

**LA PROTECCIÓN PÚBLICA DE LOS MENORES
EXTRANJEROS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO
EN ESPAÑA^(*)**

M^a Paz Pous de la Flor

Doctora en Derecho
Profesora Titular de Derecho Civil
Vicedecana de la Facultad de Derecho
UNED (ESPAÑA)

(Recibido 18/05/05; aceptado 05/04/06)

RESUMEN

Las medidas de protección de los menores se han desarrollado en España a partir de dos normas fundamentales: la Constitución Española de 1978, artículo 39, y la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989, artículo 2.1.

Palabras clave: Derecho, niño, Estado, protección, menor de edad.

ABSTRACT

The actions for minor protection have been developed in Spain, based on two primary bodies of laws: the Spanish Constitution of 1978, article 39, and the United Nations Convention on the Rights of the Child of 1989, article 2.1.

Key words: Law, child, State, protection, minor.

SUMARIO

Introducción

- A).- La actuación de las instituciones civiles tuitivas de los menores extranjeros no acompañados en España
 - 1.- La tutela administrativa como medida de protección pública de los menores en situación de desamparo
 - 2.- El acogimiento de menores como medida de protección pública de los menores en situación de desamparo

INTRODUCCIÓN

Las medidas de protección de los menores se han desarrollado en España a partir de dos normas fundamentales, la Constitución Española de 1978, (art. 39)⁽¹⁾ y la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989, (art. 2.1).⁽²⁾

Estas normas fundamentales han conformado los principios rectores que constituyen el estatuto jurídico del menor como sujeto titular de derechos, en cuanto es considerado persona con capacidad jurídica plena y una capacidad de obrar limitada aunque con carácter progresivo para el ejercicio por sí mismo de esos derechos.⁽³⁾ Y, asimismo, han proclamado la responsabilidad de los poderes públicos de diseñar y aplicar una política para la infancia que asegure la protección integral de los menores.

(1) Artículo 39 de la CE: *1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia...*

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

(2) La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño fue ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, de conformidad a lo establecido en el artículo 1.5 del C.c.: *Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.* En similares términos se pronuncia la disposición del artículo 96.1 de la CE: *los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.*

El artículo 2.1 establece: *Los Estados partes en la presente Convención respetarán los derechos enunciados en esta Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes.*

(3) RUIZ JIMÉNEZ: Curso la protección jurídica del menor. Madrid, 2001, p.p.29 a 52: *considera que la LO 1/1996, siguiendo el criterio jurisprudencial y doctrinal iniciado con anterioridad amplía las posibilidades de actuación del menor, respecto de la capacidad de obrar.*

En nuestro ordenamiento jurídico, para dar cumplimiento a este deber, se publica la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección jurídica del menor. En ella se establece un sistema de protección de los menores calificado por la doctrina⁽⁴⁾ como mixto, ya que se basa en la colaboración entre el ámbito de lo privado y lo público, las responsabilidades se comparten entre la familia y los poderes públicos.

Ahora bien, cabe preguntarse cómo se lleva esta política de cooperación de la familia y los poderes públicos, cuando se trata de menores extranjeros no acompañados, también, llamados niños inmigrantes, inmigrantes menores de edad, niños ilegales, niños de la calle, menores extranjeros solicitantes de asilo, etc.

En el año 1998 la Dirección General de Política Interior del Ministerio del Interior ya establecía que *el fenómeno de los menores no acompañados era relativamente reciente en España, si bien desde comienzos de la década de los años 90, esta situación dejó de ser simplemente una serie de casos aislados,*⁽⁵⁾ para convertirse en el momento actual, año 2005, en un fenómeno de política social, económica y cultural de extraordinaria relevancia, que requiere de las instituciones competentes nuevos retos que garanticen el tratamiento jurídico y asistencial suficiente para atender la avalancha de extranjeros menores de edad e indocumentados, que, sin familia ni medios de vida, están accediendo ilegalmente a nuestro país por los más variados medios. Siendo necesario desarrollar una política coordinada y diligente entre las diferentes entidades competentes a nivel internacional, nacional y autonómico.

Dicho esto, ¿Qué se entiende por menor extranjero no acompañado?

(4) PALMA DE TESO: La protección de los menores por las Administraciones públicas, en obra colectiva Nuevos retos que plantean los menores al Derecho. II Jornadas sobre el Derecho de los menores. Madrid, 2004, p. 333.

