir, con un escrito de alegaciones en el que constará la descripción de los hechos, la valoración jurídica de los mismos, el grado de participación del menor, una breve reseña de las circunstancias personales y sociales de éste, la proposición de alguna medida de las previstas en esta Ley con exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que la aconsejen, y, en su caso, la exigencia de responsabilidad civil.

3. Asimismo, podrá proponer el Ministerio Fiscal la participación en el acto de la audiencia de aquellas personas o representantes de instituciones públicas y privadas que puedan aportar al proceso elementos valorativos del interés del menor y de la conveniencia o no de las medidas solicitadas. En todo caso serán llamadas al acto de audiencia las personas o instituciones perjudicadas civilmente por el delito, así como los responsables civiles.»

«Artículo 31 LO 5/2000, según redacción LO 8/2006. Apertura de la fase de audiencia.

Recibido el escrito de alegaciones con el expediente, las piezas de convicción, los efectos y demás elementos relevantes para el proceso remitidos por el Ministerio Fiscal, el secretario del Juzgado de Menores los incorporará a las diligencias, y el Juez de Menores procederá a abrir el trámite de audiencia, para lo cual el secretario judicial dará traslado simultáneamente a quienes ejerciten la acción penal y la civil para que en un plazo común de cinco días hábiles formulen sus respectivos escritos de alegaciones y propongan las pruebas que consideren pertinentes. Evacuado este trámite, el secretario judicial dará traslado de todo lo actuado al letrado del menor y, en su caso, a los responsables civiles, para que en un plazo de cinco días hábiles formule a su vez escrito de alegaciones y proponga la prueba que considere pertinente.»

**1.18. Ejecución del fallo civil de oficio en el mismo ER del Juzgado Menores.
Aplicación supletoria del incidente del Art. 794.1 Lecr.**

Art. 794 Lecr.: Tan pronto como sea firme la sentencia, se procederá a su ejecución por el Juez o por la Audiencia que la hubiere dictado, conforme a las disposiciones generales de la Ley, observándose las siguientes reglas:

1ª Si no se hubiere fijado en el fallo la cuantía indemnizatoria, cualquiera de las partes podrá instar, durante la ejecución de la sentencia, la práctica de las pruebas que estime oportunas para su precisa determinación. De esta pretensión se dará traslado a las demás para que, en el plazo común de diez días, pidan por escrito lo que a su derecho convenga. El Juez o Tribunal rechazará la práctica de pruebas que no se refieran a las bases fijadas en la sentencia.

Practicada la prueba, y oídas las partes por un plazo común de cinco días, se fijará mediante auto, en los cinco días siguientes, la cuantía de la responsabilidad civil. El auto dictado por el Juez de lo Penal será apelable ante la Audiencia respectiva.

2ª En los casos en que se haya impuesto la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, se procederá a la inmediata retirada del permiso y licencia habilitante, si tal medida no estuviera ya acordada, dejando unido el documento a los autos y remitiendo mandamiento a la Jefatura Central de Tráfico para que lo deje sin efecto y no expida otro nuevo hasta la extinción de la condena.

EN EL AMBITO DE LA EJECUCION DEL CONTENIDO DE LA SENTENCIA CIVIL SE DEBE TENER EN CUENTA EL Art. 794.1 Lecr.; por lo que será el juzgado de menores, una vez que la sentencia sea firme, la que deberá ejecutarla de oficio en todos sus términos, tanto en el ámbito de reforma como en el ámbito civil.

Por lo tanto, cuando no se haya podido determinar la cuantificación de los daños o de los perjuicios en la sentencia firme del ER deberá incoarse el incidente del citado Art. 794.1 Lecr. Para poder precisar el contenido exacto de la pretensión civil que se haya diferido para la ejecución de la sentencia; al igual que ocurre en la justicia criminal de adultos.

2. RESUMEN MENORES: REFORMA.

REFORMA: AMBITO DE LA DELINCUENCIA DE MENORES: A partir del 13 enero 2001: mayores de 14 años, menores de 18 años.

- **Si los delitos son graves** (homicidios, lesiones graves, violaciones, atracos con navaja o instrumentos peligrosos de cierta entidad, etc.), deberán ser puestos a disposición del Fiscal de Menores (TEF 976 22 07 96) o, en su caso, el de Guardia (TEF 976 20 81 27), que como *regla general* deberá acordar su detención en el **Centro de Reforma JUSLIBOL (CENTRO EDUCACION E INTER-NAMIEN TO POR MEDIDA JUDICIAL)** (Camino El Castellar s/n, 50191;

FAX 976 40 95 61; TEF 976 40 95 60) para ponerlo a disposición del Juzgado de Menores.

- **Si los delitos son menos graves** (Hurto o Robos de Uso, Conducciones Alcohólicas o Temerarias, Robos con Fuerza, Hurto, Faltas, etc.), lo correcto es que sean dejados en libertad con entrega a sus padres, familiares o representantes, aunque con la obligación lógica de redactar el ATESTADO y remitirlo a la **Fiscalía de Menores (50006 calle Lagasca 7 de Zaragoza; teléfono 976 22 07 96); Fax 976 22 33 86).**
- *Se debe tener en cuenta que la JEFATURA SUPERIOR POLICÍA, sita en el Paseo María Agustín, ha centralizado todas las detenciones (tanto en detenidos mayores como menores de edad) en horario diurno y nocturno en los locales que tienen en dicho Paseo María Agustín. PARECE NECESARIO QUE TODOS LOS ATESTADOS, SALVO LOS DE TRÁFICO, SEAN ELABORADOS POR EL GRUMEN; Y EN AMBITO RURAL POR LA GUARDIA CIVIL (EMUMEN); por lo que los menores detenidos por la Policía en el ámbito de Zaragoza capital (TANTO EN HORAS DIURNAS COMO NOCTURNAS) serán trasladados a estas dependencias del citado Paseo María Agustín.*

TRASLADOS POLICIALES DE MENORES

1.- MENORES 14-18 AÑOS: Como regla general, serán trasladados en coche policial camuflado y con Policías no uniformados; siguiendo el criterio que marca el Apartado 13 (Traslados) de la Orden General nº 1284 de 15/01/2001, Sección 19, Subdirección Operativa, Comisaría General de la Policía Judicial.

2.- MENORES 14-16 AÑOS: Serán trasladados en compañía del Educador/a del Centro de Reforma de San Jorge; salvo que la Directora no lo considerase necesario.

3.- MENORES 16-18 AÑOS: Serán trasladados sin educador/a; salvo que la Directora del Centro de Reforma de San Jorge manifieste la conveniencia de la presencia de dicho Educador/a.

4.- MENORES 14-18 AÑOS: ESPOSAMIENTO: Serán trasladados sin esposar; salvo que las circunstancias aconsejen lo contrario, que valorará en su justa medida el Jefe Policial de la Conducción, que deberá informar verbalmente a la Autoridad Judicial o Fiscal ante la que presente el menor detenido; todo ello de acuerdo con el criterio que se deduce del Art. 12.2 (Cacheo y Esposamiento) de la citada Orden General nº 1284 de 15/01/2001, Sección 19, Subdirección Operativa, Comisaría General de la Policía Judicial.

3. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR

3.1. Concepto de protección

Menores entre 0 y menores de 18 años, que se encuentran en situación de DESAMPARO (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. Art. 172,1 Cc.).

Aparece regulada:

- CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989 (Art. 19 y 20).
- Art. 172-174 Código Civil, recientemente modificado por la ley 54/2007, 28 diciembre 2007, de Adopción Internacional.
- Ley aragonesa de fecha 12/2001 2 julio, DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN ARAGON, ya que toda esta materia de PROTECCIÓN DE MENORES es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, en virtud de las transferencias asumidas por la ley 21/1987, 11 noviembre, que modificó el Cc en materia de adopción.
- Por la ley Orgánica 1/1996, 15 enero de Protección Jurídica del menor.
- Y, por último, la ley aragonesa de DERECHO DE LA PERSONA, ley 13/2006, 27 diciembre (BOA 149, 30 diciembre 2006), que entró en vigor el día 23 abril 2007 (artículos 104-108).

CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO:

Artículo 19.

1. *Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.*

2. *Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.*

Artículo 20.

1. *Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.*

2. *Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.*

3. *Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención*

a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

3.2. Código civil: ARTS. 172-174 Cc:

Artículo 172 Cc

COMENTADO EN:

«Aspectos jurídicos de protección al menor inmigrante» (MURILLAS ESCUDERO, JUAN MANUEL). *Diario La Ley*, nº 5605, año XXIII, 5 de septiembre de 2002, Ref.º D-290, pág. 1807, Tomo 7.

CITADO EN:

«La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos» (ABRIL CAMPOY, JUAN MANUEL) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* N° 675, Año LXXIX, enero-febrero 2003, pág. 11

«¿Inconstitucionalidad de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana en relación con los menores de edad?» (DOLZ LAGO, MANUEL JESUS) *Diario La Ley* N° 5744, Año XXIV, 21 de marzo de 2003, Ref.º D-67

«Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas» (ESTEBAN DE LA ROSA, GLORIA) *Diario La Ley* N° 5714, Año XXIII, 7 de febrero de 2003, Ref.º D-32

«Algunas reflexiones acerca de la incapacitación, la rehabilitación y la privación de la patria potestad [Comentario a la sentencia del tribunal constitucional de 9 de octubre de 2002 (STC 174/2002)]» (GUILARTE MARTIN-CALERO, CRISTINA) *Actualidad Civil* N° 24, Semana del 9 al 15 de junio de 2003, Ref.º XXXVII, pág. 633, Tomo 2

«La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal» (ZURITA MARTIN, ISABEL) *Actualidad Civil* N° 32, Semana del 1 al 7 de septiembre de 2003, Ref.º XLVIII, pág. 865, Tomo 3º

1. La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada

Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo

la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.

2. 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. 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. Cualquier variación posterior de la forma de ejercicio será fundamentada y comunicada a aquéllos y al Ministerio Fiscal. Asimismo, se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

3. La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la Ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde sea acogido el menor.

Los padres o tutores del menor podrán oponerse en el plazo de dos meses a la resolución administrativa que disponga el acogimiento cuando consideren que la modalidad acordada no es la más conveniente para el menor o si existieran dentro del círculo familiar otras personas más idóneas a las designadas.

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

5. Si surgieren problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado en guarda, aquél o persona interesada podrá solicitar la remoción de ésta.

6. Las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante la jurisdicción civil en el plazo y condiciones determinados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa.

7. Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el número 1 de este artículo, están legitimados para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo del menor, si por cambio de las circunstancias que la motivaron entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.

Igualmente están legitimados durante el mismo plazo para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor.

Pasado dicho plazo decaerá su derecho de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo.

8. *La entidad pública, de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá en todo momento revocar la declaración de desamparo y decidir la vuelta del menor con su familia si no se encuentra integrado de forma estable en otra familia o si entiende que es lo más adecuado en interés del menor. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal.»*

3.3. *Ley aragonesa 12/2001, de 12 julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón: que contempla tres posibilidades de protección para un menor de dad por parte de la Comunidad Autónoma aragonesa (BOA 20 julio 2001)*

- **SITUACIÓN DE RIESGO** (donde el menor convive con su familia).
- **SITUACIÓN DE GUARDA ADMINISTRATIVA** (el menor convive en una residencia del IASS o con una familia de acogida, conservando la patria potestad los padres del menor).
- **SITUACIÓN DE TUTELA** (donde se ha *suspendido* la patria potestad de los padres y el menor convive en una residencia del IASS o con una familia de acogida).

CAPITULO II. DE LAS SITUACIONES DE RIESGO

Artículo 56.- Situación de riesgo

Se consideran situaciones de riesgo aquéllas en las que, por circunstancias personales o sociofamiliares, se ven obstaculizados el desarrollo integral del niño o adolescente y el ejercicio de sus derechos y que no requieren su separación del medio familiar.

Artículo 57.- Actuación ante la situación de riesgo

La apreciación de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social individualizado y con indicación de plazos para su ejecución, que, en todo caso, deberá recoger las actuaciones y recursos necesarios para su eliminación, manteniendo al menor en su entorno familiar.

