

**SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA.
SUPERVISION POR EL FISCAL DE LA ACTIVIDAD DE LA
ADMINISTRACION**

Carmen Rubio Vicente

Fiscal Delegada de la Sección de Menores de la Fiscalía Provincial de Córdoba.

Seminario de especialización en menores: responsabilidad penal y protección.
Novedades legislativas
29 al 31 de marzo de 2017



Centro de
Estudios
Jurídicos

SUMARIO

Se expone una visión general de las situaciones de riesgo y desamparo tras la importante reforma del Sistema de protección a la Infancia y adolescencia, y una visión general de la función del Ministerio Fiscal de supervisión de la actividad administrativa en esta materia.

1.- Marco normativo. Especialización del Ministerio Fiscal. 2. Situaciones de riesgo. 2.1.- Concepto y definición. 2.2. Administración competente. 2.3.- Resolución de riesgo. 2.4.- Posible desamparo. **3.- Atención inmediata.- 4. Desamparo.** 4.1.- Concepto y definición. 4.2.- Otras novedades. **5.-Soporte procedimental. 6.- Actuación supervisora de la actividad administrativa.** 6.1.- Puesta en conocimiento. Vías de comunicación. 6.2.- Valoración de las resoluciones y seguimiento.

1.- MARCO NORMATIVO. ESPECIALIZACION DEL MINISTERIO FISCAL.

Nuestro sistema de protección quedó configurado con la Ley 21/1987 de 11 noviembre, *que modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores*, que supuso que la apreciación de las situaciones de desamparo fuera competencia administrativa y no judicial, sin perjuicio de las facultades de control del Ministerio Fiscal y de las facultades de revisión de las decisiones de la Administración, competencia judicial.

Previa a esta, la reforma de 1983, Ley 13/83 de 24 de octubre, *en materia de tutela*, dio nueva redacción al título IX y X (incapacidad y tutela), concedió gran protagonismo al juez en la constitución de las tutelas: el organismo tutelar se componía únicamente del tutor y del juez que supervisa y vigila el desarrollo de la guarda, la apreciación del desamparo correspondía a la autoridad judicial, siendo la Administración la que adoptaba medidas de urgencia en tanto se declaraba o no la situación.

Aunque el objeto de la reforma de 1987 era sobre adopción, y en principio extraño a la tutela, se ocupa de ciertos extremos de esta y como principal novedad, sustituye el concepto de abandono - que procedía de una reforma de 1970, situación de abandono que debía ser apreciada y declarada por el Juez, art. 174 in fine del CC.- por la institución del desamparo, surge el concepto de tutela automática por ministerio de la ley para menores desamparados y se regulan en el Código civil la figura de los acogimientos, antes dispersas en normas administrativas. Como segunda novedad, como contrapeso a las amplias competencias atribuidas a la Administración, se atribuye al Ministerio Fiscal “la superior vigilancia” a que se refiere el Art. 174.1 CC.: *“Incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta sección”*, en consonancia con las funciones que al Ministerio Fiscal atribuye el artículo 3 de su Estatuto Orgánico (en adelante, EOMF).

La función social de protección de menores corresponde pues a la Administración autonómica, siendo su actuación revisable en derecho por los Tribunales.

Más adelante se promulgó la Ley Orgánica 1/96 de 15 de enero, Ley de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), que igualmente modificó artículos del Código Civil.

Esta ley, junto al Código civil, son las que configuran de forma sustancial en el ordenamiento jurídico estatal el régimen de protección del menor de edad y sobre ellas, la mayoría de las Comunidades Autónomas, con inspiración en tal normativa, y al amparo de la competencia concedida por el art. 148.20ª CE., han venido promulgando su propia legislación en esta materia.

Posteriormente, a nivel procesal, se introdujeron modificaciones con la Ley 1/2001 de Enjuiciamiento civil, y en la Disposición Final 1ª y 2ª de la ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

Transcurridos casi 20 años desde entonces, el sistema de protección de menores ha sido objeto de significativas modificaciones, tras la entrada en vigor dos leyes que se fueron tramitando en paralelo, una de rango ordinario: la Ley 26/15, de 28 de julio de *modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, y la otra, orgánica: la Ley Orgánica 8/15 de 22 de julio de *modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*.

Las leyes citadas tratan de adaptar la legislación a los cambios sociales y doctrina jurisprudencial. Su objeto se recoge en su Exposición de Motivos. En la de la Ley 26/15 consta:

“(…)la presente ley tiene como objeto introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia. Además, y de modo recíproco, esta ley incorpora algunas novedades que ya han sido introducidas por algunas normas autonómicas estos años atrás”

En ambas leyes se introducen modificaciones que afectan, entre otras, a la LO 1/96 de Protección jurídica del Menor; Código civil (CC), Ley de Adopción internacional y a la Ley de Enjuiciamiento civil (LEC), y a veces, en cada una de ellas, a distintos apartados de un mismo artículo.

También hemos de tener en cuenta la Ley 15/15, de 2 de julio de *la Jurisdicción voluntaria*, publicada en el BOE el 3 de julio, que regula en el capítulo III del título II, la adopción y en el capítulo IV, la tutela y guarda de hecho.

En el preámbulo de las dos leyes de modificación del sistema de protección, se destaca la aportación de las Circulares de la FGE, en concreto, las Circulares 8/2011, de 16 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio fiscal en materia de protección de menores* y la 1/2012, de 3 de octubre, *sobre el tratamiento sustantivo y procesal ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave*, las Recomendaciones del Defensor del Pueblo, Propuestas y Observaciones del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas así como aportaciones jurisprudenciales sobre la materia.

Como precedente de esta reforma, citar el Anteproyecto de Ley de actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia, de 7 de julio de 2011.

Aunque pueda pasar desapercibido, considero que la nueva regulación configura un sistema mixto entre el que se creó con la reforma de 1983(desamparo judicial) y con la de 1987(desamparo administrativo), pues junto al desamparo administrativo, habrá una situación que igualmente conlleve una resolución de suspensión de la patria potestad, pero en este caso apreciada por el Juez y en un procedimiento de Jurisdicción voluntaria.

Ello deriva de la modificación del art. 303, párrafo 2º CC. en materia de guarda de hecho que opta por la tesis objetiva del desamparo, en relación con el art. 239 CC, que introduce un segundo párrafo en el apartado 2, que exige la previa suspensión de los padres si se nombra un tutor ordinario, por lo que Autos judiciales van a tener que pronunciarse sobre la suspensión de la patria potestad de ambos progenitores y nombrar un tutor, y el seguimiento de la situación corresponderá al Tribunal. La privación de la patria potestad será por otro cauce procesal. Con arreglo a ello, además del desamparo administrativo, habrá un “desamparo” judicial.

La LOPJM, 1/96 en su Título II regula las actuaciones de la Administración respecto a menores en situación de desprotección social y atribuye a los poderes públicos la función de velar para que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades.

Así, se establece en el artículo 12.1 LOPJM, que esta protección de los menores se realizará mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de **riesgo**, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, mediante el ejercicio de la **guarda** y en caso de declaración de **desamparo**, con la asunción de la tutela. La nueva ley añade que *en las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas.*

A ello hay que unir las actuaciones en materia de la llamada **atención inmediata** que se regula en el art. 14 LOPJM, y que tras la reforma, configura la “guarda provisional”.

No todas las situaciones de desprotección social tendrán la misma gravedad. Distingue esta ley dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre situaciones de riesgo (art 17 LOPJM) y de desamparo (art.18 LOPJM), definiéndolas ahora y trazando las líneas de actuación, con grado distinto de intervención de la entidad pública.

Las nuevas reformas van a fortalecer el papel del Fiscal en el sistema de protección diseñado, en materia de riesgo y de supervisión de las medidas de protección que se adopten, como órgano de control de las actuaciones administrativas de los servicios de protección competentes en cada Comunidad Autónoma

A este respecto, la Circular de la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) 8/2011 *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Protección de Menores*, citada expresamente en el preámbulo de la Ley 26/15, expresa en su apartado II: “*La singularidad funcional de la intervención del Fiscal en el ámbito de protección de menores radica en que se le encomienda una relevante función extraprocesal, la de superior vigilante de la actuación de la*

Administración, con obligación de comprobación semestral de la situación del menor y de ejercer su vigilancia sobre todos los centros que acogen menores, sin que ello suponga invadir las competencias de las Entidades Públicas ni llegar a suplantarlas. La especial posición del Ministerio Fiscal en el ámbito de menores exige un delicado ejercicio de equilibrio en el desempeño de sus funciones”.

Es pues una función netamente extra o preprocesal, pese a que el desenvolvimiento habitual de su actividad tenga lugar ante los Tribunales. En ese difícil equilibrio, será determinante la fluidez de las relaciones con los servicios de protección.

Esta función de vigilancia se residencia en las Secciones de Menores de las Fiscalías, que aúna las funciones en materia de protección y de reforma.

Sucesivos pronunciamientos de la FGE han venido a reforzar y dar pautas de actuación como la Instrucción 3/08 que ha hecho relación de competencias y funciones que corresponden al Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, la Instrucción 1/09 *sobre la organización de los servicios de protección de las Secciones de Menores* y la Circular 8/11 arriba citada. Hay que tener en cuenta también las Conclusiones de las distintas Jornadas de Fiscales Delegados de Secciones de Menores, y la comunicación de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores de 25-09-14, que tras hacer referencia al *Informe UNICEF La infancia en España 2014*, en materia de recursos, decía:

“En el concreto ejercicio de su misión y de las funciones de supervisión de la actuación administrativa de protección de menores de edad que el art. 174.1 del Código Civil encomienda a nuestra Institución, son muchas las iniciativas y actuaciones que el Fiscal puede emprender”.