(5) MAYORAL NARROS: Menores extranjeros no acompañados: situación jurídica y propuesta de acción, en obra colectiva Nuevos retos que plantean los menores al Derecho. II Jornadas sobre el Derecho de los menores. Madrid, 2004, p. 456.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, define en su artículo 2, f) al menor no acompañado como *el nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor; o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de los Estados miembros.*

Por el contrario, el programa de Menores No acompañados en Europa, creado en 1997 a iniciativa del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y Save the Children definen a los niños no acompañados como *aquel niño, menor de 18 años, que se encuentra fuera de su país de origen, separados de su padre y de su madre o de su anterior principal tutor legal/habitual.*

Ambas definiciones garantizan *el derecho que todos los menores* tienen a gozar de una protección común no discriminatoria a nivel mundial, mediante una amplia gama de instrumentos de protección asistencial, educacional, cultural, etc., por parte de las Administraciones públicas de cada Estado, teniendo en cuenta dos derechos fundamentales: la protección universal y el interés superior del menor como exige Naciones Unidas.

En el Estado español la LO 1/1996, de 15 de enero, en el artículo 10, proclama que *los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones públicas la protección y asistencia necesaria para garantizarles el respeto de sus derechos y el desarrollo de su personalidad.* Este precepto es avalado por el propio Tribunal Constitucional en sentencia 141/2000, de 29 de mayo⁽⁶⁾ al declarar que *la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño que conforman junto con la LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 39 de la CE, y muy en particular, en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos.*

(6) STC núm. 141/2000 (Sala Segunda), de 29 de mayo. RTC 2000/141.

Con lo cual hay que reconocer que la protección pública tiene alcance general *a todos los menores* que se encuentren en territorio español, cualquiera que sea su origen o condición, artículo 1 de la LO 1/1996, de 15 de enero.

El ordenamiento jurídico español con esta política legislativa garantiza los derechos de los menores extranjeros en las mismas condiciones que si se tratará de un menor de nacionalidad española, sin embargo, hemos de alertar que no son ciudadanos españoles, estando, igualmente, sometidos a las disposiciones establecidas en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre y por la LO 14/2003, de 20 de noviembre y su Reglamento de Ejecución RD 2393/2004 de 30 de diciembre. Y en el supuesto de que solicitasen asilo, se les aplicaría la Ley 9/1994, de 19 de mayo reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado.⁽⁷⁾

Tradicionalmente, la condición de extranjero se ha definido por oposición al concepto de nacional, así *se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente ley, a los que carezcan de la nacionalidad española*, artículo 1.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero. Sin embargo la participación de España como Estado miembro de la Unión Europea ha supuesto reconocer a cualquier ciudadano de la Unión el derecho a la libre circulación y residencia dentro de los límites territoriales de cualquiera de ellos, de este modo el artículo 2 de la Ley de Extranjería hace la salvedad de que *lo dispuesto en esta ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte*. Esto

(7) El derecho de asilo se encuentra en el temor fundado de persecución, que supondría la violación de derechos fundamentales de la persona, como la vida, la libertad o la integridad, por motivos de opinión política, étnicos, religiosos, nacionales o de pertenencia a un grupo social determinado, por parte del propio Estado o de algún agente social, en complicidad con el poder político o ante el cual éste es incapaz de proteger a sus ciudadanos. Este es el contenido fundamental de la más importante norma en materia de asilo como es la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, completada por el Protocolo de Nueva York de 1967, recogido en su artículo 1. Su principal consecuencia es el principio de no devolución, *non refoulemente*, del que solicita asilo al país de persecución o donde su vida o integridad puedan peligrar.

implica, como señalaba la Fiscalía General del Estado en su Instrucción 3/2003,⁽⁸⁾ *que esta nueva nacionalidad supraestatal evidentemente no modifica el concepto tradicional de extranjería, pero sí que nos obliga a distinguir entre los nacionales de uno de los Estados de la Unión, que tienen un específico régimen jurídico, y los extranjeros propiamente dichos, o nacionales de países extracomunitarios.*

Independientemente de la consideración de extranjero que se otorgue, en uno u otro sentido, la normativa que hemos ido reseñando va dirigida a todos los menores sin distinción de origen nacional. No obstante, la realidad nos indica que el modo de aplicar e interpretar la misma no es equitativa cuando se trata de un menor extranjero de cualquier Estado de la Unión que un menor extranjero de un país no comunitario.⁽⁹⁾ Tanto, es así, que en el caso de estos últimos, la política

(8) Derogada por la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados.