Artículo 58.- Colaboración en la ejecución de las medidas

Los padres o quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar están obligados a colaborar activamente, según su capacidad, en la ejecución de las medidas de protección indicadas en la resolución de la situación de riesgo. La negativa a la colaboración podrá dar lugar a la declaración de desamparo, si así lo requiere la evolución de la situación de riesgo y la protección del menor.

CAPITULO III. DE LAS SITUACIONES DE DESAMPARO

SECCIÓN PRIMERA *Del desamparo*

Artículo 59.- Situación de desamparo

1. *Se considera situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral y material.*

2. En particular, se entiende que existe situación de desamparo cuando se da alguna de las siguientes circunstancias:

a) Riesgo para la vida o integridad física o psíquica del menor. Cuando, debido al incumplimiento de los deberes de protección o por negligencia en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, de salud o educativas por parte de los padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, se atenta contra la vida o la integridad física o psíquica del menor.

b) Abandono del menor. Cuando faltan las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda y la autoridad familiar o cuando no pueden o no quieren ejercerlas.

c) Malos tratos. Cuando el menor es objeto de malos tratos físicos, psíquicos o de abusos sexuales, por parte de familiares o terceros, producidos en el ambiente familiar del menor.

d) Explotación de menor. Cuando sea inducido a ejercer mendicidad, delincuencia, prostitución, drogadicción, trabajo infantil o cualquier otra forma de explotación.

e) Falta de atención adecuada. Cuando la drogadicción habitual o cualquier otro problema físico, psíquico o social de los responsables de los menores impida la adecuada atención de los mismos.

f) Cuando, desaparecidas las causas que dieron lugar al ejercicio de la guarda por la entidad competente en materia de protección de menores, los responsables legales del menor no quisieran hacerse cargo del mismo.

Artículo 60.- Declaración de la situación de desamparo

1. Reglamentariamente se regulará el procedimiento para declarar la existencia de una situación de desamparo mediante resolución motivada, previo informe del equipo interdisciplinar, y que acuerde la medida de protección que corresponda.

2. En los casos en que exista un grave riesgo para el menor o cualquier otra causa que exija una intervención inmediata, se declarará provisionalmente la situación de desamparo y la entidad pública asumirá su tutela, adoptando cuantas medidas sean necesarias para asegurar su asistencia. Adoptadas dichas medidas, deberá iniciarse o proseguirse la tramitación del procedimiento.

Artículo 64.- De la guarda

1. La Administración de la Comunidad Autónoma, a través del órgano competente por razón de la materia, asumirá la guarda a solicitud de los padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, por acuerdo judicial o en función de la tutela por ministerio de la ley, en los supuestos y con el alcance establecidos en la legislación civil aplicable.

2. La guarda asumida por la Administración de la Comunidad Autónoma se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial.

3. Reglamentariamente se regulará el procedimiento para la constitución, ejercicio y cese de la guarda de los menores.

4. La información de carácter personal de que disponga la Administración de la Comunidad Autónoma o las entidades colaboradoras respecto de los menores que tenga o haya tenido

tutelados o en situación de guarda tendrá carácter reservado y no podrá ser facilitada por ningún concepto salvo en interés superior del propio menor.

Artículo 65.- Guarda a solicitud de los padres o de quienes les sustituyan

1. La guarda a solicitud de los padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar tendrá carácter temporal y tenderá en todo momento a la reintegración del menor en su familia de origen.

2. Se formalizará por escrito el acuerdo con la familia, en el que constará expresamente la duración de la misma y las medidas y condiciones previstas para el retorno del menor a su familia.

3. Los padres o quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, en la medida de sus posibilidades, están obligados a colaborar con la entidad pública tanto en su educación como en el sostenimiento de las cargas económicas.

SECCIÓN 5ª De la guarda mediante acogimiento residencial

Artículo 66.- Acogimiento residencial en centro de protección de menores

1. La Administración de la Comunidad Autónoma, a través del órgano competente por razón de la materia, acordará el acogimiento residencial cuando el resto de los instrumentos de protección resulten imposibles, inadecuados o insuficientes.

2. Asimismo, procurará que el menor permanezca internado durante el tiempo más breve posible. A tal fin, cuando se acuerde el acogimiento residencial, se programarán los recursos y medios necesarios para el retorno del menor a su familia o, en interés del menor y según los objetivos de protección, para la adopción de otras medidas.

3. Los menores en acogimiento residencial deberán respetar las normas del centro, así como colaborar con los profesionales en las actuaciones que se decidan en su beneficio.

4. La medida de acogimiento residencial podrá ser complementada con la estancia del menor con familias colaboradoras durante fines de semana y períodos vacacionales.

5. Todos los centros de protección de menores deberán estar autorizados por la Administración de la Comunidad Autónoma. Reglamentariamente se determinarán las clases de centros, los derechos y deberes de los menores, el procedimiento de ingreso y de baja, así como su autorización, organización y funcionamiento.

6. El órgano competente inspeccionará y supervisará, al menos semestralmente, el funcionamiento de los centros y el desarrollo y cumplimiento de los programas de protección y los derechos de los menores y emitirá informe valorativo. Asimismo, el Ministerio Fiscal deberá ejercer su vigilancia sobre todos los centros que acogen menores. La inspección, supervisión y vigilancia comprenderá también la adecuación de los recursos materiales y personales a los fines previstos en cada centro.

7. Cada menor residente deberá contar con un proyecto socioeducativo que persiga su pleno desarrollo físico, psicológico y social. Deberá potenciarse la preparación escolar y ocupacional al objeto de facilitar en lo posible su inserción laboral. Asimismo, se potenciará el conocimiento de los derechos y deberes fundamentales y de los valores de convivencia democrática recogidos en la Constitución.

8. Al menos durante el año siguiente a la salida de los menores de un centro de protección, la Administración de la Comunidad Autónoma efectuará un seguimiento de aquéllos al objeto de comprobar que su integración sociolaboral sea correcta, aplicando las ayudas técnicas o económicas necesarias. Para ello, se podrá recabar la colaboración de los servicios sociales comunitarios gestionados por entidades locales, así como de cualesquiera otros organismos e instituciones.

Artículo 67.- Características de los centros de protección de menores

1. Son centros de protección de menores los destinados al desarrollo integral de la personalidad de los mismos, acogiendo, cuidando y educando a los que por motivos de protección deban ser separados temporal o definitivamente de su núcleo familiar o entorno social.

2. Para garantizar a los menores el completo desarrollo de su personalidad, dichos centros tendrán las siguientes características:

a) Su dimensión y número de plazas serán los precisos para que puedan fomentar las relaciones personales y la madurez afectiva. A tal objeto, se procurará que sean centros de dimensiones y número de plazas reducidas. Reglamentariamente se establecerá el número máximo de plazas de cada centro.

b) Serán centros residenciales integrados en la comunidad y abiertos a su entorno social, de acuerdo con las necesidades de los menores y los objetivos de protección.

c) Serán centros que asegurarán la cobertura de las necesidades de la vida cotidiana de los menores y tendrán carácter eminentemente educativo, adaptando el proyecto educativo a las características personales de cada menor.

d) Estarán abiertos a la relación y colaboración familiar, siempre que la reinserción familiar sea en interés del menor.

e) En general, y especialmente durante la infancia, se favorecerá la convivencia normal de menores de ambos sexos y de diferentes edades.

Artículo 68.- Centro de observación y acogida (COA).

1. Es el centro de protección destinado a la acogida y observación del menor, mientras se realiza el estudio de su situación y de las medidas más adecuadas para su protección. La estancia de un menor en un centro de observación y acogida no será superior a dos meses.

2. En ningún caso podrán actuar como centros de observación y acogida los centros concertados ni los centros de las instituciones colaboradoras de integración familiar.

3. Se respetará el derecho a la educación de los menores residentes en los centros de observación y acogida, permitiendo la continuidad de su formación en el centro educativo al que asistieran hasta el momento de ser internados o en otros similares. En los casos en que las circunstancias del menor aconsejaren la no asistencia a un centro educativo, se establecerá la coordinación necesaria con el centro educativo de procedencia, de forma que el menor pueda mantener el proceso educativo en igualdad de condiciones con sus compañeros de curso.

Artículo 69.- Los acogimientos residenciales especiales

1. El acogimiento residencial de menores con graves deficiencias o discapacidades físicas o psíquicas o alteraciones psiquiátricas que estén sujetos a protección se realizará en centros específicos, con la correspondiente autorización judicial en su caso.

2. *El acogimiento residencial de los menores sujetos a protección en los que se detecte consumo de drogas tendrá lugar en centros adaptados a sus necesidades cuando su tratamiento en centros ambulatorios de intervención con adolescentes no sea suficiente.*

3. *La entidad pública cuidará del respeto a los derechos de los menores en dichos centros y les garantizará un adecuado nivel de prestaciones asistenciales, de acuerdo con sus necesidades.*

4. *Las limitaciones en el ejercicio de los derechos de estos menores que sean necesarias para su adecuada atención se realizarán con arreglo a la legislación vigente y con la debida autorización judicial.*

3.4. LEC, Ley de Enjuiciamiento civil, Ley 1/2000, 7 enero: que habilita y legitima a los padres para pleitear contra el IASS en el Juzgado Civil si no están de acuerdo con las medidas de protección acordadas con relación al hijo menor de edad

CAPÍTULO V. DE LA OPOSICIÓN A LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES Y DEL PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA NECESIDAD DE ASENTIMIENTO EN LA ADOPCIÓN

«Artículo 779. Carácter preferente del procedimiento. Competencia.

Los procedimientos en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tendrán carácter preferente.

Será competente para conocer de los mismos el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la entidad protectora y, en su defecto, o en los supuestos de los artículos 179 y 180 del Código Civil, la competencia corresponderá al tribunal del domicilio del adoptante.»

Artículo 780. Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores

1. *No será necesaria la reclamación previa en vía administrativa para formular oposición, ante los tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.*

La oposición a la resolución administrativa por la que se declare el desamparo de un menor podrá formularse en el plazo de tres meses desde su notificación, y en el plazo de dos meses la oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores.»

2. *Quien pretenda oponerse a una resolución administrativa en materia de protección de menores presentará un escrito inicial en el que sucintamente expresará su pretensión y la resolución a que se opone.*

3. *El tribunal reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días.*

4. *Recibido el testimonio del expediente administrativo, se emplazará al actor por veinte días para que presente la demanda, que se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753.*

Artículo 120.1 LRJAP

Artículo 781. Procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción

CITADO EN:

«La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal» (ZURITA MARTIN, ISABEL) *Actualidad Civil* N° 32, Semana del 1 al 7 de septiembre de 2003, Ref.º XLVIII, pág. 865, Tomo 3º

«1.º Los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán comparecer ante el tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente y manifestarlo así. El tribunal, con suspensión del expediente, señalará el plazo que estime necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser superior a veinte días. Presentada la demanda, se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753 de esta Ley.»

2. Si no se presentara la demanda en el plazo fijado por el tribunal se dictará auto dando por finalizado el trámite. Dictada esta resolución, no se admitirá ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre necesidad de asentimiento para la adopción de que se trate.

Artículos 1825 y ss. LEC de 1881.

Artículo 177 CC.

3.5. Actuación práctica en Zaragoza y provincia: menores desamparados en las dependencias de un puesto de la Guardia Civil o policía

Estos menores Desamparados o desprotegidos deben ser puestos por la propia Policía o Guardia Civil a disposición del IASS (INSTITUTO ARAGONES SERVICIOS SOCIALES), calle Supervía, 27 (TEF 976715004; FAX 976715288), cuando nos encontremos en horario de mañana, de lunes a viernes, sin necesidad de avisar al Fiscal de Menores o de Guardia. Solo en caso de que dicho IASS no admitiese al menor o plantearse problemas habría que localizar al Fiscal de Guardia o de Menores para que el Fiscal pidiese explicaciones a dicho IASS.