Según la EM de la Ley 26/15:

“Las altas funciones que se encomiendan al Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores, deben verse acompañadas de los suficientes medios a fin de que pueda ejercerlas de manera efectiva, evitando que sus esfuerzos queden limitados a un simple voluntarismo carente de operatividad práctica o que su actuación sea meramente simbólica. (...)”.

2.- SITUACIONES DE RIESGO.

2.1.- CONCEPTO Y DEFINICION.

2.1.1.- Concepto

Cuando se habla de menores en riesgo, la primera idea es comprender todas esas situaciones centradas en las dificultades que presentan las familias en riesgo de exclusión social que supone un efecto multiplicador del riesgo, y la atención específica a este colectivo. Es lo que constituiría el núcleo funcional clásico relativo a la supervisión en materia de riesgo.

Las soluciones entrarían dentro del marco de las medidas de apoyo familiar (tanto las de carácter técnico como económico) que configuran los planes de intervención y que se plasmaba a veces -y será obligatorio a partir de ahora- en un documento administrativo firmado por los padres y que va estar sometido a temporalización.

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. Esta intervención es la exigida por numerosas sentencias que estiman la oposición al desamparo, así S. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 3ª, S 28-6-2002, nº 452/2002, rec. 405/2002. Pte: Santos Sánchez, Mª Luisa, FJ 3º. La jurisprudencia había subrayado la necesidad de que en los supuestos de riesgo se elaborara “*un plan técnico de apoyo a la familia a cargo de los servicios sociales correspondientes, a fin de lograr la reinserción del menor en ella*” S. AP Zaragoza secc. 5ª nº 436/2004 de 15 julio.

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 (art. 172.1 párrafo 3º).

Expresivamente el Preámbulo de la Ley 14/2010 de 27 de mayo, *de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia* en Cataluña (LDOIA) dice que “La atención es el conjunto de actuaciones sociales para «cuando las cosas empiezan a ir mal» o para cuando solo van «un poco mal» y existe la probabilidad, y no la certeza, de que el desarrollo integral del niño o el adolescente puede resultar afectado negativamente. La consecuencia jurídica de estos casos es la declaración de riesgo”.

Pero esta primera idea no agota la totalidad del conjunto de asuntos que se trabajan desde las Secciones de menores.

Junto a estos supuestos, hay otras situaciones con dimensión jurídica en los que podemos englobar los casos más dispares: absentismo escolar, problemas en materia educativa, drogadicción o alcoholismo, fugas domiciliarias, etc., que dan lugar a una actuación extraprocesal de la Fiscalía de Menores, que a veces lleva a una intervención ante los tribunales y las más de la veces se agota en un control de la suficiencia de la actuación de la administración.

Como expone SEGARRA: “En primer término, hay situaciones subjetivas de los menores que son objeto de especial análisis por las normas a la hora de delimitar los riesgos y de especial atención también por parte de las instituciones. En particular, la condición de extranjero no acompañado del menor, el sexo, la discapacidad y el hecho de residir en centro de reeducación o penitenciario por la situación de interna de la madre.

En segundo término, hay derechos especialmente protegidos en los que las facultades de guarda sufren importantes modulaciones. Así, por ejemplo, se observan actos que están prohibidos, otros que requieren del concurso judicial (bien previo –autorización- o bien posterior –aprobación-), otros que requieren de la supervisión del Fiscal e incluso otros en los que aparecen entidades administrativas que ejercen control de actividades determinadas que forman parte del amplio concepto de la intervención administrativa de protección del menor, en sentido amplio. Desde este punto de vista es interesante el análisis de los denominados derechos de la personalidad, la obligación escolar y el consentimiento informado.

Como ya señalamos, ninguno de estas perspectivas agota la totalidad de supuestos posibles pero sí permite adentrarse en lo que constituye el trabajo habitual en una Sección de Menores en materia de protección”.

Nos encontramos ante casos como los que surgen tras la finalización de la medida impuesta por el Juzgado de Menores; menores de 14 años que comenten delitos y víctimas de los mismos (apartado IV Jornadas de Fiscales de Menores de 2013), fruto de desestructuración personal y familiar; con menores ya próximos a la mayoría de edad, respecto a los que es delicado adoptar una medida de protección; niños fuguistas de sus casa; menores absentistas; niñas de determinados colectivos, que conviven desde temprana edad con sus parejas, acogidos por las familias de los “maridos”; niños con problemáticas derivadas del consumo de tóxicos, sida u otras enfermedades graves, en conflicto con sus progenitores en cuanto al tratamiento a seguir en caso de riesgo grave (nuevo apartado 10 del at. 17LOPJM y Circular FGE nº 1/2012); niños con problemas de conducta cuyos padres peregrinan desesperados ante las instituciones en busca de apoyo, en familias que pudieran catalogarse de normalizadas presentando dramáticas actitudes de imposibilidad de soportar la convivencia con su hijo/a adolescente; menores acogidos por guardadores de hecho que no pueden actuar como sus representantes legales ante las administraciones; menores de “reforma” y no de “protección”, menores víctimas de acoso escolar (Instrucción FGE nº 10/2005), menores extranjeros que entran en España irregularmente, utilizando vías o medios peligrosos, sin documentación, sin seguir los cauces legales y sin arraigo (Dictamen 2/12 de la Fiscalía de Sala Coordinadora de menores).etc. Son situaciones que se consideran como situación de riesgo, que exige que los poderes públicos se preocupen de la situación del mismo y garanticen su seguridad y bienestar.

Estos factores de riesgo interactúan, siendo el mantenimiento en el tiempo de varios de ellos los que desencadenan las situaciones de dificultad. Muchos de ellos nada tienen que ver con las llamadas poblaciones de alta vulnerabilidad social, las cuales suelen ser en gran medida demandantes de servicios sociales, lo que permite y acostumbra a la familia a la intervención social. Las capas poblacionales que no son objeto de programas de prevención por no hallarse en estos ambientes de riesgo presentan mayor hermetismo ante la intervención, recelo y menor nivel de colaboración. Tan solo se presentarán cuando la situación de conflicto familiar les desborde de forma completa.

Mi experiencia es que ante estas situaciones, por regla general hay inactividad administrativa, y son complejos de abordar, debiendo intervenir varias administraciones: Bienestar Social, Salud y Educación principalmente, realizando el Ministerio Fiscal una función claramente de impulso de la actividad administrativa. La existencia de la superior vigilancia del Fiscal funcionará aquí como garantía de los derechos de los menores que se pueden ver afectados en el desarrollo de su proceso evolutivo, velando por su desarrollo armónico y pleno y su integración familiar y social.

En la comunicación de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores de 25-09-14 N/REF C F 73/2014, en relación al Informe de UNICEF *La infancia en España 2014*, se sugería a los Fiscales:

“Dirigirse también de modo directo y en cada caso concreto de vulneración o riesgo grave para los derechos civiles y políticos de un menor de edad a la Entidad Pública de protección, a fin de que se minimicen o eliminen los factores de riesgo mediante el despliegue y creación en su caso, de cuantos

dispositivos sean precisos para poner fin a la lesión o al riesgo. En este aspecto, la actuación del Fiscal debe dirigirse no sólo a la supervisión de la actividad administrativa de protección, sino muy especialmente también a la pasividad de la Administración frente a situaciones objetivas de riesgo”.

En los supuestos de riesgo grave o urgente se plantearán medidas al amparo del art. 158 Cc.

La actuación del Fiscal ante las situaciones de alto riesgo para los derechos de menores de edad comprenderá:

- La obtención de las medidas urgentes –administrativas o judiciales – que sean necesarias para apartar al menor del peligro o evitarle algún mal.
- La supervisión de la eficacia inmediata de tales medidas hasta la estabilización de la situación del menor, lejos de la fuente de riesgo.
- La necesaria coordinación con otras Secciones de Fiscalía.

Se regulan en el art 158 CC., precepto clave en el “Derecho de Menores” y en el art. 216 CC., que extiende la aplicación del anterior precepto a todos los supuestos “*de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores o incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos*” y deben comunicarse a la Entidad pública en caso de menores tutelados.

Podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Este será el supuesto más frecuente en las Secciones de Menores de Protección de la Fiscalía que permite actuar ante retenciones o dilaciones de la Administración o en supuesto de riesgo grave e inminente, como el supuesto de riesgo de matrimonio concertado, mutilación genital, ante un caso grave y urgente respecto a menores sujetos a guarda de hecho, salida del territorio nacional de un progenitor con sus hijos, con riesgo de éstos y en perjuicio del otro progenitor.

Este cauce procesal se regula en el Título III, capítulo II de la nueva Ley de jurisdicción voluntaria. Artículo 87.1 a) de la LJV, y se trata en el apartado 5.6 de la Circular FGE 9/15, de 22 de diciembre, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de Jurisdicción voluntaria.*

2.1.2.- Definición

La situación de desamparo viene legalmente definida en el art. 172.1 CC. La situación de riesgo no se definía ni en el Código Civil ni en la LOPJM, aunque sí en algunas normas autonómicas (art.22 de la Ley 1/08 de la CCAA Andaluza; artículo 93 de la Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana, Art. 102 de la Ley Catalana 14/2010 de 27 de Mayo de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y Adolescencia, también en normativa de Cantabria, Castilla La Mancha, Baleares, Murcia, entre otras).