(9) De ahí que la Declaración de Buenas Prácticas que desarrolla el programa europeo para menores no acompañados detraigan como principios que deben regir en todos los ordenamientos jurídicos con respecto a los derechos que asisten a estos menores inmigrantes, y que deben conformar las actuaciones de las distintas Administraciones públicas, los siguientes:

1. El principio del interés superior del niño habrá de estar presente en cualquier actuación que se produzca y que pueda afectar al menor.
2. El principio de no discriminación: los menores no acompañados tienen derecho a recibir el mismo tratamiento y a disfrutar de los mismos derechos que los menores nacionales o residentes en el territorio. Cualquier consideración relativa a su condición de inmigrante deberá ser secundaria.
3. El derecho a la participación: Las opiniones y los deseos de los menores no acompañados deberán ser tenidos en cuenta a la hora de adoptar cualquier decisión que les afecte. Se han de establecer las medidas necesarias para facilitar su participación, de acuerdo con su edad y madurez.
4. El respeto de la identidad cultural: resulta sumamente importante que los menores no acompañados puedan mantener su lengua materna y los vínculos con su cultura y con su religión. La conservación de la cultura y del idioma también son muy importantes.

policial, tiende a considerarlos como extranjeros y no como menores, primando la repatriación a su país de origen, en lugar de la permanencia en el nuestro.⁽¹⁰⁾ De ahí la necesidad urgente de determinar la condición de menor para que éste pueda gozar de la protección jurídica

-
5. Intérpretes: en todas las entrevistas o a la hora de pedir acceso a servicios o procedimientos legales, los menores no acompañados deberán tener a su disposición a intérpretes debidamente formados que hablen el idioma preferido por ellos.
 6. Confidencialidad: se ha de procurar no revelar informaciones sobre un menor no acompañado que pudieran poner en peligro a sus familiares en su país de origen. Antes de revelar informaciones delicadas a otras organizaciones o personas, se deberá pedir al menos su conformidad, no pudiéndose utilizar la información para fines distintos.
 7. Información: los menores no acompañados deberán recibir la información disponible sobre sus derechos, los servicios que se encuentran a su alcance, el procedimiento de asilo, la búsqueda de su familia y la situación de su país de origen.
 8. La cooperación entre organizaciones: los organismos del Gobierno, las organizaciones y los profesionales involucrados en la prestación de servicios a menores no acompañados, deberán cooperar entre sí, para garantizar la protección del bienestar y los derechos de los menores no acompañados.
 9. Formación de profesionales: las personas que trabajen con menores no acompañados, deberán recibir formación adecuada sobre las necesidades y derechos de estos niños. El personal de la policía de inmigración o de frontera deberá recibir formación específica para realizar entrevistas.
 10. Durabilidad: las decisiones que se tomen sobre los menores no acompañados deberán tener en cuenta, cuando sea posible, el interés superior y el bienestar del menor a largo plazo.
 11. Plazos: todas las decisiones que se adopten en relación con los menores no acompañados, deberán tomarse en un plazo adecuado, teniendo en cuenta la percepción del tiempo en los menores.

(10) En este momento ha habido un notable cambio en el sentir de la Fiscalía General del Estado, pues al contrario de lo que proclamaba en la Instrucción 3/2003. La nueva Instrucción 6/2004 propugna: *La repatriación no es un objetivo absoluto que se haya de perseguir a toda costa; pueden estar en juego también los 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.*

que brindan las Administraciones públicas de los distintos Estados, y no aplicarles la ley de extranjería que con llevaría la repatriación o reagrupación familiar, casi de forma automática.

En España según la Instrucción de la Fiscalía 2/2001, de 28 de junio, cuando un menor se encuentra en desamparo, los Cuerpos especializados de menores, en este caso, los GRUME (Grupo de menores de Policía Nacional), y los Agentes Tutores de la Policía Municipal de las respectivas Comunidades Autónomas, deberán poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la situación del presunto menor, y ser trasladado a un centro de protección, para ello es necesario determinar su minoría, siendo estos cuerpos especializados los encargados de realizarle la prueba de identificación de la edad, de conformidad con el artículo 35.1 de la Ley de extranjería.

El método que se utiliza, en nuestro país, consiste en realizar una radiografía de la muñeca y mano izquierda del interesado que se comparan con unos estándares de referencia: radiografías de muñeca y mano izquierda de un segmento de la población de entre 10 y 19 años, descendientes de inmigrantes europeos en EEUU (Atlas GREULICH y PILE).

Actualmente, estos exámenes de determinación de la edad se hacen en los servicios médicos de hospitales adscritos al sistema de seguridad social, que tienen un servicio de 24 horas. Es un método sencillo y barato, pero con un margen de error muy grande, hasta de 18 meses. Tomando en consideración la escasa fiabilidad del mismo, la Fiscalía, en su Instrucción 2/2001, de 28 de junio, recomienda que se tenga en cuenta la edad mínima proporcionada por la horquilla de edad dada por los servicios sanitarios. Esto es, si los resultados sitúan al menor en una franja de edad de entre 17 y 19 años, se consideran que tiene 17 años.