En horario de tardes, NOCHES, sábados, domingos y festivos deben ser puestos a disposición del ALTO CARABINAS, chalet 1 o chalet: COA, Centro Orientación y Acogida del IASS (TEF y FAX 976320973). Se ha comunicado al IASS que la propia Policía o Guardia Civil puede llevar a los menores directamente al COA sin necesidad de orden del Fiscal. Solo en caso de que el COA no admitiese al menor o plantearse problemas habría que localizar al Fiscal de Guardia o de Menores para que el Fiscal pidiese explicaciones al COA.

3.6. Actuación práctica en la Fiscalía Menores Zaragoza con relación a las denuncias de padres a hijos menores de edad

En la Fiscalía de Menores de Zaragoza se está detectando el aumento de denuncias de malos tratos de hijos a sus padres (arts. 153 y 173.2 Cp) , donde al año se pueden estar incoando unos 40 ER (Expedientes de Reforma o Expedientes Criminales

contra menores). Es lógico pensar que cuando unos padres deciden interponer la denuncia contra sus hijos es que la situación esta completamente desbordada.

También los padres se muestran reacios a medidas drásticas contra sus hijos, por lo que desde la Fiscalía se acude primero a una comparecencia de imputación formal, ANTE EL EMUME O GRUMEN, del menor con la oportuna presencia de letrado (Art. 771.2ª Lecr.) y después SE REALIZA UNA SEGUNDA IMPUTACIÓN ANTE EL FISCAL CON LA MISMA PRESENCIA DE LETRADO Y A CONTINUACIÓN se decide acudir a una solución extrajudicial del Art. 19 LO 5/2000 y Art. 5 RD1774/2004 Reglamento de la Ley Penal del Menor, en donde el menor el mismo día de la comparecencia en Fiscalía se le nombra un educador de medio abierto para comenzar a trabajar con la familia y dicho menor en una actividad de mediación y de terapia familiar y educativa (argumento ex Art. 83.1.5ª Cp y párrafo tercero apartado 1 del Art. 88 Cp, en relación Art. 19.2 LO 5/2000).

Esta solución extrajudicial esta dando buenos resultados y únicamente cuando el menor no colabora y así lo informa el educador de la frustrada solución extrajudicial (Art. 19.5 LO 5/2000) se judicializa el ER con petición en su caso de alguna medida cautelar de libertad vigilada; o en casos extremos, así manifestados por el educador, se insta la medida cautelar de internamiento del Art. 28.2 LO 5/2000.

También el Fiscal cuando se detecta la imposible convivencia del menor con los padres se acude en auxilio del ámbito de protección para ingresar al menor en un centro de Acogida, con una separación familiar de carácter temporal (guarda administrativa del Art. 172.2 Cc).

Se debe destacar que todas estas soluciones se realizan en unidad de acto porque la entidad protectora y de reforma de menores en Zaragoza, el citado IASS, con sus correspondientes educadores, se encuentran trabajando en el piso superior donde tiene la sede física la Fiscalía de Menores en Zaragoza. Por lo tanto la colaboración y coordinación institucional es muy buena, de tal manera que desde la Fiscalía se valora mas la cercanía física con esta entidad del IASS que con los propios juzgados de menores.

3.7. Menores víctimas de la violencia doméstica

CUANDO LA VIOLENCIA FAMILIAR SE CENTRA CONTRA LOS HIJOS MENORES QUE SON MALTRATADOS O AGREDIDOS SEXUALMENTE POR PERSONAS DE SU CIRCULO INTIMO (PROGENITORES, CONVIVIENTES CON EL OTRO PROGENITOR) O POR TERCERAS PERSONAS AJENAS AL CIRCULO FAMILIAR, APARTE DE LAS SANCIONES PUNITIVAS Y PROCESALES DE LA LEGISLACIÓN DE MAYORES (CP Y Lecr.) HAY QUE HACER REFERENCIA A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES QUE APARECEN RECOGIDAS EN EL Cc, LA LO 1/1996, 15 ENERO DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR Y EN LA LEY ARAGONESA 12/2001, 2 JULIO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN ARAGON:

Aquí los Fiscales aplicamos los criterios que se deducen de toda la materia relativa a la PROTECCIÓN DE MENORES.

3.8. Menores en absentismo escolar

Art. 13 DE LA LEY ESTATAL, LO 1/1996, 15 ENERO DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR:

«Obligaciones de los ciudadanos y deber de reserva.-

1. *Toda persona o autoridad y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise.*

2. *Cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización.*

3. *Las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso actuarán con la debida reserva.*

En las actuaciones se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor.»

Arts 28, 49, 50, 84 y 85 ley aragonesa de la Infancia y la Adolescencia en Aragón:

Artículo 28.

Colaboración de los centros escolares

1. *Los responsables de los centros escolares y el personal educativo de los mismos están obligados a colaborar con las familias y los servicios municipales y con las instituciones protectoras de menores para garantizar la escolarización obligatoria y combatir el absentismo escolar.*

2. *Están especialmente obligados a poner en conocimiento del organismo público competente de la Administración de la Comunidad Autónoma toda situación de absentismo escolar, así como aquellos hechos o indicadores que puedan suponer la existencia de una situación de riesgo o desamparo, y a colaborar con el mismo para evitar y resolver tales situaciones. En los casos en que las medidas de mediación consideradas oportunas fracasen y persista el absentismo escolar, la Administración de la Comunidad Autónoma lo comunicará al Ministerio Fiscal y a la autoridad judicial.*

3. *La Administración de la Comunidad Autónoma promoverá convenios de colaboración entre las distintas instituciones a los efectos de prevenir y erradicar el absentismo escolar y con el fin de facilitar la detección, derivación, prevención y tratamiento de las situaciones de riesgo y malos tratos.*

4. *Los centros educativos contarán con las instalaciones docentes y deportivas adecuadas para el desarrollo integral de los menores, con el fin de garantizar una educación en condiciones de seguridad y calidad.*

Artículo 49.

De la detección de las situaciones de riesgo y desamparo

1. *Las Administraciones públicas, dentro de sus competencias, deberán desarrollar las actuaciones necesarias para la detección de las situaciones de riesgo y desamparo de los menores.*

2. *La Administración de la Comunidad Autónoma, a través del órgano competente por razón de la materia:*

a) *Elaborará programas, criterios e instrumentos ágiles de detección y notificación de las situaciones de riesgo y desamparo.*

b) *Coordinará las actuaciones llevadas a cabo por las distintas instituciones en este campo.*

c) *Recibirá e investigará las denuncias.*

Artículo 50.

Obligaciones de los ciudadanos y deber de reserva

1. *Toda persona, y, en especial, quien por razón de su profesión tenga noticia de una situación de riesgo o desamparo, lo pondrá en conocimiento de la entidad pública competente en materia de protección de menores, garantizándosele durante todo el procedimiento la debida reserva y el anonimato, y sin perjuicio de la obligación de prestar el auxilio inmediato que precise y de las comunicaciones procedentes a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal.*

2. *Las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso actuarán con la debida reserva. Están especialmente obligadas a guardar secreto de la información que obtengan y de los datos de filiación de los menores las personas que intervengan en el procedimiento de constitución de acogimientos y propuestas de adopción, evitando especialmente en este último caso que la familia de origen conozca a la adoptiva.*

No obstante, la Administración de la Comunidad Autónoma podrá facilitar al adoptante, así como a quienes tengan al menor en acogimiento familiar preadoptivo, la información disponible sobre la familia natural del menor que resultase precisa en interés de la salud y desarrollo del mismo.

3. *Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, el adoptado, a partir de la mayoría de edad, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar quiénes han sido sus padres biológicos, lo cual no afectará a la filiación adoptiva.*

4. *Las autoridades y servicios públicos tienen obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente, y de poner los hechos en conocimiento de los responsables legales del menor o, cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal*

ACTUACIÓN PRÁCTICA DE LA GUARDIA CIVIL O POLICÍA EN CASO DE ABSENTISMO ESCOLAR:

Por lo tanto si un Puesto de la Guardia Civil de cualquier pueblo sospecha o tiene conocimiento que un menor en edad escolar obligatoria (6-16 años) no asiste al colegio o IES, debe actuar de la siguiente manera:

Ponerlo en conocimiento del Asistente Social del Ayuntamiento correspondiente, manteniendo una relación institucional con dicho asistente social y pedirle explicaciones de lo que esta haciendo para solucionar dicho absentismo de ese menor.

Si transcurrido un mes la situación no hubiese variado y el menor de 6-16 años sigue sin asistir al colegio o IES, entonces se debe poner en conocimiento de la Fis-

calía de Menores con todos los datos necesarios a través de un Atestado o Diligencias de la Guardia Civil, para en su caso citar a los padres y al menor por un delito de absentismo escolar.

ACTUACIÓN PRÁCTICA DE LA FISCALIA MENORES EN TEMAS DE ABSENTISMO ESCOLAR: COMPARECENCIA EN LA FISCALÍA DE MENORES:

En esta materia de Protección se debe destacar la colaboración de la Fiscalía con el Departamento de Educación de la DGA (Gobierno de Aragón) para citar a los padres de los menores que incumplen su deber de llevar a sus hijos al colegio en la educación obligatoria, dando lugar a la advertencia a dichos padres en una comparecencia con ellos y con los hijos y con representantes del Departamento de Educación, del IASS y del Ayuntamiento de Zaragoza, que de seguir en esta comportamiento omisivo, la Fiscalía Menores los denunciaría por un presunto delito de absentismo escolar del Art. 226 y 228 Cp.

Así cuando el citado Departamento de Educación de la DGA ha fracasado en sus citaciones y audiencias con los padres en el ámbito administrativo, citamos desde la Fiscalía Menores a estos padres y a los hijos, así como a los inspectores de Educación del Servicio de Absentismo Escolar, incoando nuestro expediente de protección y en la referida comparecencia con presencia del Fiscal les ponemos de relieve las ausencias injustificadas de sus hijos al colegio o Instituto. Si en un plazo marcado del mes siguiente el hijo sigue en absentismo escolar interponemos la denuncia anunciada. Una vez al mes aproximadamente en los meses diciembre hasta marzo realizamos estas comparecencias con unas 10 familias en cada ocasión.

El resultado puede considerarse satisfactorio, según nos informa la DGA, dada la transmisión boca a boca entre determinados colectivos españoles y extranjeros de las posibles consecuencias del absentismo escolar, sobretodo tras la reforma del referido Art. 226.1 Cp por la LO 15/2003, que contempla como pena alternativa la prisión de 3 a 6 meses.

Artículo 226. 1 El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

3.9. Alcohol y menores: Art. 40, Art. 96.3.r y Art. 99 Ley aragonesa de la Infancia y la Adolescencia en Aragón: sanciones a bares, discotecas o establecimientos abiertos al público

Artículo 40. Establecimientos y espectáculos

1.

A fin de garantizar una más correcta protección de los niños y adolescentes en su relación con los establecimientos y espectáculos públicos, se prohíbe:

a) Su admisión en establecimientos donde se desarrollen actividades o espectáculos violentos, pornográficos o con otros contenidos perjudiciales para el correcto desarrollo de su personalidad.

b) Su admisión en bingos, casinos, locales de juegos de suerte, envite, azar y de máquinas de juego con premios en metálico.

c) Su admisión en locales donde se realicen combates de boxeo.

d) Su admisión en locales especialmente dedicados a la expedición de bebidas alcohólicas, salvo que vayan acompañados de sus padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar.

e) La admisión de niños y adolescentes, que por su edad deban cursar enseñanza obligatoria, en salones recreativos y establecimientos similares durante el horario escolar.

2. La Administración de la Comunidad Autónoma velará para que las prohibiciones reseñadas se hagan efectivas.

Artículo 96.

Infracciones administrativas

1. Son infracciones administrativas a la presente Ley las acciones y omisiones dolosas o imprudentes tipificadas en este artículo.

3. Constituyen infracciones graves:

r) Permitir la entrada en los establecimientos o locales a que hace referencia el artículo 40 de esta Ley.

Artículo 99.