Esto cambia en el nuevo artículo 17, que hace una definición de esas situaciones y desarrolla todo lo relativo al procedimiento, reforma aplaudida por el Consejo Fiscal que señala que: “la situación de riesgo y las medidas que tras su constatación han de adoptarse debieran ser el pilar básico del sistema de protección de menores, y sin embargo, su defectuosa –cuando no inexistente- regulación está llevando a su infrutilización o a su utilización sin constancia ni garantías”

Así se define ahora: *“1. Se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se ve perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, o en su bienestar o en sus derechos, de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar. A tales efectos, se considerará indicador de riesgo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente. La concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar.”*

A diferencia de los supuestos de desamparo, en los que en la mayoría de las normativas de las Comunidades Autónomas suele contarse con un catálogo no exhaustivo de situaciones que pueden dar lugar a apreciarlo, no hay una clasificación de “situaciones de riesgo”, (sí la hay en Castilla-León, Castilla La Mancha, Baleares, Valencia, Navarra y Cataluña) pero podemos considerar las mismas que dan lugar a desamparo recogidas en el artículo 172 CC, aunque de carácter leve.

No se ha incluido una enumeración casuística de supuestos, salvo la referencia a la existencia de otro hermano en tal situación, quizás para garantizar la flexibilidad.

Se regula por primera vez en una norma de rango estatal el llamado riesgo prenatal, que se define en el apartado 9 del art. 17. Se regulaba en alguna normativa autonómica, en concreto La Rioja, La Ley 1/2006, de 28 de febrero, *de Protección de Menores* de La Rioja dispone en su art 32.4 y en el País Vasco: art 52.2 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, *de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia*, en el País Vasco. Se dispone que se deben adoptar las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. Y con la obligación de notificación esta situación al Ministerio Fiscal, se involucra al mismo en supervisión.

Hace referencia a una actuación derivada de maltrato prenatal la SAP Barcelona, sec. 18ª, S 29-10-2015, nº 771/2015, rec. 645/2015.

2.2.- ADMINISTRACION COMPETENTE.

En nuestro sistema constitucional los servicios de protección de menores se integran en la materia de la asistencia social, constitucionalmente atribuida a las Comunidades Autónomas –art.149.1 y 3 y 148.1.20ª CE-, siendo estas las que han desarrollado la normativa al respecto.

La reforma se hace eco de la diversidad de legislaciones, que ha dado lugar a lo que DOLZ LAGO, ha denominado “selva legislativa” , recogiendo en la E.M., como una de las justificaciones de la reforma garantizar a *los menores una protección*

uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia.

La nueva D.A. 3ª habilita al Gobierno a promover, con las Comunidades Autónomas, el establecimiento de criterios comunes y mínimos estándares de cobertura, calidad y accesibilidad en la aplicación de la ley.

Dentro de la estructura administrativa, encontramos distintos niveles de intervención, que puede dar lugar a conflictos, descoordinación, duplicidad de actuaciones y a veces inacción, en la confianza de la intervención de otra instancia protectora.

La LOPJM 1/96, en todo su articulado hace referencia a la “entidad pública competente en materia de protección de menores”. La D.F. 22 de la ley 1/96 considera entidad pública, las que designen las comunidades autónomas conforme a “sus respectivas normas de organización”.

En la ley, la competencia en materia de riesgo se recoge en el art 17.3, con carácter genérico: “3. *La intervención en la situación de riesgo corresponde a la administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable, en coordinación con los centros escolares y servicios sociales y sanitarios y, en su caso, con las entidades colaboradoras del respectivo ámbito territorial o cualesquiera otras.*”

Generalmente, corresponde a las entidades locales la competencia para apreciar e intervenir en situaciones de riesgo, ejecutar las medidas de protección y apoyo familiar y realizar el seguimiento de la evolución del menor en la familia. La reforma potencia el protagonismo de estos servicios desde la convicción de que los Servicios Sociales de las Entidades Locales, junto con los servicios sanitarios y educativos, son fundamentales para la detección, recepción y análisis de situaciones de riesgo, además de ser la principal vía de acceso de los ciudadanos a los servicios de protección de menores.

El art. 25.2 e) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, *reguladora de las Bases del Régimen Local*, señala como competencia municipal la evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, si bien, y tratándose de municipios de menos de 20.000 habitantes, con la coordinación, asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica y la garantía de las Diputaciones Provinciales.

Señalaba el Consejo Fiscal en el informe al Anteproyecto de Ley de Protección de la infancia: “*Desde esta perspectiva, las corporaciones locales, como entidades administrativas más próximas a los ciudadanos y en virtud de sus competencias legales (art. 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local), deben asumir la responsabilidad más inmediata sobre el bienestar de la infancia y adolescencia y la promoción de cuantas acciones favorezcan el desarrollo de la comunidad local y muy especialmente de sus miembros más jóvenes, (...)y todo ello sin perjuicio de las competencias de las CCAA en materia de asistencia social (art 148.20 CE)*”

En Andalucía, la Ley 1/98 indica en el art. 18.1 que los servicios sociales son competentes para actuaciones “en el propio medio” y detección de menores en situación de desprotección e intervención en situaciones de riesgo y las Administración de la Junta de Andalucía ejerce las funciones que impliquen separación del menor de su

medio familiar. Las entidades locales cuentan con servicios municipales y servicios especializados, en Andalucía, Equipos de Tratamiento Familiar, subvencionados parcialmente por la Comunidad Autónoma, regulados en el Decreto 494/2015 de 1 de diciembre.

La forma de actuar y los criterios de intervención variarán de una Comunidad Autónoma a otra, y también de una provincia a otra dentro de la misma Comunidad. Ello nos debe llevar a la prudencia cuando recabamos supuestos jurisprudenciales, pues además de que un caso aparentemente similar puede tener matices que lo diferencien, la distinta forma de proceder está justificada por la diferente normativa que lo ampara.

Habrá que conocer y estar a lo establecido en las normas autonómicas, de distinto rango normativo y familiarizarse con la terminología y estructura administrativa. Hablaremos de Dirección general, Delegación territorial, Servicios de protección, Servicio de prevención, Servicios sociales municipales, Servicios sociales comunitarios, Servicios sociales básicos, Gobierno, Generalidad, Cabildo Insular, Entidades municipales, Instituto de Bienestar social, Equipos de tratamiento familiar, Unidades tutelares, Unidades técnicas, etc.... y entrar en el complejo mundo de las relaciones del Fiscal con las instituciones protectoras de menores.

Frente a esta diversidad, el Ministerio Fiscal, actuando conforme al principio de unidad de actuación en todo el territorio nacional puede ser factor de equilibrio y cohesión frente al riesgo de prácticas dispersas y descoordinadas, como recoge la Instrucción 3/2008 *sobre el Fiscal de Sala coordinador de Menores y las Secciones de Menores*, p. 6 .

2.3.- RESOLUCIÓN DE RIESGO.

Una de las más importantes novedades en esta materia, se recoge en el nuevo art. 17 en sus apartados 4 a 6, la regulación de las llamadas “resoluciones de riesgo” que eran demandadas por el Ministerio Fiscal y también por el Defensor del Pueblo, potenciando la participación del menor.

La valoración de la situación de riesgo debe conllevar la puesta en marcha de un proyecto de intervención social concreto, que, con la colaboración de la familia del menor, si fuera posible obtenerla, recoja las actuaciones y recursos necesarios para la eliminación del riesgo, manteniendo al menor en su entorno familiar.

Es novedosa la regulación de la cesión de datos a estas entidades que se contempla en el art. 22 quater, que hace primar la protección integral de los menores sobre el derecho fundamental a la protección de datos. Los fines de la cesión no consentida lo constituyen entre otros, la prevención, detección y reparación de las situaciones de riesgo. Y los datos que podrán recabar son los relativos al menor y a sus progenitores, tutores, guardadores o acogedores, como pueden ser antecedentes policiales, objeto de especial protección, información sanitaria e información escolar. La materia esta de cesión de datos fue tratada en las Jornadas de Fiscales Delegados Menores de 2015 y excede del contenido de esta ponencia, y fue tratada ampliamente por VALPUESTA CONTRERAS, DANIEL.

Se establece en el apartado 4 que se procurará la participación de los padres, tutores, guardadores o acogedores en la elaboración del proyecto de intervención que recoja objetivos, recursos y previsión de plazos, y que se comunicará y “consultará” con el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años, recogiendo en un convenio suscrito entre la administración pública competente y los progenitores, tutores, guardadores o acogedores.

Me parece muy importante la fijación de los plazos. La Comisión especial del Senado recomendó “*crear para las situaciones de riesgo programas sociales de intervención con las familias de carácter multidisciplinar y protocolos uniformes de atención inmediata, de modo que se intente la integración natural del menor en su familia, fijándose unos plazos máximos de intervención en función de la edad de los menores, de modo que el riesgo no pueda llegar a cronificarse, provocando secuelas en perjuicio del menor*”.

En su apartado 5, recoge que la omisión de la colaboración prevista en el mismo dará lugar a la declaración de la situación de riesgo del menor. Debe entenderse que no obliga necesariamente a pasar por una previa declaración de riesgo antes de desembocar en el desamparo, sino que cabe la posibilidad, en caso de grave situación, de declarar directamente el desamparo.

Hasta ahora, no existía en la mayoría de las CCAA, a diferencia de los supuestos de desamparo, una declaración formal, ni administrativa ni judicial, de riesgo.

Se hacía referencia a una declarada situación de riesgo en A. Audiencia Provincial de La Rioja, sec. 1ª, A 25-8-2011, nº 84/2011, rec. 443/2011, FJ 3º.y en la reciente AP Barcelona, sec. 18ª, S 29-10-2015, nº 771/2015, rec. 645/2015, que identifica “alto riesgo” con desamparo: “*La distinción entre situación de riesgo y situación de alto riesgo o desamparo determina diferentes niveles de intervención de la Administración. La competencia en las situaciones de riesgo está atribuida a la Administración Local mientras que el desamparo es competencia de la entidad protectora de la Generalitat*”

La novedad más relevante en esta materia se contiene en el apartado 6:

“La situación de riesgo será declarada por la administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable mediante una resolución administrativa motivada, previa audiencia a los progenitores, tutores, guardadores o acogedores y del menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años. La resolución administrativa incluirá las medidas tendentes a corregir la situación de riesgo del menor, incluidas las atinentes a los deberes al respecto de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores. Frente a la resolución administrativa que declare la situación de riesgo del menor, se podrá interponer recurso conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Solo ha de dictarse esta declaración formal cuando la intervención de los Servicios Sociales alcance una especial intensidad, para evitar encorsetar o burocratizar la actuación de los Servicios Sociales, que necesariamente deben actuar desde la flexibilidad.