Una vez determinada la condición de menor, el siguiente paso de actuación es competencia de las Instituciones civiles tuitivas que existen en los diferentes Estados.

A).- La actuación de las instituciones civiles tuitivas de los menores extranjeros no acompañados en España

La protección de los menores es cosa de todos, además de la familia y las Administraciones Públicas, estamos vinculados todo el conjunto de la sociedad, de conformidad a lo establecido en el artículo 13.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero: *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 precisen.*

Está claro que el legislador estatal español han impuesto al ciudadano el deber de comunicar a las Administraciones públicas cualquier situación de riesgo o posible desamparo de un menor, sin embargo, no ha previsto ninguna medida sancionadora en caso de incumplimiento de este deber, circunstancia que no sucede en algunas legislaciones autonómicas, como en Cantabria, donde la ley 7/1999, de 28 de abril, de protección a la infancia y adolescencia, en el artículo 94 califica de infracción grave *no poner en conocimiento de la autoridad competente la posible situación de desamparo en que pudiera encontrarse un niño, niña o adolescente.*⁽¹¹⁾

Ahora bien, para que el menor extranjero no acompañado tenga derecho a la protección del Estado español en las mismas condiciones que los menores españoles necesitan la declaración de que se hallan en situación de riesgo o desamparo.

Un menor se encuentra en situación de riesgo cuando existen una serie de factores que perjudican el desarrollo personal o social del menor, pero no tienen la suficiente gravedad para justificar su separación del núcleo familiar. En cambio, la situación de desamparo implica un mayor grado de desprotección, requiriéndose como medida de protección del menor la tutela por ministerio de ley.

(11) El artículo 96, de la citada ley, sanciona la infracción grave con una multa de 500.001 ptas. hasta 8 millones ptas. En términos similares, la ley Canaria 1/1997, de 7 de febrero, artículos 106 y 111, entre otras. Para mayor información, *vid.* POUS DE LA FLOR y TEJEDOR MUÑOZ (Coordinadoras), LASARTE ALVAREZ, DIAZ-AMBRONA BARDAJI, LEONSEGUI GUILLOT, RUIZ JIMÉNEZ y SERRANO GIL: Legislación Estatal y Autonómica sobre la protección jurídica del menor. Tres tomos. Madrid, 2003.

Por tanto, si el menor está en situación de riesgo, la Administración pública establecerá los servicios adecuados para tal fin como el ejercicio de la guarda, y en los casos de desamparo acordará la asunción de la tutela por ministerio de la ley, según dispone el artículo 12.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero.

La mayoría de los menores extranjeros no acompañados se encuentran en situación de desamparo. No podemos olvidar que estos menores no llegan a través de los puestos fronterizos existentes, sino que lo hacen de forma ilegal y suelen ser interceptados por las Fuerzas o Cuerpos de Seguridad del Estado cuando ya se encuentran en territorio español. En este caso, como se trata de menores, los Cuerpos especializados, como ya indicamos anteriormente, son los GRUME (Grupo de menores de Policía Nacional), los Agentes Tutores de la Policía Municipal, y los educadores de calle.

No obstante, si llegarán a través de alguno de los puestos fronterizos, podría ocurrir dos cosas, o que hayan entrado acompañado y una vez dentro quedaran en desamparo, por cualquier circunstancia como la muerte o abandono de sus padres o tutores; o que no reunieran los requisitos necesarios para entrar al territorio español, solicitaran asilo y fueran declarados en desamparo por el Fiscal.⁽¹²⁾

En una u otra situación esta claro que la intervención de la Administración pública se hace imprescindible y deberá asumir la tutela del menor en situación de desamparo, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Las Instituciones civiles tuitivas de protección a los menores que prevé la ley española, son:

La tutela ordinaria.⁽¹³⁾

La tutela administrativa o por Ministerio de ley.

(12) El artículo 1 de la ley española de Asilo y Refugio que desarrolla la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 1951, no establece ninguna discriminación por edad, por tanto, cualquier persona pueda pedir asilo y ser reconocida como refugiado. Un menor puede beneficiarse del estatuto de refugiado como cualquier adulto.

(13) *Vid.* LEONSEGUI GUILLOT: Curso la protección jurídica del menor. Madrid, 2001, p.p. 99 a 134.

El acogimiento familiar, residencial y preadoptivo.

La guarda de hecho.