Sanciones administrativas

Las infracciones tipificadas en el presente título serán sancionadas de la forma siguiente:

a) Infracciones leves: amonestación por escrito o multa de hasta 500.000 pesetas.

b) Infracciones graves: multa de 500.001 pesetas a 5.000.000 de pesetas.

c) Infracciones muy graves: multa de 5.000.001 pesetas a 50.000.000 de pesetas.

jurisdicción penal por los mismos hechos.

HAY UN FUNCIONARIO ENCARGADO DE TODOS ESTOS TEMAS DE TRAMITAR LOS EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS A LOS BARES, LOCALES Y ESTABLECIMIENTOS QUE SUMINISTRAN ALCOHOL A LOS MENORES:

Calle Supervía 27. 50071 Zaragoza

Servicio Provincial de la Infancia y Tutela. Servicios centrales del IASS.

Teléfono 976715023

Este funcionario del IASS no tiene ningún problema en dar todas las explicaciones a la Policía y Guardia Civil relacionadas con sanciones a bares, cafeterías, discotecas, establecimientos comerciales que vendan alcohol a menores.

Se debe destacar que lo más importante en estas infracciones es determinar:

- los datos de identificación de los menores, a poder ser dentro del bar o local correspondiente y que lo firmen.
- En su defecto los datos se pueden rellenar fuera del establecimiento.
- Que el agente de la Guardia civil quede perfectamente identificado y manifieste que el menor no ha querido firmar.

3.10. Protección extranjeros menores de edad

Para los menores **extranjeros** se deberá tener en cuenta el Art. 35 de la Ley Extranjería, LO 4/2000, 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social:

Art. 35 LO 4/2000: Residencia de menores.

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

2. *Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.*

3. *La Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España.*

4. *Se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.*

5. *Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado.*

Aunque este Art. 35 se refiere a temas de Protección de Menores, lo cierto es que también se utiliza para poder determinar la edad en temas de Reforma.

POR LO TANTO, TODO MENOR EXTRANJERO QUE HAYA DUDAS POR SU APARIENCIA QUE NO ES MENOR DE EDAD DEBERÁ SER LLEVADO POR LA GUARDIA CIVIL O LA POLICÍA AL HOSPITAL CLÍNICO PARA HACERLE LA PRUEBA DE EDAD (PRUEBA RADIOLÓGICA DE LA MANO) Y SI ES MENOR DE EDAD SE INGRESARA EN EL COA POR SITUACIÓN DE DESAMPARO O DE DESPROTECCIÓN. SI ES MAYOR DE EDAD SE PONDRÁ A DISPOSICIÓN DE LA BRIGADA DE EXTRANJERÍA.

JCA N.º 1 (Huesca) S 13 Oct. 2006.– Ponente: Oliván del Cacho, José Javier.

MENORES EXTRANJEROS. Vulneración del derecho a ser oído en expediente de repatriación. Inexistencia de condiciones adecuadas para una reagrupación familiar

La repatriación de menores constituye una consecuencia legal prevista ante la presencia irregular en España de un menor no acompañado. Pero, tal repatriación, exige que se garantice la efectiva reagrupación familiar del menor, o la adecuada tutela de los servicios de menores. Y, ciertamente, este presupuesto no se considera acreditado en el expediente instruido en el caso, pese a que inicialmente se informó del domicilio de los padres, lo que, efectivamente, legitimaba el inicio del expediente de repatriación, como hicieron las autoridades policiales. Sin embargo, el padre del menor está ingresado en un centro penitenciario, mientras que la madre no cuenta con un paradero conocido. En tales circunstancias, es difícil que pueda hablarse de la existencia de las condiciones adecuadas para una reagrupación familiar. Y tampoco consta actuación alguna relacionada con los Servicios de Protección de Menores del Reino de Marruecos, en orden a asegurar su adecuada tutela. De ahí que se entienda vulnerado el art. 92.4 RD 2393/2004 de 30 Dic. (Reglamento de LO 4/2000 de 11 Ene., derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) (LA LEY-LEG. 34/2005). Por tanto, en caso de que se incoe un nuevo expediente de repatriación, deberá dársele al menor la audiencia correspondiente.

Normas aplicadas: art. 35 LO 4/2000 de 11 Ene. (derechos y libertades de los extranjeros en España) (LA LEY-LEG. 126/2000); arts. 92 y 92.4 RD 2393/2004 de 30 Dic. (Reglamento de LO 4/2000 de 11 Ene., derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) (LA LEY-LEG. 34/2005).

En Huesca, a 13 de octubre de 2006.

621—JCA N.º 14 (Madrid) AA 6 Abr. 2006.– Ponente: Salgado Carrero, Celestino.

EXTRANJEROS.– Medidas cautelares.– Mantenimiento de la suspensión de resolución por la que se ordena la repatriación de un menor.– Orden de devolución del pasaporte del menor para que sea entregado al órgano encargado de su tutela y lo conserve en su poder a disposición del Juzgado.

En el caso, teniendo en cuenta que el menor está en España desde 2003, que se dio permiso de residencia, así como la existencia de informes educativos favorables, integración educativa, lazos afectivos con sus educadores, el deseo manifestado por el menor de continuar en España, y dada la celeridad del procedimiento de protección de derechos fundamentales de la persona y primando el interés superior del menor, se considera más adecuado mantener la suspensión, ya acordada como medida provisionalísima, de la resolución por la que se ordena su repatriación a Marruecos hasta tanto se dicte sentencia, por el perjuicio que supondría la ejecución de la repatriación y, caso de estimarse el recurso, volver a reintegrarle a España. Asimismo, procede la devolución del pasaporte del menor instada para que aquél sea entregado al órgano encargado de su tutela para que lo conserve en su poder a disposición del Juzgado.

Normas aplicadas: art. 24 CE; arts. 56 y 57 LRJAP (LA LEY-LEG. 3279/1992); arts. 129 y 130 LJCA 1998 (LA LEY-LEG. 2689/1998).

En Madrid, a seis de abril de dos mil seis.

1831– JCA N.º 14 (Madrid) S 25 Sep. 2006.– Ponente: Salgado Carrero, Celestino.

MENORES.— Protección de los menores extranjeros.— Normativa aplicable.— Principios de actuación: interés superior del menor.— Reagrupación familiar como derecho del menor extranjero.

El principal instrumento internacional en el otorgamiento y protección de los derechos civiles y políticos de los menores es la Convención 20 Nov. 1989 (Convención sobre los derechos del niño), aplicable en España en virtud de los arts. 10.2 y 39 CE. Se establece en este último artículo la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta la de los menores. En relación a los menores extranjeros no acompañados, hay que partir de los arts. 35 LO 4/2000 de 11 Ene. (derechos y libertades de los extranjeros en España) y 92 RD 2393/2004 de 30 Dic. (Reglamento de LO 4/2000 de 11 Ene., derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social). Dicha normativa parte del principio de reagrupación familiar del menor, considerando como medida procedente el retorno del menor a su país de origen o a aquel donde se encontrasen sus familiares, o en su defecto, cuando no sea posible la repatriación, su permanencia en España para su reintegración. Por tanto, la salida de nuestro país de un menor extranjero no acompañado, sólo puede tener como motivo su reagrupación con su familia, de forma que dicha reagrupación familiar se convierte en un derecho para el menor extranjero. Y es que todas las medidas a adoptar en relación a tales menores extranjeros están en clara conexión con el principio del interés superior del menor, el cual se constituye en el principio rector que han de regir todas las acciones que se adopten con los mismos —arts. 3 Convención 20 Nov. 1989 y 2, 3, 11.2 a) LO 1/1996 de 15 Ene. (protección jurídica del menor, modificación del CC y de la LEC)—. En este sentido, la mejor forma de llevar a cabo la reunificación familiar y el regreso al país de origen es hacerlo de forma voluntaria, debiendo ser los menores plenamente informados y consultados, y sus opiniones respetadas a lo largo de todo el proceso.

Vulneración de los derechos fundamentales del menor.— Omisión de audiencia al menor en expediente de repatriación.— Derecho a la asistencia letrada para los menores extranjeros no acompañados.

En el caso, debe apreciarse que la resolución que acordó la repatriación de un menor de edad a Marruecos infringió el ordenamiento jurídico, vulnerando las garantías susceptibles de amparo de los menores, lo que determina su nulidad. En efecto, resultaba obligada la notificación del acuerdo de repatriación al propio menor —dadas sus condiciones de edad y madurez—, y la afectación a derechos personalísimos del mismo, así como la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos. Por el contrario, lo acontecido es que la Comisión de Tutela del Menor solicita la iniciación de expediente de repatriación y, sin oír al menor, accede a dicha solicitud acordando la

misma, de la que se da cuenta al M.F. Resulta difícil entender que esta actuación se guíe por el interés del menor, cuando únicamente se oyó a éste en el acta de exploración de desamparo, siendo fundamental, como criterio para averiguar el interés del menor, el oír al niño en función de la edad y madurez del mismo, tal y como lo contempla el art. 12 Convención 20 Nov. 1989 (Convención sobre los derechos del niño) y art. 9 RD 2393/2004 de 30 Dic. (Reglamento de LO 4/2000 de 11 Ene., derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social). Por otro lado, este derecho a ser oído que tiene el menor, exige que la audiencia del mismo se realice con las garantías debidas, ya que la asistencia jurídica del letrado hacia el menor extranjero no acompañado es requisito ineludible y necesario para llevar a efecto el derecho del menor a ser oído. Ese derecho de asistencia letrada para los menores extranjeros no acompañados se establece como uno de los principios alrededor de los que gira la Convención 20 Nov. 1989 —el derecho a la no discriminación—, resultando claramente discriminatorio el hecho de que dicha asistencia se conceda a cualquier extranjero mayor de edad y, sin embargo, pretende negarse o no se facilite a los menores extranjeros no acompañados.

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.— Legitimación activa.— Reconocimiento de interés legítimo a una asociación dedicada a la tutela de los derechos de menores, que aporta sus estatutos en el proceso.

En el caso, partiendo del concepto más amplio de interés legítimo que acoge la vigente LRJAP, frente al de interés directo previsto en LJCA 1998, así como al principio pro actione, no puede negarse la legitimación por falta de acreditación de los objetivos y finalidades de la asociación recurrente en el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales de menor de edad en expediente de repatriación. Y ello porque se han aportado los estatutos que definen sus objetivos y finalidades, entre los que se encuentra la tutela de los derechos y libertades fundamentales de menores y jóvenes, lo que posibilita entender acreditada la legitimación negada de contrario por existencia de interés legítimo.

Capacidad procesal.— Interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores.— Condiciones de edad y madurez suficientes para comparecer en juicio.— Naturaleza personal de los derechos protegidos.

En el caso, no puede prosperar la causa de inadmisibilidad planteada al amparo del art. 69 b LJCA 1998, por haberse interpuesto el recurso contencioso-administrativo por persona incapaz y no debidamente representada, derivadas ambas de la falta de capacidad de obrar del menor para comparecer por sí mismo en juicio y para otorgar poderes. Y ello porque el menor, en relación con los arts. 18 LJCA 1998 y 162.1 CC, dadas sus condiciones de edad y madurez, tiene capacidad de obrar suficiente para reclamar ante este orden jurisdiccional y por sí mismo su derecho, al tratarse de una acción personalísima afectante a su esfera personal, familiar o social. Ello resulta conforme también con el principio general recogido en el art. 2 LO 1/1996 de 15 Ene. (protección jurídica del menor, modificación del CC y de la LEC), conforme al cual las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva. En cualquier caso, la causa de inadmisibilidad alegada no puede prosperar porque cualquier defecto de representación del menor quedó debidamente subsanado

mediante el nombramiento del defensor judicial que tuvo lugar al amparo de lo dispuesto en el art. 138 LJCA 1998, plenamente acorde con la doctrina del TC acerca de la subsanabilidad de los defectos de representación.

Procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales en el orden contencioso-administrativo.— Ámbito de protección y limitación del objeto del proceso.