Esta resolución de riesgo tendrá efecto de aviso a los responsables de los menores de que tras dicha resolución puede venir una medida que implique la retirada de los menores, y puede ayudar a que sean más conscientes de la situación de los mismos y de las consecuencias de la omisión de la atención debida con lo que se garantiza a los padres el conocimiento de lo que deben hacer para evitar una ulterior declaración de desamparo, se va a asegurar que las familias han sido informadas y pueden disponer de asistencia jurídica desde los primeros momentos de la intervención administrativa. También va a clarificar la intervención en ese primer nivel de actuación,

dejando concreta constancia de los esfuerzos realizados en pro del mantenimiento del menor en su medio, que ahora de forma farragosa aparecen integrados en los expedientes administrativos con mezcla de documentos y falta de sistematización, o no aparecían siquiera esas actuaciones previas.

En cuanto a la competencia para dictar la resolución de riesgo, hay diferencias entre las CCAA: Así en la CCAA Castilla-La Mancha y en Aragón, las dictan la Comunidad Autónoma.

En Andalucía, las Entidades locales son reacias a dictarlas, habiéndose constituido un grupo de trabajo para fijar la posición al respecto. Las entidades locales han considerado que hasta que no se adapte la andaluza, Ley 1/98 de 20 de abril, a lo recogido en el nuevo art. 17, “no tienen competencia para dictar resoluciones de riesgo”. En Córdoba, solo un municipio ha dictado alguna resolución de riesgo debidamente motivada.

Entiendo que tanto la intervención como el dictado de la resolución de riesgo es competencia de las entidades locales o entidades intermedias especializadas, pues su atribución al Servicio de protección generaría problemas en caso de que este cuestionara el criterio de la entidad local en cuanto a la existencia de la situación de riesgo, sobre todo si de ello se deriva que sea la Entidad pública la que prosiga la intervención.

Esta competencia es importante a efectos de fijar la competencia judicial para conocer de la oposición a las mismas, pues dicha resolución es susceptible de recurso conforme a la LEC, aunque omite la referencia al artículo 780LEC. Hasta ahora, las resoluciones que pudieran dictar las entidades locales no eran impugnables, cuestión planteada y resuelta por la AP Barcelona, sec. 18ª, S 29-10-2015, nº 771/2015, rec. 645/2015. La competencia territorial en el supuesto de oposiciones a resoluciones de la Entidad pública será la capital de provincia, conforme al art. 15 de la Ley 52/97 de 27 de noviembre de *Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas*, aplicable a las Comunidades Autónomas conforme a la D.A. 4ª. En los supuestos de las resoluciones de riesgo, al dictarla la entidad municipal, y no existir similar previsión, entiendo que será la localidad correspondiente a la Corporación local, conforme al art 779, párrafo 2 LEC.

Al no estar previsto que se informe al Ministerio Fiscal de la resolución de riesgo y menos, de la previa intervención, puede resultar que en la mayoría de los casos, la primera noticia que tengamos de un asunto será por la vía de recurso ante esta resolución.

En la práctica, la comunicación al Ministerio Fiscal por parte de las entidades locales, de los expedientes en los casos de situación de riesgo no es habitual. No obstante lo anterior, cuando la actuación ha sido iniciada a instancia del Fiscal, la administración correspondiente sí debe informar de las actuaciones realizadas. Por otro lado, aunque los procedimientos administrativos no contemplan expresamente la intervención del Fiscal, nada obsta a que pueda intervenir, por ejemplo, cuando haya instado la apertura del expediente por petición del propio menor (artículo 10 de la LOPJM) y más claramente en el ejercicio de su función estatutaria pues la función de superior vigilancia que al Ministerio Fiscal incumbe, abarcará la actuación de la

administración en materia de tutela, guarda o acogimiento, conforme al art. 174 y también la correspondiente a situaciones de *riesgo*.

2.4.- POSIBLE DESAMPARO.

La nueva regulación pretende soslayar los problemas de inexistencia de mecanismos de control cuando existan discrepancias entre las Administraciones y también la descoordinación, duplicidad de actuaciones y a veces inacción, en la confianza de la intervención de otra instancia protectora derivados de la existencia, dentro de la estructura administrativa, de distintos niveles de intervención.

En el apartado 8 del mismo artículo 17, párrafo primero se recoge que en caso de que, transcurrido el periodo previsto, no se hayan conseguido cambios que garanticen la cobertura de las necesidades materiales o morales, o cuando se estime preciso la separación del menor de su ámbito familiar, se pondrá en conocimiento de la Entidad Pública a fin de que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal. Este informe debe adjuntar la resolución de riesgo.

En su párrafo segundo se indica: *“Cuando la Entidad Pública considere que no procede declarar la situación de desamparo, pese a la propuesta en tal sentido formulada por la administración pública competente para apreciar la situación de riesgo, lo pondrá en conocimiento de la administración pública que haya intervenido en la situación de riesgo y del Ministerio Fiscal. Este último hará una supervisión de la situación del menor, pudiendo para ello recabar la colaboración de los centros escolares y los servicios sociales, sanitarios o cualesquiera otros”*.

Con el nuevo art. 17.8 LOPJM, vamos a tener conocimiento de la delicada situación, por comunicación de la Administración local, y de la discrepancia, por la Entidad autonómica. Va a haber dos comunicaciones al Ministerio Fiscal, la primera, de la entidad local informando de la remisión del informe proponiendo el desamparo a la Entidad pública y otra segunda, de la Entidad pública, comunicando la resolución que dicte sobre dicha propuesta, por lo que va a asegurarse y agilizarse nuestro conocimiento de estas situaciones límite.

No nos llegaba la discrepancia entre esos dos niveles de intervención, ni a veces, la misma propuesta de la entidad local proponiendo la intervención a la Entidad pública. En la mayoría de las ocasiones, la única fuente de información con que contábamos era el Servicio de protección que motivaba su resolución y al no contar con otros informes y confiando en el habitual buen hacer de los Servicios de protección, nos aquietamos con lo resuelto.

En los casos en que se contaba con mas información o que hayamos recabado de otros sectores como puede ser comparencias personales, asuntos de los Juzgados de familia o colegios, y estos indicaban una grave situación, raramente se adoptaba con carácter de urgencia alguna medida, pasando el tiempo sin que la situación cambiara. Se libraban oficios dando cuenta de la situación al Servicio de protección y solicitando una valoración de la misma, pero al no contar otras fuentes de conocimiento para contrastar la resolución administrativa, normalmente nos conformamos con la contestación.

Nos corresponde ahora la supervisión de la situación cuando la Entidad pública considere, contrariamente a lo propuesto, que no procede el desamparo. La dificultad es cómo llevarla a cabo.

3. ATENCIÓN INMEDIATA

Las actuaciones conocidas como “atención inmediata” de menores se prevén en el art. 14 LOPJM y tras la reforma, en el artículo 172.4 del Código Civil, que regula la institución de la guarda provisional dentro de las medidas de atención inmediata.

El nuevo artículo 14 añade la referencia expresa a la comunicación de la situación a la Entidad pública, junto al Ministerio Fiscal a efectos de supervisión, y en su caso, impugnación. La intervención que se lleve a cabo, como continuación a la atención inmediata prestada, llevará a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo. Para ello podrá recabar datos de otras administraciones conforme al art. 22 quáter.

Una de las cuestiones más frecuentes que se plantean en la Fiscalía, en los servicios de guardia, es la competencia para adoptar medidas inmediatas de protección y ello fue objeto de tratamiento en el Dictamen 7/10, sobre *competencia para proporcionar asistencia inmediata a los menores* y la Circular 8/11, apartado III, que concluye que el ingreso provisional en un centro de acogida de menores, como actuación de asistencia inmediata, no necesita *a priori* de autorización del Juez o del Fiscal, inadecuada y perturbadora en los casos en que la necesidad y la urgencia comprometen la actuación inmediata de las autoridades implicadas.

Este ingreso del menor en un centro no entraña necesariamente ni en todo caso, la situación previa de desamparo, pues la necesidad de atención que padece el menor puede ser provisional o transitoria, y satisfacerse con una intervención puntual, incluya o no asistencia residencial, una vez que se establezca el contacto con los padres o representantes legales y éstos ofrezcan correctamente la asistencia moral y material que el menor precise.

La resolución de guarda provisional pretende clarificar la situación de esos menores acogidos en centros, en tanto en cuanto se demora la resolución de desamparo y que en relación con los MENA, con mayor frecuencia de la deseable tendían a perpetuarse en el tiempo, con las consiguientes dosis de inseguridad jurídica.

Por ello, debería tener unos límites temporales, como se recoge en la EM de la Ley 26/15 que no se modificó de forma paralela al texto.

En cuanto a estos límites, tanto la Proposición de Ley de actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia de 2012, como el Anteproyecto de 2014, el informe del CGPJ y el informe del Consejo Fiscal, estaban conformes con la conveniencia de fijar un plazo máximo de 3 meses de duración de la medida provisional, incluso al Consejo Fiscal, le parecía en algunos casos como excesivo, pero la LOPJM no ha acogido esta indicación: “*La Entidad Pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un*

menor prevista en el artículo 172.4 del Código Civil, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo”

Por su parte el Código civil, recoge la posibilidad de asumir esa guarda provisional mediante una resolución administrativa, pero ha suprimido igualmente la referencia al plazo de tres meses que contemplaba el Anteproyecto, haciendo referencia al “plazo más breve posible”:

“4. En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a (...).

Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente (...)”

Por otra parte, la redacción del articulado, que configura esta resolución como facultativa: “podrá”, en la práctica se ha traducido en la inexistencia de este tipo de resoluciones. Este carácter facultativo o no se trató en las Jornadas de Fiscales delegados de Menores de 2016 acordándose como CONCLUSION:

“1º El Ministerio Fiscal velará igualmente para que la declaración de guarda provisional adoptada por las entidades públicas en los supuestos del artículo 14.2 del LOPJM revista carácter no disponible y necesario. Dado el término utilizado en la ley “podrá”, se instará a dichas entidades públicas a que asuman esa facultad y efectúen tal declaración, por entenderse que ello salvaguarda más eficazmente el superior interés de los menores”.

La interpretación conjunta de la LOPJM y el CC lleva a concluir que el establecimiento de la guarda provisional es precisa y necesaria, situándose en el momento inicial de asistencia al menor y durará mientras se practican esas diligencias de conocimiento de la real situación del menor.

4.- DESAMPARO

Los deberes básicos que integran la patria potestad están definidos en el art.154 CC. comprendiendo el de “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”. Lo que son alimentos se define en el art. 142 CC. y comprende todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y la educación e instrucción del alimentista. La patria potestad comprende el deber de responder de los actos y omisiones de los hijos (art. 1903 CC.).

La declaración de desamparo conlleva de forma automática, la asunción de tutela por la Entidad pública y la suspensión de la patria potestad o en su caso, de la tutela ordinaria sin perjuicio de aquellos actos patrimoniales realizados en su representación y que redunden en el beneficio del menor (art. 172.1 CC.)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es especialmente celoso en la protección de las relaciones familiares. Parte de que el disfrute mutuo de la compañía entre padre e hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar en el que se incluye el derecho del niño a no ser separado de los padres, tal como se consagra en los

artículos 9 CDN y 8 CEDH (SSTEDH de 28 de febrero de 1994, *caso Boyle contra Reino Unido* y de 1 de diciembre de 2009, *caso Eberhard y M contra Eslovenia*), pero también reconoce a las autoridades nacionales un amplio margen de apreciación en la decisión (STEDH de 14 de enero de 2003, *caso KA contra Finlandia*).

Es un concepto jurídico indeterminado que habrá que concretar en cada caso evaluando la situación del menor en sus concretas circunstancias sico-socio-educativo-familiares.

4.1.- CONCEPTO Y DEFINICIÓN

La situación de desamparo viene legalmente definida en el art. 172.1 párrafo 2º CC, que establece que *“Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”*.

Tras la reforma, la misma definición se recoge en el art. 18.2 de la LOPJM añadiéndose la descripción de una serie de supuestos concretos que permiten declarar el desamparo cuando se den con la suficiente gravedad y proporcionalidad, finalizando con una cláusula abierta, acogiendo las descripciones que hasta entonces se venían señalando en las legislaciones autonómicas:

“1. Cuando la Entidad Pública constate que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél por ministerio de la ley, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria.

*2. De acuerdo con lo establecido en el artículo 172 y ss. del Código Civil, se **considerará 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 situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tomada en cuenta para la valoración de la situación de desamparo. Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.

Se considerará un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.

En particular se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor:

a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque estas no quieran o no puedan ejercerla.

b) *El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años.*

c) *El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal.*

d) *El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo.*

e) *El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental.*

f) *La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad.*

g) *Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia.*

h) *La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar*

3. *Cada Entidad Pública designará al órgano que ejercerá la tutela de acuerdo con sus estructuras orgánicas de funcionamiento”.*

En cuanto a las medidas distintas adoptadas respecto a hermanos, reseñar el Auto Tribunal Constitucional Sala 1ª, sec. 1ª, A 25-5-1992, nº 137/1992, BOE, de 3 de marzo de 1998, rec. 2647/1990 y la S. TEDH de 31-05-11, R.y H.contra Reino Unido. Para el TEDH aunque el dato de que la demandante tenga bajo su guarda otro menor respecto del que no se han tomado medidas puede ser ilustrativo, no es un dato decisivo, pues las edades de los menores pueden marcar distintas necesidades de protección, por lo que las autoridades nacionales están autorizadas para adoptar distintas decisiones en

relación con los distintos miembros de la familia y para optar por promover la adopción de uno de los hermanos por ser lo mejor para sus intereses atendiendo a su edad.

En igual sentido, AP Barcelona, sec. 18ª, S 4-5-2010, nº 286/2010, rec. 1054/2009.

Respecto a los malos tratos que han dado lugar a causas penales, reseñar la STEDH de 14 de enero de 2003 KA contra Finlandia (cf. L. v. Finland, no. 25651/94, § 127, 27 April 2000, unreported) que admite que el standard probatorio en material de protección de menores es distinto del penal, de modo que pueden por ejemplo tenerse en cuenta sospechas de abuso sexual aunque ni siquiera se haya abierto una causa penal y que el nivel de prueba exigible en el procedimiento de declaración de desamparo no necesita alcanzar el nivel de rigor exigible en vía penal. No obstante, si la medida se prolonga en el tiempo, la no incoación de procedimiento penal debe tenerse en cuenta de modo que las autoridades competentes habrán de reexaminar el caso para producir suficiente justificación para mantenerla.

Por otra parte, al art. 172 Cc. también sufre modificación en su redacción, se desdobra su contenido en los nuevos artículos 172 bis y 172 ter. Queda de la siguiente forma en su apartado 1:

“1. Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores 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, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria.

La resolución administrativa que declare la situación de desamparo y las medidas adoptadas se notificará en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. La información será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor adaptada a su grado de madurez. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor, esta información se facilitará de forma presencial.

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 progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de este.

La Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela”.

La situación de desamparo es una situación fáctica (“de hecho”) y resulta indiferente si la omisión o el inadecuado ejercicio de los deberes de protección es imputable a los padres, por ello expresamente la norma prevé que también surge el desamparo en los casos en que el ejercicio de la guarda sea imposible. Así, Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, núm. 671/2002, de 16 diciembre, núm. 684/2002, de 19 diciembre o núm. 403/2003, de 17 julio.

La S. AP. Baleares, sec. 3º, S 17-05-2004, nº 212/2004, F.J. primero:

“El desamparo se caracteriza por tanto, por el incumplimiento (...) incumplimiento que se desdobra, o bien en una falta (imposible ejercicio) o bien, en un defecto (inadecuado ejercicio de los deberes de protección), de ahí que el tratado incumplimiento pueda deberse a causa imputable al titular de la patria potestad (inadecuado ejercicio) o a unas no imputables al mismo (imposible ejercicio)”

La S. AP Granada, Sec.5ª, S. 19-10-2007, nº 446/2007, Rec. 325/2007, F.J. tercero:

“(…) el "desamparo" de los menores es una situación de hecho que afecta al menor y que puede estar causada por actos propios e imputables a los que tienen el deber de cuidar de los mismos, cómo por circunstancias de las que no son responsables. A los primeros se refiere el precepto cuando hace referencia al "incumplimiento... o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores", en tanto que al segundo se adscriben las situaciones de "imposible...ejercicio de los deberes de protección" antes referidos. Se incluyen en el supuesto legal desde aquellas situaciones de total abstención de sus obligaciones por los padres o tutores o aquellas otras en que las ejercen conscientemente de forma inadecuada, hasta las ajenas a los mismos, bien porque procedan de la actuación de terceros, incluso del propio menor, bien porque tengan su origen en imposibilidad física por enfermedad u otras causas”.

Analizando el art. 172, podemos señalar que son tres los criterios que pueden llevar a una declaración de desamparo:

- Incumplimiento: abandono voluntario del menor o abuso, dentro de este último podemos distinguir entre el físico, el psicológico o emocional, el sexual, la mendicidad infantil, utilización en infracciones penales de carácter patrimonial, etc- y también podría incluirse aquí el incumplimiento intencionado de la obligación escolar.
- Ejercicio inadecuado: por negligencia en el ejercicio de la función, puede distinguirse entre negligencia del propio cuidador –que no suministra cuidados básicos de forma no intencional- o la que resulta de la propia actuación negligente del/la menor –drogadicción, alcoholismo, prostitución, etc.- que se realiza ante la pasividad del cuidador por falta de información o experiencia.
- Ejercicio imposible: por inexistencia de guardadores, por ausencia involuntaria de estos, por acaecer determinadas situaciones de carácter físico como una enfermedad, discapacidad grave- o una situación familiar que desborda las posibilidades del cuidador, que pese a su actividad no capaz de garantizar al hijo su protección.

Este es quizás de los supuestos más delicados, en el límite entre el desamparo y la guarda administrativa, como pudiera ser el caso de los padres de menores con graves problemas de conducta.

Conforme señala el artículo 172.1 del Código Civil, la resolución será notificada en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores reforma, en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas y, 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. Con la reforma, se debe notificar también y en todo caso a los menores, si tuvieran suficiente madurez y en todo caso, si fueran mayores de 12 años.

En mi opinión, la notificación de esta resolución en su integridad puede resultar perturbadora en algunos casos para esos menores.

A partir de la definición de desamparo surgen dos tesis doctrinales y jurisprudenciales: la objetiva y la subjetiva, con trascendencia en orden a la forma de proceder en los supuestos de guardas de hecho. Para la primera, el desamparo se contempla como una situación de hecho en la que lo que prima es la desasistencia del

menor; de forma que si alguien lo atiende no existe situación de desamparo y considera que sólo cabe la declaración de desamparo cuando estén privados de esa asistencia respecto a cualquier persona. Por contra, la tesis subjetiva mantiene que si el menor no se encuentra atendido por las personas que ostentan la patria potestad o la tutela, existe situación de desamparo, aunque tengan cubierta su asistencia por un guardador de hecho (S. de 20-01-06 de la AP Cádiz, nº 4/06, rec. 119/05, que remite a la STS de 31-12-12.).