En el caso de la presente comunicación, al tratarse de menores extranjeros no acompañados serían la tutela administrativa y el acogimiento, las dos instituciones civiles que habría que considerar.

1.- La tutela administrativa como medida de protección pública de los menores en situación de desamparo

La ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código civil introduce la llamada tutela administrativa o por ministerio de la ley, que atribuye a las entidades públicas la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo.

La constitución de esta tutela es la situación de desamparo. El artículo 172 del C.c., tras la modificación de la ley 21/1987, establece por primera vez el concepto de desamparo, al disponer que *se considera como situación 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.*⁽¹⁴⁾

Se trata de un concepto claramente objetivo, ya que lo importante es que la situación *se produzca de hecho*⁽¹⁵⁾ y en el que se requiere un resultado concreto: *los menores deben quedar privados necesariamente de la asistencia moral o material.*

(14) LASARTE ALVAREZ: Principios de Derecho Civil. Tomo VI. Madrid, 2002, p. 426: *Se trata de una norma de carácter imperativo que tiene por objeto procurar la inmediata tutela del menor desamparado por parte de la entidad pública correspondiente.*

(15) En este sentido, la jurisprudencia de nuestros Tribunales considera que *el desamparo se caracteriza como la situación de hecho en la que se encuentra el menor cuando los padres o tutores no saben, no pueden o no quieren prestarle la asistencia moral o material necesaria* (AP. de Toledo de 2 de mayo de 2002 y AP de Cádiz en sentencia de 19 de mayo de 2001).

En numerosos pronunciamientos de nuestra jurisprudencia menor se ha proclamado que el concepto legal de desamparo debe interpretarse de forma restrictiva, buscando el equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de las relaciones paternofiliales, de forma que la declaración de desamparo sólo sería procedente cuando *no se llegue a cumplir unos mínimos de atención exigidos por la conciencia social más común*, es decir, velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, artículo 154 del C.c.

Esta falta de precisión en el concepto de desamparo del artículo 172 del C.c. ha sido paliada por las legislaciones autonómicas que han sido mucho más explícitas a la hora de considerar que el menor está desamparado, *cuando faltan las personas a las cuales por ley corresponde ejercer las funciones de guarda, o cuando estas personas están imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con grave riesgo para el menor; o cuando se aprecie cualquier forma de incumplimiento o de ejercicio inadecuado de los deberes de protección establecidos por la leyes para la guarda de los menores o falten a éstos los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad.*⁽¹⁶⁾

En cualquier caso, si en el menor concurre alguna de estas circunstancias, la Entidad pública asume directamente la llamada tutela automática, legal o por Ministerio de ley.

Independientemente de la terminología que se desee utilizar, está claro que se trata de aquella tutela que se origina como consecuencia de una declaración de desamparo, y a partir de ese momento, se inicia el procedimiento para constituir la tutela administrativa de forma extrajudicial, pues las formalidades que se requieren para su constitución son puramente administrativas y civiles.

(16) A título de ejemplo: en Valencia, Decreto 93/2001, de 22 de mayo, artículo 23; Cantabria; Decreto 58/2002, de 30 de mayo, artículo 9; Cataluña, la ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia, artículo 164; Murcia, ley 4/1998, de 18 de marzo, artículo 45. *Vid.* POUS DE LA FLOR y TEJEDOR MUÑOZ (Coordinadoras), LASARTE ALVAREZ, DIAZ-AMBRONA BARDAJI, LEONSEGUI GUILLOT, RUIZ JIMÉNEZ y SERRANO GIL: Legislación Estatal y Autonómica sobre la protección jurídica del menor, *op. cit.*, p.p. 1 y ss.

El primer paso para que la Administración constate el hecho de desamparo, es una resolución administrativa debidamente motivada que declare la situación de desamparo, y la asunción de la tutela por ministerio de la ley de forma provisional, ya que no debe durar más tiempo que el necesario para conseguir la reinserción familiar del menor, la constitución de la tutela ordinaria en su caso o, si no es posible ninguna de ellas, la adopción por otra familia.⁽¹⁷⁾

El inicio de este procedimiento puede ser de oficio por la propia entidad pública, a través de sus propios servicios sociales, a solicitud del Ministerio Fiscal o autoridad judicial, por el propio menor, o cualquier persona interesada mediante una simple denuncia. Se trata de un procedimiento administrativo ordinario, si bien en la Comunidad Autónoma de Madrid,⁽¹⁸⁾ el artículo 53 de la ley 6/1995, de 28 de marzo, arbitra la posibilidad de establecer un procedimiento de urgencia, que permita la inmediata asunción de la tutela. En cualquier caso, la Administración queda obligada a poner esta situación en conocimiento del Ministerio Fiscal en el plazo de 48 horas, y a los padres, tutores o guardadores o posibles interesados, siempre que sea posible su localización.