El ámbito jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales por el procedimiento sumario, está exclusivamente establecido para tutelar los derechos comprendidos en los arts. 14 a 29 y 30.2 CE conforme determinan los arts. 53.2 y 161.1 de su texto, y el 41.1 LOTC, sin que tal procedimiento permita examinar cualquier pretendida infracción del ordenamiento jurídico ni resolver en relación con temas o cuestiones de estricta legalidad ordinaria. Por tanto, su ámbito se circunscribe a determinar si el acto o disposición que se impugna vulnera directamente aquellos derechos, por lo que sólo sobre las pretendidas violaciones de los derechos fundamentales puede versar el examen de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos. En efecto, las alegaciones sobre las pretendidas violaciones del ordenamiento jurídico basadas en preceptos distintos de los constitucionales citados o sobre supuestas irregularidades formales del acto, no pueden ser tomadas en consideración dentro del cauce del procedimiento especial de referencia.

Relación entre el proceso especial y el ordinario en la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito contencioso-administrativo.

La disp. trans. 2.ª 2 LOTC dispuso que, en tanto no se desarrollase el art. 53.2 CE, se permitía a los particulares que entendieran vulnerados sus derechos fundamentales por una actuación administrativa, la opción de acudir al proceso administrativo ordinario o iniciar el proceso de protección jurisdiccional de derechos fundamentales regulados por L 62/1978 de 26 Dic. (protección jurisdiccional de los derechos fundamentales). No obstante no ser aplicable ya dicha disp. trans. 2.ª 2 LOTC tras la entrada en vigor de la LJCA 1998 y del proceso especial del amparo ordinario en el orden contencioso-administrativo —al que se dedican los arts. 114 y ss.—, la citada LJCA 1998 no niega que la tutela judicial de amparo ordinario pueda recabarse a través de un proceso ordinario. En definitiva, cabe que en el proceso ordinario, o en su caso abreviado, el actor pueda alegar la legalidad de la actuación administrativa, con la posible discusión de su inconstitucionalidad. Incluso, se permite iniciar en paralelo ambos procesos en relación con un mismo acto o disposición, de manera que podrá plantearse el proceso ordinario o abreviado correspondiente —alegando los motivos de legalidad ordinaria—, y a la vez, el proceso especial de amparo, si bien deduciéndose su objeto a la infracción de los derechos fundamentales tutelados por dicho proceso especial.

Normas aplicadas: arts. 10.2, 14 a 29, 30.2, 39, 53.2 y 161.1 CE; art. 12 Convención 20 Nov. 1989 (Convención sobre los derechos del niño) (LA LEY-LEG. 3489/1990); L 62/1978 de 26 Dic. (protección jurisdiccional de los derechos fundamentales); LRJAP (LA LEY-LEG. 3279/1992); arts. 18, 69 b) y 138 LJCA 1998 (LA LEY-LEG. 2689/1998); art. 41.1, disp. trans. 2.ª 2 LOTC; arts. 2, 3, 11.2 a) y 138 LO 1/1996 de 15 Ene. (protección jurídica del menor, modificación del CC y de la LEC) (LA LEY-LEG. 167/1996); art. 35 LO 4/2000 de 11 Ene. (derechos y libertades de los extranjeros en España) (LA LEY-LEG. 126/2000); art. 35 LOE (LA LEY-LEG. 703/2006); art. 162.1 CC; arts. 9 y 92 RD 2393/2004 de 30 Dic. (Reglamento

de LO 4/2000 de 11 Ene., derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) (LA LEY-LEG. 34/2005).

En la Ciudad de Madrid, a veinticinco de septiembre de dos mil seis.

4. TESTIFICAL DE CARGO DE LOS MENORES AGREDIDOS.

EN EL ÁMBITO DEL PROCESO CRIMINAL HAY QUE CITAR DOS ARTICULOS MODIFICADOS EN LA Lecr. POR LA REFORMA DE LA LO 14/1999 PARA PROTEGER A LOS MENORES PARA QUE NO SUFRAN EL ENFRENTAMIENTO DIRECTO CON SUS AGRESORES EN LOS JUICIOS ORALES CUANDO TENGAN QUE DECLARAR COMO TESTIGOS DE CARGO:

Art. 707 Lecr.: Todos los testigos que no se hallen privados del uso de su razón están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos.

Cuando el testigo sea menor de edad, el Juez o Tribunal podrá, en interés de dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordar que sea interrogado evitando la confrontación visual con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.

En relación con este artículo 707 Lecr. se debe traer a colación dos sentencias del TS, una la STS 8 marzo 2002, Jiménez Villarejo y otra del mismo ponente de fecha 1 julio 2002 donde se condena a un padre que abusaba sexualmente de sus dos hijas menores, permitiendo que no declarasen en la vista oral, siendo suficientes con la declaración de las dos psicólogas que las habían examinado y con un prueba preconstituida de una de las menores

Art. 713 Lecr.: En los careos del testigo con los procesados o de los testigos entre sí no permitirá el Presidente que medien insultos ni amenazas, limitándose la diligencia a dirigirle los careos los cargos y hacerse las observaciones que creyeren convenientes para ponerse de acuerdo y llegar a descubrir la verdad.

No se practicarán careos con testigos que sean menores de edad salvo que el Juez o Tribunal lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial.

STS 1 julio 2002, Jiménez Villarejo:

Las pruebas, celebradas en el juicio oral, de las que ha podido deducir razonablemente el Tribunal de instancia la realidad de los hechos enjuiciados y la participación que en ellos tuvieron los acusados —por acción Francisco G. M. y por omisión Isabel M. O.— son las siguientes: a) las declaraciones prestadas por los testigos D.ª Trinidad N. J. y D.ª Josefa S. B., profesora y directora, respectivamente, del colegio público donde estudiaban las niñas ofendidas, a las que la mayor de las dos —Macarena— refirió los actos que el acusado realizaba con ella sin oposición alguna de su madre; b) la audición de las cintas en que se grabó la exploración judi-

cial de la menor de las niñas —Vanessa— en el curso de la cual, con expresiones inequívocas, narró las mismas agresiones sufridas tanto por ella como por su hermana; c) la prueba pericial psicológica que puso de manifiesto las profundas y gravísimas secuelas que dejó en ambas niñas el repugnante comportamiento de ambos acusados. El Tribunal de instancia ha preferido no valorar el testimonio de los psicólogos del equipo que atendió a las menores en el Centro de acogida de la Diputación Provincial de Sevilla aunque, en opinión de esta Sala, no parece que la emisión por dichos profesionales de los informes que sirvieron de base a los organismos de la Junta de Andalucía para declarar a las niñas en situación de desamparo tuviera que privar de fuerza probatoria a sus declaraciones. Una cosa es que las manifestaciones hechas por las menores a las psicólogas no tengan, naturalmente, valor de testimonio y otra muy distinta es que el Tribunal no pueda valorar lo que en su presencia dijera las psicólogas en su condición de testigos de referencia y no solo en la de peritos. Sea como sea, hemos de limitarnos a analizar la idoneidad que pudieron tener aquellas tres pruebas, para desvirtuar la presunción de inocencia. El problema que plantean las pruebas a que antes nos hemos referido con las letras a) y b) —la pericial significada con la letra c) no ha sido cuestionada en el recurso— es que, no habiendo declarado ninguna de las dos menores ofendidas ante el Tribunal de instancia y una de ellas, Macarena, ni siquiera ante el Juzgado de Instrucción, parece a primera vista no haber sido respetado el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo que reconocen a todo acusado el art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y art. 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos y que está comprendido en el derecho a la defensa reconocido en el art. 24.2 CE. Problema que, sin embargo, se reconduce a sus verdaderas dimensiones si se cae en la cuenta, por una parte de que las defensas no pudieron interrogar a los testigos presenciales —las menores ofendidas— pero sí a testigos de referencia —la directora y la profesora del colegio a que aquéllas asistían—, cuya declaración tenía un inequívoco sentido de cargo y, por otra, que la declaración sumarial de una de las niñas se aportó al acto del juicio oral como prueba anticipada. Así planteada la cuestión, lo que hemos de preguntarnos es si, en el caso resuelto por la sentencia recurrida, los testigos presenciales podían ser lícita y válidamente reemplazados por los de referencia y si concurrían los presupuestos requeridos por el art. 730 LECrim. para que la reproducción en el juicio oral de una diligencia practicada en el sumario sea sustituida por lo que la citada norma, a la altura de la fecha de su redacción, únicamente podía prever como lectura.

Sin duda alguna, el hecho de que a una persona se la declare culpable de un delito sobre la base de las declaraciones inculpatórias de testigos de referencia y no presenciales da lugar a una de las situaciones más delicadas que pueden ser imaginadas en el proceso penal. Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, que solo puede entenderse desvirtuada mediante una prueba de cargo apreciada por el Tribunal competente en el acto del juicio oral y, por tanto, en condiciones de inmediación, el testimonio de referencia tropieza con la lógica dificultad que supone para el Tribunal formar juicio no solo sobre la veracidad del testigo de referencia sino sobre la del testigo presencial en cuya lugar aquél se subroga. Ello no obstante, tanto la doctrina constitucional —SSTC 303/1993, 35/1995, 97/1997 y 97/1999— como la jurisprudencia de esta Sala —SSTS 232/1997, 139/2000, 335/2000, 429/2002, entre otras— han admitido la posibilidad de que la prueba testifical indirecta sustituya excepcionalmente a la directa, con la posibilidad de que su valor probatorio sea apreciado por el Tribunal, cuando se acredite la imposibilidad material de que comparezca en el juicio oral el testigo presencial. En el caso que da origen al recurso que estamos examinando no puede decirse que fuese materialmente imposible la comparecencia de las menores ofendidas ante el Tribunal, pero sí con-

curría una causa de imposibilidad legal, que aquél ponderó prudencialmente, a la que se ha referido esta Sala, resolviendo un caso parecido al que ahora se plantea, en su S 429/2002, de 18 Mar.

La LO 1/1996, de 15 Ene., de Protección Jurídica del Menor, que es desarrollo tanto del art. 39.4 CE como de la Convención de los Derechos del Niño aprobada en las Naciones Unidas el 20 Nov. 1989 y en vigor en España desde el 5 Ene. 1991, menciona en el art. 11.2 como dos de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor, la supremacía del interés del menor y la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal y dispone en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor. Podría argüirse que el llamamiento judicial de un menor que se supone ha sido víctima de un delito, para que se someta a las preguntas de la defensa del acusado, no es una interferencia necesaria puesto que está en juego que a éste se le declare culpable o inocente y, por otra parte, su derecho a interrogar tiene rango constitucional, pero tal razonamiento debe ceder ante los principios antes mencionados —sin perjuicio de las consecuencias procesales que puedan derivarse de la ausencia del interrogatorio— y ante el mandato contenido en el art. 17 de la misma LO 1/1996, a cuyo tenor en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal y social del menor (...) la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra. Si a la luz de estos principios y preceptos, se leen los informes emitidos por los psicólogos de los Servicios de Infancia y Familia de la Diputación Provincial de Sevilla.»

En cualquier caso la repetida LO 8/2006, 4 diciembre, que ha modificado la ley penal del menor también ha dado nueva redacción a algunos artículos de la Lecr. con la finalidad de dar mejor protección a los menores víctimas de determinados delitos (sobre todo delitos contra libertad sexual o indemnidad sexual de los menores) para evitar que tengan una confrontación visual con el imputado o acusado en los tramites judiciales (tanto en la fase de instrucción como en la fase de la vista oral):

- **Uno.** Se modifica el artículo 433, que tendrá la siguiente redacción:

«Al presentarse a declarar, los testigos entregarán al secretario la copia de la cédula de citación.

Los testigos mayores de edad penal prestarán juramento o promesa de decir todo lo que supieren respecto a lo que les fuere preguntado, estando el juez obligado a informarles, en un lenguaje claro y comprensible, de la obligación que tienen de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal.

Toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor podrán estar presentes, salvo que sean imputados o el juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario. El juez podrá acordar la grabación de la declaración.»

- **Dos.** Se sustituye el último párrafo del artículo 448, que tendrá la siguiente redacción:

«La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.»

- **Tres.** Se sustituye el último párrafo del artículo 707, que tendrá la siguiente redacción:

«La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.»