Ello se analiza en la S. Tribunal Supremo Sala 1ª, S 27-10-2014, nº 582/2014, rec. 2762/2013.Pte: Baena Ruiz, Eduardo, que fija criterio doctrinal:

“Cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección.”.

Se separaba parcialmente de las conclusiones de la Circular FGE 8/11 y del Dictamen de la FGE 6/11, *sobre el tratamiento de la guarda de hecho* en el que después de relacionar distintas disposiciones autonómicas concluía que en estas situaciones el menor está en desamparo, y ello deriva no de que el menor no esté recibiendo la atención precisa, sino de que ésta se presta por quien no tiene título para ello, con grave déficit de seguridad jurídica en el menor. Esta solución no fue aceptada pacíficamente por los tribunales ordinarios que seguían dictando sentencias contradictorias manteniendo la situación de guarda de hecho, y colisionaba además, con lo dispuesto en algunas legislaciones autonómicas.

Ante la postura recogida en el nuevo texto legal, que añade un párrafo segundo al art. 303 CC, acogiendo la tesis objetiva, la Circular 9/, de 22 de diciembre, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria*, indica en su apartado 8º que estas conclusiones de la Circular 8/11 han quedado parcialmente sin efecto.

Conforme al texto vigente:

“2. Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis.

En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.”

El Consejo Fiscal informó desfavorablemente esta regulación y proponía su supresión que no ha sido acogida. Se justificaba ello en la oportunidad en algunos casos de poder declarar el desamparo, constituyéndose seguidamente una tutela ordinaria o un acogimiento, como forma de dar permanencia, fijeza y seguridad a la situación y en el riesgo de que la Entidad pública se desentienda de procurar la adecuada protección de esos menores que encontrándose con familia extensa, ésta no promueva la privación o suspensión de la patria potestad de su familiar, quedando los menores “de facto” sin estabilidad ni garantía alguna.

Recientemente la STS Sala 1º, S 21-12-16,nº 747/16, rec. 3453/15. Pte: [José Antonio Seijas Quintana](#) confirma el criterio de la STS nº 582/14, en un supuesto de hecho anterior a la reforma.

4.2.- OTRAS NOVEDADES

4.2.1.- Régimen de relaciones.

El nuevo artículo 161 Cc. establece la competencia de la entidad pública para fijar el régimen de relaciones familiares, y suspender las mismas, de acuerdo al criterio de la Fiscalía y de la última S TS Pleno, nº 321/2015, de 18 de junio de 2015, rec. Nº 722/2014, que matiza la posición de la STS 1ª nº 663/2013, de 6 de noviembre.

La cuestión había sido polémica, hasta esta sentencia.

La Circular FGE 8/2011, de 16 de noviembre, *sobre criterios de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección jurídica de menores de edad*, en su apartado VI y conclusiones tomó posición sobre este punto, inclinándose por entender que la Entidad Pública podía regular y suspender el derecho de visitas de los padres suspendidos en el ejercicio de la patria potestad.

4.2.2.- Cese de la tutela.

Se modifica el art. 172 CC., para incluir las causas de cese de la tutela: por desaparición de las causas que la motivaron y por las que se extingue la tutela ordinaria a las que se añaden la comprobación fehaciente de:

- a) *Que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país.*
- b) *Que el menor se encuentra en el territorio de otra comunidad autónoma cuya Entidad Pública hubiere dictado resolución sobre declaración de situación de desamparo y asumido su tutela o medida de protección correspondiente, o entendiere que ya no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor.*
- c) *Que hayan transcurrido seis meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido.*

La inclusión del apartado c) fue debatida y en una de las redacciones del proyecto se había suprimido este apartado, que posteriormente se incluyó en la ley.

El Consejo Fiscal se opuso a tal inclusión, conforme a lo dispuesto en la Circular 9/11 en la cual se instaba al Ministerio Fiscal a recurrir las resoluciones administrativas de cese de tutela por este motivo por entender que la situación de vulnerabilidad se incrementa exponencialmente y que el cese de la tutela es contrario al superior interés del menor. Fue éste el criterio del Dictamen 4/10 sobre la *fuga y desaparición de menores como causa de cesación de tutela automática*.

El informe del CGPJ también hace hincapié en esta cuestión: *“tal supuesto merece un total rechazo, pues precisamente esta situación de fuga del menor constituye una indiscutible situación de riesgo y desamparo del menor fugado, por lo que resulta contradictorio que tal situación justifique el cese de la tutela automática (...)”*

5.- SOPORTE PROCEDIMENTAL.

5.1.- El soporte de las diligencias es objeto de tratamiento en la Instrucción 1/09, *sobre la organización de los servicios de protección de las Secciones de Menores*, apdo. 2.

Contempla los siguientes supuestos:

A) Expedientes de protección que se inicien con la comunicación de la Entidad Pública de Protección de Menores de la resolución de desamparo y correlativa asunción de tutela de un menor (expedientes de protección de menores tutelados).

B) Expedientes de protección que se incoen como consecuencia de la comunicación de la Entidad Pública de Protección de Menores de la asunción por la guarda de un menor (expedientes de protección de menores bajo medida de guarda)

Estos dos supuestos acceden al llamado índice de tutelas regulado en el art. 23 LOPJM.

C) Expedientes de protección que se abran ante la recepción por cualquier medio de la *notitia* de la existencia de un menor en situación de riesgo. Cuando tal noticia sea relativa a hechos que puedan ser constitutivos de delito, lo que habrá de incoarse -si todavía no se ha abierto causa judicial-, serán unas Diligencias de Investigación.

La [Instrucción 1/2009](#) sobre la organización de las Secciones de de protección de menores expresa que el índice de tutelas “debe contener el listado de todos los menores que en la respectiva provincia se encuentran bajo la tutela de la Comunidad Autónoma” pero no se pronuncia respecto de las tres categorías reseñadas. Sí que confirma, no obstante, que “*al índice no deben tener acceso los menores en situación de riesgo, salvo, lógicamente, que su situación pase a ser la de menores tutelados*”. Y que “*en el propio índice de tutelas debe figurar el número del expediente de protección asignado al menor, de manera que su consulta permita una rápida localización de toda la documentación e informes que de cada menor consten en Fiscalía*”.

Las resoluciones de trámite o de fondo revestirán la forma de Decreto, con motivación proporcionada al acto de que se trate.

Las diligencias preprocesales previstas en el último párrafo del artículo 5 del EOMF (“*También podrá el fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye*”) serán el soporte procedimental de los expedientes de protección, que, si bien normalmente no desembocan en actuaciones procesales, potencialmente puede predicárseles tal carácter preprocesal. En este tipo de diligencias concurren una serie de singularidades que las separan del régimen común de las Diligencias de Investigación y, coherentemente, su tratamiento debe ser distinto, tanto en aspectos adjetivos (denominación, registro y numeración) como en aspectos materiales, básicamente en cuanto a que deben por su propia naturaleza extraprocesal relajarse los principios de contradicción y defensa.

Tampoco tales diligencias deberán entenderse sometidas al plazo máximo de duración de seis meses, propio de las Diligencias de Investigación del Fiscal, no siendo consecuentemente necesaria la petición de prórroga al Fiscal General del Estado cuando se rebase dicho periodo legal. La [Circular 4/2013](#), sobre las diligencias de investigación, contiene unas breves menciones a las “diligencias preprocesales en ámbitos no penales” que vienen a reiterar estos principios.

En ellas tienen cobijo cuanta comunicación o información nos lleve a una actuación extraprocesal por considerar la presencia de una situación de riesgo o desamparo. No toda información sobre un menor que nos llegue a la Fiscalía debe dar lugar a la apertura de estas diligencias, pues muchas de ellas son propias de otras secciones de la Fiscalía (conflicto de guarda y custodia en caso de ruptura matrimonial, atestado en que las víctimas son menores y sus padres ejercen la acción penal, etc.) deberá establecerse coordinación con esas otras secciones.

Sí dará lugar a su apertura los informes de los servicios sociales; la comparecencia de un padre manifestando situación de riesgo de su hijo; copia de testimonio de particulares que se han remitido a la entidad pública cuando se archivan diligencias preliminares por ser el autor menor de 14 años conforme al art. 3 de la LO 5/00; comunicaciones de servicios administrativos que tratan a un menor supuesta víctima de abusos sexuales y no consta denuncia del progenitor; atestados o testimonio de declaraciones de menores en Expedientes de reforma que dan cuenta de venta de alcohol a menores; informes de pediatras, médicos, docentes, alertando de la situación de riesgo de un menor; atestado de la policía dando cuenta del absentismo de un menor, del abandono temporal por parte de sus padres; fugas de menores de sus domicilios; intentos de suicidio, etc....un cajón de sastre que refleja situaciones de distinta gravedad y que lleva a distinta forma de actuación, conforme al sentido común y la carga de trabajo de las Fiscalías.

5.2. - CONTROL DE LOS EXPEDIENTES.

El art 23 de la LO 1/96 dispone que para el ejercicio de la función de vigilancia se llevará en cada Fiscalía un índice de tutela de menores.

El 22 de enero de 2014 se puso en marcha una aplicación informática llamada “expedientes de protección de menores” a la que se accede a través de la intranet fiscal. La aplicación distingue entre los expedientes asociados a un menor y los no asociados (como los de visitas a centros). Dentro de los primeros recoge los *Expedientes de Guarda* (EMG, que contempla tanto las voluntarias como las judiciales), los Expedientes de *Tutela Automática* (ETA) y los Expedientes de Situación de *Riesgo* (EMR)

Los datos de menores en riesgo son muy variables y de naturaleza muy dispar, pasando algunos a integrarse luego en el apartado de los menores bajo tutela automática, siendo baja en el índice de menores en riesgo y alta en el índice de tutela a que se refiere el art. 23 LO 1/96.