Curiosamente la Junta de Andalucía en el artículo 21 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, sobre el régimen de desamparo, establece la posibilidad de abrir con anterioridad a la iniciación del procedimiento de desamparo, un período de información por la Administración para determinar la existencia de motivos que justifiquen *indicios de desasistencia de los menores*, por ejemplo, recabando información de profesionales cualificados que precisen el estado físico, psicológico, afectivo, educativo y sociofamiliar del mismo.

Asimismo, la Administración debe abrir el trámite de audiencia a los interesados, constituyendo un requisito obligatorio el oír al menor si

(17) Esta medida es la que se reconoce por la ley de la Comunidad de Murcia 3/1995, de 21 de marzo, artículo 24; la Ley de la Rioja 4/1998, de 18 de marzo, artículo 49, entre otras muchas. *Vid.*: POUS DE LA FLOR y TEJEDOR MUÑOZ (Coordinadoras), LASARTE ALVAREZ, DIAZ-AMBRONA BARDAJI, LEONSEGUI GUILLOT, RUIZ JIMÉNEZ y SE-RRANO GIL: Legislación Estatal y Autonómica sobre la protección jurídica del menor..., *op. cit.*, p.p. 1 y ss.

(18) Ley 6/1995 de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia.

este tuviera suficiente juicio, tal y como dispone el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero: *el derecho de los menores a ser oídos en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.*⁽¹⁹⁾ Es muy importante que la Administración respete esta obligación, pues la *denegación de la audiencia a ser oído el menor directamente o por medio de persona que le represente,*⁽²⁰⁾ supone la nulidad de las actuaciones y de la resolución final.

Una vez finalizado el plazo de audiencia, el órgano instructor elaborará una propuesta de resolución de forma motivada y dará traslado de la misma al órgano administrativo competente. Este último dictará la resolución definitiva acordando la declaración o no de desamparo del menor y, en caso afirmativo, se establecerá las medidas de protección que se han adoptado para el mismo.

La resolución definitiva debe ser notificada a las partes interesadas por escrito, ya que contra dicha resolución cabe interponer recurso ante la jurisdicción civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa, artículo 172.6 del C.c. No obstante, el Fiscal en tanto que defensor de los intereses del menor, puede promover ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias, y ejercer funciones de vigilancia, tales como la representación legal, y, la administración del patrimonio del menor, hasta que se resuelva el recurso, aunque, curiosamente, hemos de advertir que la participación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de desamparo, es de carácter preceptivo.⁽²¹⁾

(19) La Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989, reconoce en su artículo 12: *los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose en cuenta las opiniones del niño en función de la edad y madurez del menor.*

(20) Además, la denegación de audiencia deberá ser motivada y comunicada al Ministerio Fiscal, artículo 9 de la LO 1/996, de 15 de enero.

(21) La Carta Europea de los Derechos del Niño aprobada por Resolución A3-0172/2, de 8 de julio de 1992, establece que en la totalidad de procedimientos dirigidos a adoptar una decisión relativa a los menores, ya sean administrativas o judiciales, deberá ser parte obligatoriamente el ministerio fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguarda de los derechos e intereses del niño.

Una vez decreta la tutela administrativa, su vía de ejecución,⁽²²⁾ es, a través, del acogimiento.

Por último debemos considerar que la tutela administrativa de los menores desamparados no se dirige a juzgar o sancionar la conducta de los padres o tutores, sino a brindar protección a los menores.

2.- El acogimiento de menores como medida de protección pública de los menores en situación de desamparo

La medida de protección del menor que hace efectiva la realización de la tutela administrativa es el acogimiento.

Esta figura aparece por primera vez en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y modificada por la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Consiste en integrar al menor en una familia (distinta a la suya), o en un establecimiento adecuado a tal fin.⁽²³⁾ Esto nos permite distinguir entre varias modalidades de acogimiento, según quien tenga encomendado su ejercicio:

- a) acogimiento familiar: se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública.
- b) acogimiento residencial: se ejercerá por el Director del Centro donde sea acogido el menor.
- c) acogimiento preadoptivo, si bien, este es una subespecie del acogimiento familiar.