- **Cuatro.** Se modifica el artículo 731 bis, que queda redactado como sigue:

- *«El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.»*

5. PUNTOS DE ENCUENTRO.

CON RELACION AL RÉGIMEN DE VISITAS Y COMUNICACIÓN CON LOS HIJOS POR PARTE DEL AGRESOR SE DEBE DESTACAR LA CREACIÓN DE LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR, donde tanto los Jueces de Instrucción, los nuevos de Violencia Contra la Mujer que entreran en funcionamiento el 29 junio 2005, como los de Primera Instancia (Juzgados Familia) tienen un local adecuado y atendido por profesionales de la psicología, de la pedagogía, para que los hijos menores de edad puedan ser entregados, recogidos y relacionarse con sus padres sin necesidad de que se planteen encuentros violentos, dada las malas relaciones entre los progenitores.

Como destaca el magistrado Joaquín Delgado: «los puntos de encuentro son locales atendidos por una institución oficial, o por una asociación privada con apoyo público en los que se puede llevar a cabo alguna actividad relacionada con el ejercicio del régimen de visitas en ejecución de lo dispuesto por una resolución judicial dictada en un proceso matrimonial. Suelen utilizarse para los siguientes actos:

- la entrega y recogida del menor.
- La realización de toda la visita.

En la Guía Práctica de Actuación contra la violencia doméstica, aprobada por el Acuerdo del Pleno del CGPJ de 21 marzo 2001, se aconseja que

«en los casos en que fuera inevitable la relación entre denunciante y denunciado fuera del juzgado (por ejemplo, en aplicación del régimen de visitas a los hijos), se fijarán judicialmente puntos de encuentro seguros y se dispondrá lo necesario para que la víctima disponga de acompañamiento y asistencia si lo precisare».

Asimismo, el II Plan Integral contra la Violencia Doméstica (2001-2004) señala como una de las acciones a realizar dentro de las medidas asistenciales y de intervención social,

«Puntos de encuentro donde se lleven a cabo las visitas de padres y madres a menores en los casos de separación y divorcio con antecedentes de violencia doméstica, atendidos por personal cualificado que emitan informes a los tribunales competentes».

Teniendo en cuenta la gran utilidad de los Puntos de Encuentro para la aplicación de la Orden de Protección, desde los poderes públicos competentes debe fomentarse su extensión a aquellos partidos judiciales donde no existen».

ZARAGOZA:

En la capital tenemos dos puntos de encuentro:

- **APEFA (Punto Encuentro Familiar):** se encuentra en la calle Blasón Aragonés 1ª planta. 50003 Zaragoza (junto a la Plaza Sas). Teléfono y FAX 976 20 48 92. MÓVIL 659 592 833. E-MAIL info@apefa.com
- **SEFA (Servicio Encuentro Familiar):** se encuentra en la Ciudad Escolar Pignatelli, en la calle Jarque del Moncayo 23, 50.012 Zaragoza. Teléfono 629 43 99 25. Sede administrativa CEPYME 976 76 60 60.

HUESCA:

- **APEFA (Punto Encuentro Familiar):** sito en la calle Fatás 1, 1º D. 22002 Huesca. TELÉFONO FIJO 974 70 11 25. TELÉFONO MÓVIL 618 034 074. E-MAIL: huesca@apefa.com.
- **SEFA (Servicio Encuentro Familiar):** Centro Base, sito en la calle Joaquin Costa, 22 – 22002 Huesca. Teléfono 649 98 04 03

JACA :

- **APEFA** Avda. Rapitán 23, bloque 1ª, 2º B 22700 JACA.

TERUEL:

- **SEFA (Servicio Encuentro Familiar):** sito en la calle Plaza de Santa Teresa 6 – 44003 Teruel. Teléfono 649 980 404

6. DIRECCIONES Y TELÉFONOS DE LA FISCALÍA MENORES ZARAGOZA:

Fiscalía de Menores está situada en la c/ La Gasca 7, planta primera de Zaragoza. En la planta calle se ubica el Juzgado Menores UNO; el Juzgado Menores DOS se encuentra en la Plaza del Pilar, planta calle. En un futuro inmediato, principios año 2006 se pretende llevar este Juzgado Menores DOS a un local de alquiler cerca de la calle La Gasca.

En horario de mañana de días laborables la Fiscalía Menores Zaragoza está abierta de 9 a 14 horas.

La Fiscalía de Menores tiene Servicio de Guardia permanente en la referida calle La Gasca desde las 17-20 horas por las tardes; sábados de 9-14 horas y 17 a 20 horas; domingos y festivos de 10 a 14 horas.

Teléfono de guardia Fiscalía Menores desde las 20 horas a las 9 horas del día siguiente; y desde las 14 horas domingos y festivos hasta las 9 horas del día siguiente: **629 27 07 49**.

Teléfono fijo Fiscalía Menores: 976 22 07 96

TELÉFONO IASS 24 HORAS PROTECCION 901 111 110

Zaragoza, FEBRERO 2008

XVII ENCUENTROS FORO DERECHO ARAGONES

FISCAL COORDINADOR MENORES ZARAGOZA CARLOS SANCHO

COLOQUIO

Moderador: D. Francisco Javier ZUBIRI DE SALINAS

Fernando Zubiri de Salinas (Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón)

En primer lugar, creo que en nombre de todos, quiero felicitar a los ponentes y coponentes por su excelente trabajo en la preparación de estas ponencias, y también por su esfuerzo de síntesis a la hora de la exposición. Creo que hemos cumplido los horarios y que hemos cumplido los tiempos, y esto nos permite entrar en una segunda fase, que es habitual en nuestro Foro de Derecho Aragonés, y es la parte que dedicamos al debate, a las intervenciones, a las preguntas y al planteamiento de cuestiones a la mesa.

Sobre esto, todos sabemos ya que hay dos exigencias necesarias, mínimas. Primera, que seamos todos breves en el planteamiento, y segundo, que digamos nuestro nombre y apellidos, a efectos de que luego pueda publicarse y pueda constar así en las actas de estos encuentros.

Y sin más, se abre el debate. Si alguien quiere intervenir... ¿Nadie?

Gabriel García Cantero (Catedrático Emérito de Derecho Civil)

Dos preguntas: una, a Martín Osante, otra a don Carlos Sancho.

Me gustaría saber si se ha pensado en la problemática de los mayores, de la tercera edad extranjera residente en España. La tutela de los mayores abandonados, parece que la ha referido a los españoles, a los aragoneses y a los españoles. La pregunta mía es si ha pensado en la problemática que puede plantearse. Si yo no estoy equivocado, me parece que la regla aplicada será la regla personal; por consiguiente, y concretamente, ciudadanos comunitarios. Yo leí hace poco estadísticas sobre cientos de miles de ciudadanos comunitarios que residen habitualmente en España. Sabemos de zonas en donde están llenos de jubilados, desde hace ya muchos años, en la Costa del Sol, etcétera, Canarias... Pero no es de extrañar, no es raro que vengan también a Aragón, por qué no.

Bueno, entonces, toda esta problemática relativa a los extranjeros. Por un lado, los ciudadanos comunitarios, que pertenecen a nuestro entorno cultural. Y en este punto hay que decir que las últimas reformas de la tutela, de la incapacitación, etcétera, han roto los esquemas a los que estamos acostumbrados y que todavía sigue nuestro Código Civil y la reforma del ochenta y siete sobre la tutela y curatela.

De manera que por ejemplo —por citar un ejemplo—, en Alemania. En Alemania, desde los años noventa ya no hay una declaración de incapacidad, sino que la tutela de los incapacitados se ha sustituido por otra figura, que se llama la asistencia. Y el asistente, nombrado por el juez —no por la Administración, ojo; esta invasión de la Administración, en este campo, no la siguen otros países—, pues, es otra figura dis-

tinta. En Francia, como muchos saben, hay personas sometidas a la *sauvegarde de la justice*. Bueno, ¿y eso qué es? ¿Personas sometidas a la salvaguardia de la justicia? ¿Quiere decir que está bajo la inmediata actuación del juez? Bueno.

La pregunta era si ha planteado, en la proyección, a los ciudadanos comunitarios. También, dentro de pocos años, se nos va a plantear respecto de los subsaharianos, ecuatorianos, etcétera, que llegarán a la tercera edad. Se quedan aquí: se les puede plantear la misma problemática. Habrá que empezar a hacer tesis sobre la tutela en Colombia, en Ecuador, etcétera. Porque no tenemos.

Segunda pregunta: a propósito del abandono del menor. Acabo de leer hace poco el caso que se ha planteado en el País Vasco. Es decir, a juicio del señor Sancho, sería un caso de abandono el de este matrimonio, que por lo visto está sometido a enjuiciamiento, porque han decidido educar a sus hijos en casa. El sistema de *house school*. Únicamente saber si tiene criterios sobre esto y si, planteado eso... Porque claro, los de **¿primero de enero?**, tienen cuatro hijos. Dos, los han sacado del colegio, y esperan sacar a los otros dos. Entonces, han incurrido en ese tipo de figura.

Gracias.

Carlos Sancho Casajús (Fiscal de Menores)

Pues es una cosa curiosa. La gente... Hay ciertos colectivos...

Sí. Es una cosa curiosa. Hay ciertos padres que desconfían de la educación convencional autorizada de los institutos, desconfían de los institutos y de la educación, desconfían. Y entonces, los propios padres dan clases a sus hijos de la ESO. Mucho más si algún padre es profesor, o ha sido profesor, o sabe idiomas. Y entonces ellos mismos se compran los manuales, y les dan las clases correspondientes. Y luego los presentan a examen, y aprueban los chavales (incluso algunos con buena nota; los dos que hemos tenido en la Fiscalía de Zaragoza, con buenas notas).

Se nos planteó...

Gabriel García Cantero (Catedrático Emérito de Derecho Civil)

¿Se ha planteado aquí?

Carlos Sancho Casajús (Fiscal de Menores)

¡Sí, sí, en Zaragoza hemos tenido! Bueno, concretamente, en un pueblo de la provincia de Zaragoza.

Se nos planteó la posibilidad de denunciarlo criminalmente, para dar un golpe de... Un toque de atención a los jueces, y a la DGA y a Educación, a ver lo que pasaba. Pero claro, nos decía el abogado de esta familia: «Oiga, señor fiscal. Tenga en cuenta que no dice la Constitución que hay que escolarizarlos, sino que dice que tienen derecho a la libertad de educación. ¿Qué impide a los padres que ellos mismos les ense-

ñen, les den las correspondientes asignaturas, y luego aprueben porque los presenten en el colegio correspondiente?». Total, que no hemos puesto denuncia, por el 226, 227, del Código Penal.

¡Yo creo que la Constitución les ampara! Ésa es mi opinión. La Constitución les ampara —ésa es mi opinión—. El problema está que esos chavales probablemente van a tener un déficit de socialización. Porque están mucho tiempo en casa, porque no se quieren contaminar con otros chavales, con otros grupos, que puedan estar en contacto con la droga, según decían los padres, y así no se contaminan.

Y ése es el problema que yo veo: hay un déficit de socialización de esos chavales... Claro, evidentemente, están reclusos en casa, salen al parque, pero no se relacionan... Para bien o para mal, no se relacionan con este colectivo de compañeros dentro de su instituto o dentro de su colegio. Pero la enseñanza la reciben. ¡Incluso la aprovechan y sacan buenas notas!

La última ley de educación se planteó expresamente con esa posibilidad. Y los legisladores no quieren complicarse la vida, y se callan. Y se callan.

Le hemos preguntado al Alto Comisionado de la DGA, y del Ministerio de Educación, y nos han dicho que en fin, que es un tema discutible, a discutir... Total, que no nos han dicho nada.

Gabriel García Cantero (Catedrático Emérito de Derecho Civil)

En el caso de San Sebastián, parece que el padre es norteamericano, de origen norteamericano...

Carlos Sancho Casajús (Fiscal de Menores)

Correcto. Lo he leído, lo he leído.

Gabriel García Cantero (Catedrático Emérito de Derecho Civil)

Ambos son de confesión evangélica.

Carlos Sancho Casajús (Fiscal de Menores)

Lo he leído en la prensa...

Gabriel García Cantero (Catedrático Emérito de Derecho Civil)

Pero de eso no creo que...