Diligencias cuyo destino será bien el archivo, en caso de constatarse que el riesgo es leve y está controlado, su mantenimiento para seguimiento si el riesgo es grave, su archivo y remisión de particulares a otras Fiscalías para seguimiento, o el archivo y su integración en un expediente de protección en caso de que se declare el desamparo.

Estos asuntos no tienen plazos para ser despachados. La diligencia en la llevanza de los mismos dependerá del celo que se ponga por los Fiscales y que le permita la carga de trabajo. En Córdoba, los asuntos que requieren seguimiento por riesgo grave, son destacados con una etiqueta en la carátula de la carpetilla.

6.- ACTUACIÓN SUPERVISORA DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.

Se configura al Ministerio Fiscal como órgano de control de las actuaciones administrativas de los servicios de protección competentes en cada Comunidad Autónoma.

La función de superior vigilancia que al Ministerio Fiscal incumbe, abarcará la actuación de la administración en materia de tutela, guarda o acogimiento, conforme al art. 174 CC. y también, en diferente medida, la correspondiente a situaciones de *riesgo*, abarcando toda la actividad de las entidades de protección en esta materia.

En cualquier caso, la intervención del Fiscal será siempre de supervisión y, en su caso, de impugnación.

La supervisión en materia de riesgo es a veces más compleja que la de los menores ya tutelados y nos jugamos más. El eficaz cumplimiento de esta función ha de ser un motor de impulso y mejora de los servicios de protección a la infancia. Son amplios y de diversa naturaleza los supuestos que se abordan y son amplios y de diversa naturaleza los problemas que surgen a la hora de solventar la enorme diversidad de casos que nos llegan a las Secciones de Protección de Menores de las Fiscalías.

Según cómo esté organizado el servicio, la carga de trabajo y voluntad de los integrantes de las secciones, se abordará las cuestiones de forma más o menos intervencionista.

Contamos con una serie de instrucciones que uniformizan prácticas y orientan en la intervención, y con el claro acompañamiento de la Fiscalía de Sala, siempre dispuesta a atender dudas y orientar con los Dictámenes.

Destacar la Instrucción 3/08 que ha hecho relación de competencias y funciones que corresponden al Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, y que hasta ahora por diferentes causas no tenían el relevante protagonismo que las leyes les asignan; la Instrucción 1/09 *sobre la organización de los servicios de protección de las Secciones de Menores* y la Circular 8/11 *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Protección de Menores*, que en su apartado I. Introducción, hace una relación de todos los instrumentos que abordan, desde la FGE la materia de menores.

Igualmente, las Conclusiones de las distintas Jornadas de Fiscales Delegados de Secciones de Menores y la comunicación de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores de 25-09-14, que decía:

“Todo lo anterior plantea la necesidad de articular sistemáticamente las competencias y actuaciones del Ministerio Fiscal ante los poderes públicos y ante los tribunales de Justicia, frente a las situaciones no sólo de vulneración, sino también de grave riesgo para los derechos de los menores de edad, sean o no constitutivas de infracción penal o de otra índole, en tanto que la eficacia defensiva de los derechos se sitúa necesariamente en el doble ámbito de la prevención y la represión.”

A continuación sugería actuaciones a realizar concluyendo que la actuación del Fiscal debe dirigirse no sólo a la supervisión de la actividad administrativa de protección, sino muy especialmente también a la pasividad de la Administración frente a situaciones objetivas de riesgo.

Las funciones del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la misión encomendada deben ser:

- Impulso de la actividad protectora de las entidades locales y entidades públicas poniendo en conocimiento de las mismas cualquier situación de posible riesgo o en su caso, desprotección y actuando frente a la inactividad administrativa

- Valoración de la resolución administrativa dictada al amparo de art. 17.8 y 18 LOPJM.

- Seguimiento de la evolución de la situación que dio lugar a la adopción de la medida de protección.

6.1.- PUESTA EN CONOCIMIENTO. VIAS DE COMUNICACIÓN

6.1.1. La **puesta en conocimiento**, que no es una función exclusiva de los Fiscales de Menores - art. 13 LORPM “*toda persona o autoridad y especialmente aquellos que por su profesión o función se detecten una situación de maltrato, de riesgo (...) lo comunicarán*”- se puede llevar a cabo mediante:

- Solicitud de remisión de testimonios de actuaciones judiciales a esos organismos especializados. Cuando en el curso de las mismas se tiene conocimiento de estas situaciones, si el riesgo para el menor es grave se deberá interesar directamente al amparo del art. 158 CC. las medidas necesarias para apartar al menor del peligro o evitarle perjuicios, pero en caso contrario corresponde a los organismos especializados evaluar la situación y en su caso, adoptar la medida más adecuada.

- Cuando la noticia de la posible situación de riesgo llegue a conocimiento del Fiscal de Menores bien a través de la recepción de atestados de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, bien de informes de personas especialmente obligadas a ello u otras instancias administrativas, bien de la comparecencia ante el Fiscal de Menores en el servicio de atención al ciudadano de personas al amparo del art. 10.2.b de la LO 1/96, o del mismo menor, conforme al art 9 de la LO 1/96, bien por cauce propio, se remitirá igualmente la información al organismo especializado que corresponda, a los fines antedichos.

El traslado será de particulares suficientes a los fines de valoración de la situación e intervención, sin que ello suponga vulneración de las disposiciones de la LO 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Así, la Instrucción 10/2005 de 6 de octubre, de la FGE, *sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil* subraya (apartado 3) que “una situación de acoso continuado no puede sino considerarse como situación de riesgo”, siendo, por tanto, siempre aplicable el régimen de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. La propia Instrucción establece que es necesario aplicar el régimen de comunicaciones interorgánicas que entraña la función de comunicación anteriormente

expuesta y dar traslado a las autoridades administrativas y no sólo a la Entidad de protección de menores, en virtud del principio de colaboración interadministrativa.

- Remisión del testimonio, al detectarse situación de riesgo dentro del ámbito del procedimiento de la responsabilidad penal del menor, especialmente si los que cometen infracciones penales son menores de 14 años, al amparo de lo establecido en el art. 3 de la LORPM. Igualmente, si procede el archivo del procedimiento conforme al principio de oportunidad reglada como se recoge en los art. 18 y 27.4 in fine de la LORPM, o tras el cumplimiento de la medida, conforme al art. 53.2 de igual ley. Procede también conforme al art. 7.1.h) 7, 7.1.i) y 33 LORPM.

El nuevo apartado 4º del art. 13 LOPJM, recoge la obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal, hechos que pudieran ser constitutivos de un delito de naturaleza sexual, trata de seres humanos o de explotación de menores, pero no podemos olvidar que la obligación de denuncia se recoge en el art. 259 y 264 LECrim. Cuando se trata de delitos públicos, sea cual sea la edad de la víctima, existe una obligación de denuncia para todos los que lo hayan presenciado.

El impulso de la actividad administrativa, puede ir orientado a una asunción de guarda, a una resolución de desamparo y asunción de tutela o bien a un seguimiento de la evolución del menor en la familia, en línea de lo dispuesto en el vigente art. 17.8 LO 1/96.

Respecto a los Servicios Sociales Comunitarios, hay que tener en cuenta que en los presentes tiempos de crisis, la falta o sobrecarga de estos recursos humanos y económicos necesarios, hace que se limiten fundamentalmente a atender a las peticiones de los ciudadanos, en detrimento de las actividades de detección e intervención de oficio. La puesta en conocimiento de los mismos por el Ministerio Fiscal de situaciones de riesgo, puede conducir a detectar y abordar casos urgentes que han podido pasar desapercibidos, priorizando los mismos.

6.1.2.- Vías de comunicación.

6.1.2.1.-La forma de comunicación es por *oficios* dirigidos normalmente al Servicio de protección, como entidad pública especializada, pero en los casos de riesgo, los oficios se dirigirán a los servicios sociales municipales, o a las Delegación territoriales de Educación, Salud o a los servicios sanitarios, e igualmente a los cuerpos policiales. Se recoge expresamente el en art. 17.8 LOPJM la posibilidad de pedir información a estas instancias, aunque nunca ha habido problemas para obtenerlos.

Todo oficio remitido debe recibir una respuesta de la entidad correspondiente, que debe controlarse y exigirse. Con la aplicación informática, las alertas avisarán del transcurso de 6 meses sin actividad en ese expediente.

En función de lo que resulte de esa información, se instará a las entidades locales a que dicten la correspondiente resolución de riesgo y en caso de riesgo grave o cuando se detecte inactividad de la entidad local, se comunicará a la entidad pública para que valore la situación y adopte las resoluciones que correspondan al objeto de corregir la situación deficitaria del menor.

Aunque esto ya se venía haciendo, se acoge expresamente en el nuevo apartado 4 del art. 174 del CC., la competencia del Ministerio Fiscal para pedir informes y recabar información de las administraciones públicas competentes.

La Circular 3/98, de 23 de diciembre, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva ley de lo Contencioso administrativo*, señala que el Ministerio Fiscal tiene vedado dirigirse a las Administraciones reclamando información o antecedentes sobre actividades en curso a fin de verificar su adecuación a la legalidad administrativa. Y ello, salvo que expresamente esté prevista su competencia y actividad en otros órdenes jurisdiccionales distintos del penal. Una de esas excepciones es en materia de protección de menores, particularmente si fuera preciso para el control del ejercicio de determinadas funciones y actividades que puedan afectar a los derechos fundamentales de los menores, como por ejemplo, en los casos de derecho al honor, intimidad y propia imagen, investigación biomédica o con la nueva orientación de los conflictos en materia de educación inclusiva.