En el caso de los menores extranjeros no acompañados declarados en situación de desamparo, la Administración puede elegir

(22) La AP de Valencia en sentencia de 30 de abril de 2002 declara: *el sistema legal de protección de menores se articula sobre la base de la doble instancia: la de carácter ejecutivo que se encomienda a la administración, y la de control o revisión de esa actuación administrativa que se atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden civil.*

(23) TEJEDOR MUÑOZ: Curso sobre la protección jurídica del menor. Madrid, 2001, p. 144.

cualquiera de las modalidades, siendo más conveniente, en interés del menor y de su posible reinserción familiar, optar por la familia de acogida que acudir a un Centro residencial.

En uno u otro caso, debemos tener presente, que la tutela por ministerio de ley es una situación nacida con vocación de temporalidad,⁽²⁴⁾ en espera de que desaparezcan las causas que la motivaron. Sin embargo, existe determinados casos como los que estamos tratando en esta comunicación, que es inviable la reintegración del menor en la familia biológica, siendo aconsejable en este supuesto optar por la vía del acogimiento preadoptivo.

En este tipo de acogimiento, la entidad pública valorará las circunstancias que concurren en el menor (edad, informes de los servicios de atención al menor, etc) y formalizará una propuesta de adopción del mismo ante la autoridad judicial, siempre, por supuesto, que los acogedores, reúnan los requisitos necesarios para adoptar, que hayan sido seleccionados y prestado su consentimiento a la adopción ante la autoridad pública, y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para su adopción.⁽²⁵⁾ Este período de acogimiento preadoptivo será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año, según el artículo 173 bis del C.c.⁽²⁶⁾ Hay que tener en cuenta que el de acogimiento preadoptivo tiene por finalidad la ruptura con la familia de origen, creando vínculos de parentesco con la familia que pasa a ser adoptiva, por lo que ejercerá la patria potestad sobre el menor, siempre que se den los requisitos de capacidad y formalidades exigidos para la adopción.

(24) DIAZ AMBRONA BARDAJI: Lecciones de Derecho de familia. Madrid 1999, p. 385: *El acogimiento familiar, por tanto, se configura como temporal... es un medio de protección más dinámico para solucionar situaciones urgentes o inmediatas para conseguir otras de mayor estabilidad.*

(25) POUS DE LA FLOR: *Curso la protección jurídica del menor*. Madrid, 2001, p.p. 71 a 98.

(26) Existe una contradicción entre este plazo y el establecido en el artículo 176.2,3ª del C.c., que permite que se inicie el expediente de adopción, si lleva más de un año acogido legalmente bajo la medida de acogimiento preadoptivo.

Por el contrario, en cualquier otra modalidad del acogimiento familiar, este nace con un carácter transitorio, bien porque se prevé la reinserción del menor en su propia familia, bien porque la administración esta pendiente de adoptar una medida de protección más estable para el menor. En cualquier caso el menor se va a integrar en un núcleo familiar que sustituye al suyo de origen, siendo las personas acogedoras las que ejercen la guarda del menor. Este tipo de acogimiento puede realizarse en una familia ajena al menor, o en familia extensa al mismo, con la que le une una relación de parentesco. En este último caso, la ayuda al menor suele hacerse desinteresadamente, pero otras veces, las personas que proporcionan al menor el medio familiar para su desarrollo asistencial material y moral, son familias que habitualmente se dedican a ello de forma remunerada, se puede decir que son *profesionales*.

La medida del acogimiento residencial consiste en integrar al menor desamparado en un Centro público o privado, como la integración en pisos asistidos y hogares funcionales. Aunque revisten, también, carácter provisional, sin lugar a dudas es el acogimiento de consecuencias más drásticas, por ello, es la última medida que debe ser ejercida, pues se considera que la integración familiar será preferente a la integración en una institución, y en todo caso, se procurará que al menos el menor permanezca internado el menor tiempo posible.

El Director del Centro ejerce por delegación de la Administración las obligaciones y facultades inherentes a la guarda, aunque es la propia Administración la que tiene atribuida la tutela, y por tanto, la responsable del menor y a quién le compete la representación legal y las facultades patrimoniales. La competencia de la Administración dependerá de la normativa establecida en cada una de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Asistencia Social. Y con carácter supletorio sería de aplicación el artículo 21.1.2.3 de la LO de protección jurídica del menor, teniendo en cuenta, en todo caso, que el Fiscal tiene encomendada la tarea de vigilancia del acogimiento, quién comprobará, al menos semestralmente, la situación del menor, y promoverá, ante el Juez, las medidas de protección que estime por conveniente, artículo 20.4 de la LO 1/1996, de 15 de enero.