Carlos Sancho Casajús (Fiscal de Menores)

Para mí no es delito. Es de opinión, si no se hubiera puesto la denuncia. No es delito el 226, 227, que se presenta ante el fiscal. Hacemos unas cien denuncias al año, en la Fiscalía, por padres que no llevan a sus hijos al colegio. Hacemos unas cien denuncias. Éste no hemos querido poner la denuncia. Los chavales están teniendo un buen nivel académico, y probablemente algunos van hacia la universidad. Y el último que vino eran hijos de empresario, o sea que tenían bastante dinero. ¿Correcto? O sea, que no pensemos en grupos marginales, en este hecho concreto, ¿eh?

Resumiendo, para mí no se atenta contra la Constitución —es opinable—. No se atenta. Hay una libertad de educación, por parte de los padres. Ellos mismos la transmiten. Incluso, en uno de los casos, la madre era profesora, y el argumento que utilizaba era que no quería la contaminación con los institutos, porque decían que había mucha droga y mala enseñanza. El problema está, de déficit de socialización. A esos chavales se les está hurtando de relacionarse, de relacionarse con otros compañeros, y con otras compañeras. Y eso me parece un problema grave. Por eso lo hemos puesto en conocimiento de la DGA, por posible déficit de socialización.

No sé si te contesto un poco el...

Fernando Zubiri de Salinas (Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón)

A ver. Había una pregunta de...

Luis Carlos Martín Osante (Magistrado del Juzgado de Menores)

Sí, en relación con la intervención con extranjeros en el ámbito de tutela y ámbito de medidas de protección.

Bueno, lo que es en la práctica, el tema de incapacitaciones y la consiguiente tutela de extranjeros, la verdad que, bueno, pues se va viendo, en la práctica. Teóricamente, conforme al artículo 9.6, la tutela se rige por la ley nacional. Y, también un poco siguiendo lo que es la práctica, cuando se formula el tema de la incapacitación, a veces, cuando es el Ministerio Fiscal el que insta la demanda de incapacitación, incluso en la práctica —insisto— se toma la molestia de aportar la legislación del país en cuestión, sea de un país de Iberoamérica (creo recordar algún caso de Perú), o de otros países; se aporta esa legislación. Nos podemos plantear el tema del Derecho extranjero, la prueba de Derecho extranjero, cuando no se aporta, cuando no se prueba o cuando no consta ese derecho, pero bueno. Sí que hay tutelas, y en principio se aplicaría la ley nacional en cuanto a lo que es la designación del tutor y demás.

En cuanto a lo que son medidas de protección, también, por ejemplo, temas de internamientos, internamientos urgentes por razones psiquiátricas: lógicamente, en la medida en que hay extranjeros en el ámbito de España, de Aragón o de Zaragoza, en la misma proporción prácticamente tienen padecimientos psiquiátricos y son objeto de internamiento. En esos casos, también por aplicación de las normas de Derecho internacional privado, se aplica la normativa del lugar de residencia (en este caso, la

española), o en su caso, si procede, la de la ley de Derecho de la persona que, en un precepto, también contempla el tema de internamiento. Entiendo yo que en la medida en que se encuentren en esta situación en Aragón, sería aplicable la ley aragonesa, y, en concreto, el artículo 33. Y en el ámbito procesal, el 763 de la Ley de enjuiciamiento criminal.

Fernando Zubiri de Salinas (Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón)

Muchas gracias.

Aurora López Azcona (Profesora de Derecho Civil)

Una matización.

Si el mayor se trata de un mayor en situación de desamparo, por ejemplo, que tiene un Alzheimer, un mayor extranjero que lo encuentras vagando por ahí, aplicando también el 9.6, en principio sería aplicable la ley española y las normas de protección españolas, ¿no? Aquí tendríamos que aplicar la legislación de protección, que ahora se hace extensiva a los incapacitados, ¿no? Se da un supuesto también de desamparo, y tendría que entrar la Administración, ¿no? en este caso.

Luis Carlos Martín Osante (Magistrado del Juzgado de Menores)

Sí, yo cuando... Vamos, cuando estaba preparando la ponencia, sí se me planteó un poco esta posibilidad, y, rizando un poco el rizo, y situándonos en esas dos posibilidades de llamar a la Administración pública, al IASS o a la Comisión de Tutelas, la llamada en virtud de la acción judicial, en un procedimiento de incapacitación y nombramiento de tutor, o bien cuando, pese a que ya está incapacitado y tiene un tutor, ese tutor no le cuida, y hay una situación de desamparo y, teóricamente, interviene la Administración.

Bien, si nos vamos al artículo 102.1.g), que antes se ha mencionado, que es el que habla de a quién hay que nombrar tutor, se dice que el juez preferirá en primer lugar al cónyuge... En fin. Y en una cláusula de cierre, dice: «A la persona jurídica que considere más idónea, incluida en última instancia la entidad pública a la que esté encomendada la protección de menores incapacitados».

Claro, esto es la ley aragonesa. En principio, es la ley que sería aplicable cuando la nacionalidad o la vecindad civil, en este caso, nos llamara a la ley aragonesa. Si nos vamos a una ley extranjera (por ejemplo, la ley peruana, que es el caso que se ha comentado, o la ley alemana, u otra ley), habría que, en principio, aplicar esa ley. Pero no es éste el punto. Si nos encontramos con que esa ley no establece esta cláusula de cierre, y no se llama a una Administración pública, no sé hasta qué punto... En fin. Podríamos dejar el asunto en el aire, lógicamente, hay que darle una respuesta.

Y bueno, podríamos plantear, y eso es un poco lo que yo le daba vueltas cuando preparaba la ponencia, decir que aquí vamos a dictar una sentencia, por ejemplo, y

vamos a nombrar tutor a la entidad pública peruana —es ridículo, yo creo que tendría que ser la entidad, en este caso, la Comisión de Tutelas, la que se designara tutor—. Si la persona incapacitada en cuestión cambia de domicilio, va a otra comunidad autónoma o va a otro país, ya habría que ver qué es lo que sucede con el tutor —en este caso, con la Administración, pero bueno—. Creo que la salida no podría ser otra que... Insisto, en caso de falta de parientes, si nos encontramos con este caso, pues nombrar tutor a la Comisión de Tutelas.

Fernando Zubiri de Salinas (Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón)

¿Hay más preguntas?

Felipe Zazurca González (Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Huesca)

Soy Felipe Zazurca, soy Fiscal Jefe de Huesca. A Luis Carlos Martín le quería preguntar: en el caso de los internamientos, ¿qué nos puede aportar...? No por relación a los internamientos, sino con el caso de la posibilidad de que pueda haber una autorización judicial para el tratamiento ambulatorio, es decir, cuando una persona sale de un internamiento, ya se le ha dado de alta, hay personas que a lo mejor luego posteriormente se niegan a mantener ese tratamiento; puede haber casos además de riesgo.

Entonces, ¿qué posibilidad hay de intercesar, de solicitar del juez de guardia la posibilidad de que se obligue a esa persona a someterse a ese tratamiento?

Luis Carlos Martín Osante (Magistrado del Juzgado de Menores)

El tema de los tratamientos ambulatorios involuntarios, o contra la voluntad del enfermo, es un tema (en el ámbito de los enfermos mentales, sobre todo), es un tema de mucha presencia, es un tema casi clásico, aunque quizás en otros foros no se conozca.

Es un tema que tiene muchas implicaciones, muchas ramificaciones, como he dicho antes. Se puede mencionar un dato que es quizás el dato de más relevancia en este momento: en el proyecto de ley de jurisdicción voluntaria, que se presentó ya hace tiempo en las Cortes, se incluía una regulación sobre el tratamiento involuntario; una regulación que abordaba el tema, pero yo creo que era bastante deficitaria. Por poner un ejemplo, se decía: cuando se plantee una cuestión de éstas, es decir, cuando se solicite por el Ministerio Fiscal, un pariente, una persona legitimada, se debe convocar (en la regulación legal), se debe convocar a una comparecencia en el plazo de veinticuatro horas.

Era una cosa descabellada, porque sabemos lo que cuesta convocar a los enfermos cuando se trata de establecer alguna medida de protección o alguna medida de internamiento. Sabemos que hay dos posibilidades: que los convoquemos y no vengán; otra posibilidad es que los convoquemos y salgan en dirección contraria. Quiero decir, que era una medida un poco ilusoria.

¿Qué ha pasado con el proyecto de jurisdicción voluntaria? Pues en primer lugar, que ya en el Congreso se eliminó la regulación de los tratamientos involuntarios, porque es una cuestión muy compleja. Incluso el decir que esto es jurisdicción voluntaria, pues creo que es poco ajustado a la realidad, por decir algo. Aparte de que es muy complejo, porque la regulación establecía, más o menos, que el juez tenía que fijar cuál era el tratamiento, que significa decir qué medicina debe tomar, en este caso, el enfermo, las pautas... En fin. Una cuestión que hay que tener en cuenta también: que la medicina no es una ciencia exacta, entonces tener que introducirse en ese terreno es un terreno muy delicado. Insisto: ya en el Congreso de los Diputados se eliminó, y según las noticias que tengo, el proyecto de ley se ha llegado a retirar en el Senado ya por completo, con lo cual, desde el punto de vista legal, pues no existe. No se ha rellenado ese vacío, que es una cuestión que está ahí presente.

¿Con la legislación vigente? Pues bueno, se pueden plantear muchas ideas, muchas opiniones... Por lo visto, hay ámbitos, provincias o ciudades donde funciona este sistema. Hay que tener en cuenta básicamente dos cuestiones; es un tema que da para mucho, pero hay que tener en cuenta dos cuestiones. Primero: legalmente, nos encontramos con un vacío. No existe una regulación para esa cuestión, no está regulada. Y en segundo lugar: tampoco hay medios en el ámbito administrativo, sanitario o en el ámbito de la salud, para ejecutar o para llevar a efecto esas medidas. Con lo cual, la situación es de vacío total.

¿En el ámbito penal? En el ámbito penal, pues bueno, está contemplada como las consecuencias del delito. Se impone, y luego ya el cumplimiento, bueno, más o menos, se conoce que depende un poco de que el psiquiatra en cuestión haga una especie de justificante de asistencia... En fin. Desde luego, es un tema que da un poco que pensar, y una de las reflexiones que tenía en el apartado final es que esto de la jurisdicción voluntaria, yo creo que no va a encajar, y no está encajando, y se ven muchas disfunciones con lo que es el Derecho de la persona. La intervención judicial en el ámbito de la persona, yo creo que tenemos que olvidarnos ya de que eso es jurisdicción voluntaria, o sea... Quizás no sea jurisdicción contenciosa, quizás no, pero desde luego, creo que hay que darle un tratamiento específico.

Hay muchas cuestiones planteadas: el tema de las limitaciones, el tema del trasplante de órganos... En fin. Todo un sinfín de cuestiones, que hasta que no se le encuentre un encaje en el ámbito de lo que es la regulación procesal, creo que vamos a estar sin avanzar en estas materias.

No sé cuál será su opinión, si tienen alguna opinión definida sobre el tema, o alguna experiencia concreta, pero bueno. Creo que sería interesante que viéramos experiencias.

Felipe Zazurca González (Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Huesca)

Sí, bueno. Tengo la experiencia de la preocupación de los psiquiatras sobre este tema. En concreto, en un sitio, en una ciudad tan pequeña como Huesca existe una preocupación cierta en el sentido de que hay casos concretos, casos concretos de per-

sonas que suponen un riesgo y que si no hay alguien que les... Lo que pasa es que lo que es difícil es arbitrar cómo, porque no solamente se trata de dictar una orden. Que que a mí me parece que igual que se puede autorizar por el juez un internamiento forzoso, se puede autorizar un tratamiento forzoso. El problema es quién le da las pastillas a ese individuo, y cómo lo haces. Eso es lo que ya es más complicado. Yo creo que habría que hacer un protocolo, con la policía...

Y luego, me consta que hay, por lo menos en San Sebastián, una juez que ha dictado ya varios autos en este sentido.