Por último señalar que el acogimiento puede ejercerlo cualquier persona, ya sea sola⁽²⁷⁾ o en pareja, tanto matrimonial como de hecho o

(27) DIAZ AMBRONA: Lecciones de Derecho de familia..., op. cit., p. 386: *Cabe la duda de si una persona que vive sola constituye una familia a*

more uxorio, sin necesidad de ningún requisito de capacidad, por lo que podrá ser acogedor cualquier persona mayor de edad con plena capacidad de obrar, salvo que se trate de acogimiento preadoptivo, en este caso, se exigirán los requisitos de capacidad que deben reunir los adoptantes.

El procedimiento para constituir el acogimiento puede ser administrativo o judicial.

En el primer caso, será ejercido por la persona o personas, que sustituyen al núcleo familiar del menor, o por los responsables del hogar funcional que determine la entidad pública, y en el segundo, será decretado por el juez, en interés del menor, en los casos en que los padres o tutores se opongan, o no consientan el acogimiento.

Previamente a la resolución del acogimiento, tanto en el procedimiento administrativo como el judicial, la Administración incoará un expediente administrativo solicitado de oficio o a instancia de parte, informando de la situación del menor y la selección de las familias que previa declaración de idoneidad pueden acoger, como dictará la resolución acordando o denegando el acogimiento. En caso afirmativo, se levanta acta de formalización del acogimiento por escrito en la que deberá contar los requisitos para que el acogimiento, sea cual sea su forma de constitución administrativa o judicial, se entienda legalmente constituido, y que son:

- 1ª) Consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o guarda del menor, y de la persona o personas que reciban al menor en acogida. Asimismo, el de los padres, si fueran conocidos y no estuvieran privados de la patria potestad, o el tutor, salvo que se trate de acogimiento familiar provisional acordado por la entidad pública, en interés del menor, hasta que se produzca la resolución judicial y el del menor, si tuviera doce años cumplidos.⁽²⁸⁾

efectos de la ley; la respuesta parece ser afirmativa, no cabe duda que una persona sola pueda prestarle todos los cuidados necesarios para vivir en familia; será la entidad pública la que estime la conveniencia o no de esta situación.

- (28) Antes de esa edad, *si tiene suficiente juicio*, tiene derecho, tan solo, a ser oído, con lo que se le puede dar audiencia, según el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero.

- 2º) La modalidad del acogimiento y duración prevista del mismo.
- 3º) Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular:
 - a) La periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido.
 - b) El sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros.
 - c) La asunción de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria.
- 4º) El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la entidad pública, y el compromiso de colaboración de la familia acogedora al mismo.
- 5º) La compensación económica que, en su caso, vayan a recibir los acogedores.
- 6º) Si los acogedores actúan con carácter profesionalizado o si el acogimiento se realiza en un hogar funcional, se señalará expresamente.
- 7º) Informe de los servicios de atención a menores.

Este documento deberá remitirse al Ministerio Fiscal, pues, como ya hemos señalado repetidamente a él incumbe la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores sometidos a estas instituciones. Para cumplir su labor, recibirá de la entidad pública: noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores; copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente, le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor.

El acogimiento del menor cesará, de conformidad a lo establecido en el artículo 173.4 del C.c.:

- 1º) por decisión judicial.
- 2º) por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública.

- 3º) a petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía.
- 4º) por decisión de la entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor, cuando lo considere necesario, para salvaguardar el interés de éste, oídos los acogedores.

Además de estas causas señaladas taxativamente por ley. El acogimiento puede extinguirse:

- 1º) por haber alcanzado la mayoría de edad,
- 2º) por emancipación,
- 3º) por adopción del menor,
- 4º) por muerte o declaración de fallecimiento del menor acogido, o del acogedor si es sólo una persona,
- 5º) por incapacitación de la persona o personas que reciban al menor en acogimiento,
- 6º) por el transcurso del plazo para el que se constituyó el acogimiento.

Asimismo, el artículo 173.5 del C.c. establece que *todas las actuaciones de formalización y cesación del acogimiento se practicarán con la obligada reserva*, es decir, existe una obligación de no facilitar información sobre dichas actuaciones para evitar perjuicios al menor.

Por último, diremos que la resolución dictada a favor del acogimiento de un menor tendrá constancia registral, ya que, conforme al artículo 154.3 del Reglamento de Registro Civil, *cabrá también la anotación 3º Del probijamiento o acogimiento, en virtud de certificación de la Junta Provincial de Beneficencia*. Esta anotación en el Registro tiene un valor simplemente informativo. Respecto a la publicidad administrativa, hay que señalar que en algunas Comunidades Autónomas tienen registros específicos de los acogimientos, en tal caso, habrá de estar a la normativa dictada en cada caso.