Saúl Gazo Ortiz de Urbina (Abogado)

Buenas tardes. Soy Saúl Gazo, abogado de Huesca.

Vamos a ver: yo creo que todos somos conscientes de la demanda que hoy en día existe de niños para ser dados posteriormente en adopción. Al hilo de este fenómeno, y yo diría que como consecuencia de esa demanda, aunque la ley habla de que las situaciones de desamparo se tienen que interpretar de forma restrictiva, como ha comentado el señor Sancho, yo tengo la impresión de que a veces la Administración sobreactúa, y a veces se precipita a la hora de determinar una situación de desamparo, cuando en ocasiones podemos estar hablando de una situación coyuntural o de una dificultad económica o personal transitoria.

Y por otra parte, creo que tampoco se busca o se indaga lo suficiente dentro del propio ámbito familiar del menor; no se buscan otras alternativas dentro de la propia familia, y parece que existe mucha prisa en dar a los menores primero en una situación de acogimiento familiar, como paso previo a la adopción. En otras épocas, todos hemos oído que muchas personas se han criado con tíos o con abuelos, sin que nadie se llevase las manos a la cabeza por ello.

Mi pregunta es si a la vista de todo esto no cabría exigir un mayor rigor o un mayor control a la hora de tomar una decisión de tanta importancia, que puede suponer (como de hecho, supone) la separación definitiva del menor de su familia biológica. O si habría que arbitrar otro mecanismo para abordar este tipo de situaciones.

Muchas gracias.

Luis Carlos Martín Osante (Magistrado del Juzgado de Menores)

Lo que pasa que es una pregunta que no sé si tiene una respuesta muy definida.

Desde luego que... Bueno, es un poco la problemática que se da en todos los casos en los que se declara el desamparo. Yo por lo que tengo entendido, pues tampoco es que la Administración actúe con mucha precipitación, o con muchas prisas, o que actúe en todos los casos. Desde luego que nos encontramos con que a veces lo bueno es enemigo de lo mejor, ¿no? O sea, que queremos lo mejor, pero igual, si nos conformamos con que siga en la familia y se pueda apoyar en esa familia, y esa familia pueda mejorar... En fin, yo creo que no... Más bien la Administración mantiene un poco al menor en su familia, incluso a veces cuando podría intervenir. En fin, es un poco la sensación que tengo.

Se puede ver un dato, por ejemplo: las oposiciones a las resoluciones administrativas, el control judicial que existe en esta materia, pues prácticamente el número de impugnaciones de las decisiones administrativas que se estiman, en vía judicial, es irrisorio. Creo que es del orden de... De las demandas que se plantean, pues, no llegan al diez por ciento, y de los asuntos en sí, o de los menores en sí, es el 1%. Es decir, que de cada cien decisiones administrativas sólo una se cuestiona o se revoca en vía judicial. Incluso a veces son cuestiones que no son propiamente desamparo, sino que es otra cuestión.

Aurora López Azcona (Profesora de Derecho Civil)

Yo, vamos, también sobre este tema, por lo menos por los datos que tengo de los servicios de menores, del IASS, por lo que ellos comentan, y cómo trabajan, su medida prioritaria es que el menor no sea separado de la familia. Entonces, en un principio, ellos trabajan con situaciones de riesgo, intentando que el menor se reintegre en la familia. Y que, ya en casos ya muy extremos, es cuando se ven abocados a declarar los desamparos.

Yo, vamos, [por] los datos que tengo, a que he tenido acceso.

Carlos Sancho Casajús (Fiscal de Menores)

La experiencia en la Fiscalía de Menores de Zaragoza es la contraria a la que tú dices. Yo creo que tendría que haber más desamparos de los que hay.

Aurora López Azcona (Profesora de Derecho Civil)

Yo creo que la Administración es cauta a la hora de declarar los desamparos. Creo.

Carlos Sancho Casajús (Fiscal de Menores)

Yo creo...

Si tú en Huesca has tenido alguna experiencia en sentido contrario, pudiera ser, pero eso puede ser un asunto muy puntual. Pero para que el IASS de Zaragoza establezca el desamparo, o ha salido en los medios de comunicación, o la Fiscalía ha amenazado al IASS, o... O cincuenta mil cosas, pero es complicado, es muy complicado. Normalmente acuden a la situación de riesgo social y, por otra parte, la ley aragonesa establece una especie de tutela intermedia que es la guarda administrativa, ¿no? Es decir, de excepciones de fuerza mayor, y si se ve que es de carácter temporal, vayamos a la guarda administrativa en vez de al desamparo.

¡Cuando un menor se ha abandonado en un contenedor de basura, el IASS te pone enseguida las pilas, y salen en los medios...! Sale en *Heraldo de Aragón*, y retiran... Y asumen la tutela. Allí no hay ningún problema. Pero unas... ¿Todas las situaciones intermedias, del menor que no va al colegio? ¡Tenemos menores que no van al cole-

gio! Teóricamente eso es un desamparo, por lo menos moral. Alguna ley autonómica, bastantes leyes autonómicas, establecen que el absentismo escolar habitual es causa de desamparo. La DGA en Aragón, ningún supuesto ha hecho causa de desamparo en esa situación. Ninguno. ¡Ninguno!

Y luego, por otra parte, está un cierto temor de la DGA, a que entre a solucionar estos problemas, cuando son colectivos que de alguna manera no van a tolerar esa situación.

En definitiva: mi experiencia aquí en Zaragoza es que probablemente tenía que haber más desamparos. Y normalmente el desamparo muchas veces lo pide la propia familia, es decir, que es que ya no puedo con mi hijo... ¿Qué pasa con un chaval que es drogadicto? Un chaval que es drogadicto, que la familia no puede con el chaval, que la familia literalmente no puede con el chaval, ¿ese chaval está en causa de desamparo? Yo pienso que sí. Yo pienso que sí.

Ahora, que ahí... ¿Que hay asuntos concretos? Lógicamente, está la posibilidad de acudir a la vía judicial para solucionarlos. ¡Y además te lo informan claramente!

Aurora López Azcona (Profesora de Derecho Civil)

Lo que sí que es cierto que, por ejemplo, en relación con el tema de los menores extranjeros, que es el que he estudiado más últimamente, en ese caso sí que la Administración está declarando en desamparo y asumiendo la tutela. Sí que he visto que si hay denuncias por parte de algunas comunidades autónomas, denuncias de inactividad, de que no asumen una tutela de esos menores; pero en el caso de Aragón, sí.

En el caso de Aragón, desde el momento en que un menor extranjero es localizado, incluso antes de la prueba de la determinación de la edad, la Administración asume una tutela provisional, una tutela cautelar, que prevé la ley de infancia y adolescencia, y luego, una vez determinada la edad, por lo que se ve, en el plazo de una semana ya los declaran en desamparo y asumen la tutela automática de modo formal. Eso sí que es cierto.

Pero en el caso de los otros menores, yo coincido con Carlos que, salvo que haya... Salvo casos concretos, en principio, trabajan con situación de riesgo, y tienen que ser casos muy extremos para que la DGA retire a los menores. Por lo menos, yo, la experiencia que tengo y las noticias que tengo.

Carlos Sancho Casajús (Fiscal de Menores)

Y luego, lo de la autoridad familiar en Aragón, si los abuelos, los hermanos mayores... Eso es muy interesante. Eso es muy, muy interesante. Y ese menor estaría desamparado, con lo cual lo tendrían los abuelos o los hermanos mayores.

Fernando Zubiri de Salinas (Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón)

Yo, si me permitís intervenir, aunque no sea función del moderador, pero también tengo algún conocimiento de la materia, no por razón de la presidencia del tribunal, sino porque bueno, en cuanto tengo algún tiempo libre colaboro con alguna ONG que lleva estos temas. Y precisamente han puesto en crítica, o en fin, no han entendido mucho el sentido del final del apartado del artículo 104.2 en (...): la mera situación de riesgo no constituye desamparo. Porque —dicen— desde el punto de vista no estrictamente jurídico, sino desde el punto de vista asistencial, esas situaciones de riesgo fomentadas (el alumno que nunca va a clase, el alumno que está en contacto con la droga, etcétera), realmente son situaciones que, si no son desamparo, lo serán.

Entonces, plantean desde el punto de vista de organizaciones que buscan el cuidado de estos menores, el que se considerase a esos efectos como desamparo, porque el desamparo, por otra parte, permite algunas determinadas medidas, entre otras éstas del 108: promoción de régimen ordinario, entidad pública que procure la reintegración a quien tenga la autoridad familiar o tutela sobre él. La búsqueda de —en el mismo ámbito familiar—, de la protección y cuidado de estos menores. Pero claro, también se hace ese planteamiento un poco contrario a lo que se está...

Carlos Sancho Casajús (Fiscal de Menores)

El catedrático emérito no es muy partidario de la administrativización, si lo digo bien, del Derecho civil. Pero es que yo creo que no hay... Que ahí la patria potestad clásica, la autoridad familiar, los padres que ya no podemos educar a los hijos, los padres que no nos hacen caso, los padres que el chaval se droga, ¿cómo te enfrentas frente a él? ¿Cómo solucionas eso? ¿Llevándolo a un psicólogo privado? Si el chaval que tiene quince años dirá: «yo no voy a ningún psicólogo privado, yo no tengo ningún problema, el problema lo tenéis vosotros, padres». ¿Qué haces con ese chaval? ¿Qué haces con ese chaval?

¿Cómo solucionas el problema para acabar con lo de las drogas? ¿Cómo lo solucionas? ¿Cómo lo estamos solucionando la Fiscalía de Zaragoza? ¡Esperando que el chaval le ponga la mano encima a la madre! ¡Ahí entramos a saco! ¡Ahí entramos a saco! Delito de violencia doméstica. ¡Se lo decimos a la DGA! «Oiga, que este chico se droga, no va al colegio. ¡Hagan algo!». «¿Qué quiere que hagamos, señor fiscal? ¡El chaval no nos hace caso! ¿Cómo lo traemos aquí?». ¿Cómo traes a un chaval de quince años que ha caído en el mundo de la heroína, en el mundo de la cocaína? ¿Cómo lo hacemos? ¿Me lo decís? ¿Cómo lo solucionamos?

¿Qué hace la Fiscalía de Menores? ¿Esperar que le ponga a la madre la mano encima, o esperar que la madre denuncie al chaval? Entonces entramos a saco. Y de veintidós asuntos, dos terminan en el reformatorio. Dos, dos. Y para convencer a las juezas de menores que metan en el reformatorio a un chaval que pega a la madre, ¡tela marinera! Tela marinera.

Pero esto está ocurriendo, ¿eh? ¡Chavales que tienen problemas con las drogas, que tienen problemas con el alcohol! Desde el punto de vista de la protección, estrictamente

tamente, del IASS, no lo puede solucionar. ¡Es muy difícil! Es muy difícil. ¡Y esperamos a que delinca! Y esperamos a que delinca, y entonces sí que ya... Y ése es el gran reto de la situación actual. Y esto no es teoría, ¿eh? Un porcentaje altísimo, altísimo, de chavales que delinquen, está mezclado con el mundo del hachís o el mundo de la droga.

Fernando Zubiri de Salinas (Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón)

¿Quieren hacer una pregunta más, alguna intervención?

Bueno, pues si no la hay, podríamos dar por terminada esta sesión, agradeciendo especialmente a los ponentes, y quiero poner de relieve que la incorporación de los fiscales, en este caso del señor Sancho, a estas sesiones del Foro de Derecho Aragonés, creo que ha sido muy instructiva. En el ámbito del Derecho, no ha hablado estrictamente de Derecho aragonés, pero ha hablado de Derecho que se aplica en Aragón. Y no podemos olvidar que el ordenamiento jurídico, el conjunto de las instituciones jurídicas, es un todo, y no podemos tampoco considerar ni aplicar ni interpretar ni entender el Derecho aragonés si no se entiende también una parte importante del Derecho, como es el ordenamiento jurídico penal, y en este caso concreto, el ordenamiento jurídico relativo a los menores.

Pues bien, sin más, damos por terminada la sesión, y emplazo a todos para el próximo martes.

Zaragoza, 13 de noviembre de 2007