6.1.2.2.- Otra vía de comunicación lo es a través de las reuniones de coordinación.

Una relación fluida con los servicios de protección correspondientes evitará tensiones, permitirá aunar criterios de actuación, solventar discrepancias y fomentar la búsqueda común de soluciones, pero siempre preservando la autonomía que permita ejercer correctamente las funciones de supervisión. Así se contempla en la Instrucción 1/09, apartado 5.

La Instrucción nº 3/08 de la Fiscalía General del Estado, *sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores*, recoge entre los cometidos de las Secciones de Menores las siguientes: las reuniones periódicas con autoridades autonómicas, provinciales y policiales. También se recoge en las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Delegados de Menores de Segovia.

6.1.2.3.- Es posible también la integración en órganos consultivos conforme a los criterios que se plasmaron en oficio de 14 de febrero de la Inspección Fiscal y en el artículo 11.3 del EOMF, pasando de una posición contraria a esta integración a una posición favorable. De esta forma se han admitido participación en Observatorios, Comisiones provinciales de absentismo escolar y Consejo provincial de la infancia.

Como inconveniente, que en el orden del día de las convocatorias, además la materia que justificaría la presencia del Ministerio Fiscal, se abordan cuestiones que en absoluto afecta a sus funciones estatutarias.

6.2.- VALORACION DE LAS RESOLUCIONES Y SEGUIMIENTO.

6.2.1.- RESOLUCION DE NO DESAMPARO

En el momento presente, la **supervisión** del Ministerio Fiscal de las situaciones de riesgo, ni es necesaria por la menor entidad de los intereses afectados, ni viable en atención a los medios con que contamos. Debe procederse a la selección y

discriminación de aquellos asuntos en que la intervención del Fiscal es necesaria. Ordinariamente, no hay problemas o al menos no nos llegan.

La supervisión en materia de riesgo no significa que en cada expediente deban realizarse actuaciones más allá del simple seguimiento de que los menores son objeto de intervención. Si es el Fiscal el que ha solicitado las actuaciones mediante la apertura de diligencias, tras un plazo prudencial sin comunicación, se instará el dictado de la resolución correspondiente.

El Fiscal puede practicar las diligencias que estime necesarias para averiguar los hechos, bien por sí mismo, bien ordenando su práctica a la Policía o a la Guardia Civil, en concreto a los grupos especiales de menores allí donde los haya. Practicadas las diligencias, el Fiscal puede instar la adopción de medidas de protección bien de la administración bien de la autoridad judicial en función de la naturaleza de los hechos, de la urgencia y de las necesidades del menor.

La “resolución de riesgo” en los términos del nuevo art. 17.6 de la LOPJ, permitirá un mejor control de la situación, si bien no se ha previsto que se notifiquen al Ministerio Fiscal.

Pero sí se va a exigir esa supervisión en los supuestos de discrepancias entre Administraciones en torno a la procedencia o no de declarar el desamparo con arreglo al art. 17.8 párrafo 2º LOPJM.

“Cuando la Entidad Pública considere que no procede declarar la situación de desamparo, pese a la propuesta en tal sentido formulada por la administración pública competente para apreciar la situación de riesgo, lo pondrá en conocimiento de la administración pública que haya intervenido en la situación de riesgo y del Ministerio Fiscal. Este último hará una supervisión de la situación del menor, pudiendo para ello recabar la colaboración de los centros escolares y los servicios sociales, sanitarios o cualesquiera otros”.

Se regula la coordinación interadministrativa en este apartado 8, e impone a las Entidades públicas la obligación de comunicar lo resuelto sobre la situación de desamparo, sin necesidad de ser requerido a ello, tras la propuesta de las entidades locales, cuando éstas entiendan que es precisa la separación del medio familiar, o no se hayan conseguido cambios que garanticen la cobertura de las necesidades materiales o morales. El texto legal no exige el dictado de una “resolución” pero entiendo que será lo procedente.

Habrá de consensuarse con el Servicio de protección los plazos para comunicar la resolución o intervención que se haga y solicitar se acredite que se ha comunicado lo resuelto a la entidad local. Esto también plantea problemas en la práctica, porque no se suele informar de ello.

Si se resuelve no declarar el desamparo, se encomienda al Ministerio Fiscal una supervisión activa, que ya se hacía si la discrepancia llegaba a nuestro conocimiento. Supervisión a realizar cuando normalmente no se tiene fuentes de conocimiento propias.

Dicha supervisión abarca:

Primero.- Valorar si la resolución/informe de no desamparo es conforme al interés superior del menor.

La resolución/informe deberá estar debidamente motivada, incluir las actuaciones realizadas y el razonamiento debe reflejar el examen realizado por el órgano competente sopesando las diversas evidencias que existen a favor y en contra de la adopción o no de medida de protección. Las razones y nuevas circunstancias deben figurar detalladas en la resolución de tal forma que permitan formular un recurso adecuado, no bastando con meras referencias a documentación obrante en el expediente. Lo anterior no significa que el razonamiento deba resultar exhaustivo sino suficiente.

Antes, lo normal era contar únicamente con la resolución del Servicio de protección. Ahora debemos tener el informe previo de las entidades competentes en riesgo en el que se da traslado de la situación al Servicio de protección y que conforme al art. 17.8 inciso final, nos será comunicado. Ese informe debe ser completo y adjuntar la resolución de riesgo que se hubiere dictado conforme al art. 17.6 LOPJM.

Las resoluciones de no desamparo se dictan después de una intervención del Servicio de protección y son escuetas.

Para valorar si es conforme al interés superior del menor, el art. 174.4 CC. recoge como novedad que las Administraciones públicas competentes atenderán las solicitudes de información del Ministerio Fiscal a estos efectos. No había reticencias antes de esta reforma para facilitar la información.

El art. 22 quáter 4 habilita expresamente al Ministerio Fiscal para ser cesionario de esos datos.

Lo primero se contrastará la resolución de n desamparo con el informe de derivación de las entidades locales, a las que el Servicio de protección debe haber comunicado lo resuelto, pero aquel informe de derivación ya no estará actualizado pues es posible y deseable que la intervención del Servicio de protección haya conseguido cambios en la familia.

La información de los Servicios sociales se puede complementar con la de los centros educativos y sanitarios, si bien no suelen aportar nada determinante pues la información que estas facilitan ya ha sido recabada y valorada por los servicios sociales normalmente.

Sí contamos con fuente de conocimiento de circunstancias de alto riesgo a través de los informes de los Equipos Técnicos de la Fiscalía, regulados en la LO 5/00 LRPM, siendo uno de los supuestos más habituales de inactividad administrativa el correspondiente a la situación de los menores que tienen ya 14 años, o están próximos a esa edad, y tienen alguna denuncia por un hecho delictivo. Lo más probable es que no se adopte medida de protección, intuyendo algo que no se dice abiertamente y es que es un menor de “reforma” y no de “protección”. La pasividad administrativa permite degenerar el problema hasta que estalla con una conducta delictiva del menor, que si es mayor de 14 años, determinará la intervención de la LO 5/00 y hasta la adopción de medidas cautelares de alejamiento del domicilio familiar.

Se debieran librar los correspondientes oficios al no admitirse que no haya forma ninguna de intervención. En algunos casos se ha tenido expresamente que indicar a la

Entidad pública que no se iba a adoptar medida de reforma, para impulsar la inactividad de la administración. Los que trabajamos en menores no nos resulta difícil relacionar menores con medida de reforma, que hubieran podido ver disminuidos sus factores de riesgo con una adecuada intervención en el ámbito de la protección.

Considero que la referencia contenida en el art. 174.4 Cc. es insuficiente a los fines de valorar la discrepancia entre las Administraciones y no aporta nada nuevo a la forma de actuación del Ministerio Fiscal, aunque la EM de la Ley 26/15, la destaca diciendo:

“Las altas funciones que se encomiendan al Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores, deben verse acompañadas de los suficientes medios a fin de que pueda ejercerlas de manera efectiva, evitando que sus esfuerzos queden limitados a un simple voluntarismo carente de operatividad práctica o que su actuación sea meramente simbólica. A tales efectos, expresamente se le asigna la posibilidad de solicitar informes adicionales a los presentados por la Entidad Pública”.

Como alternativa y como precedentes, conforme expone DE LA ROSA CORTINA, el Anteproyecto de 2011, recogía la posibilidad de recabar la elaboración de informes por parte de los Equipos Técnicos adscritos a la Sección de Menores de la Fiscalía:

“El Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 2014 se pronunció sobre el tema: debiera profundizarse en la unificación de las secciones de responsabilidad penal de menores y de protección de las Fiscalías y, cuando sea factible, integrar funciones concretas que, en relación con los menores, se vienen desarrollando en otros ámbitos como el civil. A través de esta integración, debiera posibilitarse la intervención de los Equipos Técnicos adscritos a la Sección de Reforma en materia de protección, emitiendo cuando fuera necesario informes de contraste con los elaborados por los técnicos de la Administración...Con carácter general los informes sobre la situación educativa, social, familiar psicológica de los menores en situación de riesgo o desamparo de los que se sirve el Fiscal proceden de la propia Entidad Pública. No obstante, conceptualmente, el cumplimiento de la función de la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores prevista en el artículo 174, puede hacer necesario que el Fiscal recabe el auxilio de otros peritos ajenos a la Entidad Pública en supuestos en los que puedan existir discrepancias o cuando las solicitudes del Ministerio Público no sean atendidas.

El informe del Consejo Fiscal de 2014 ante esta reforma dispone que *“se atiende parcialmente una de las propuestas del Libro Blanco, por lo que en este punto la valoración ha de ser positiva. No obstante, entendemos que debiera haberse ido más allá, como también lo fue el Anteproyecto de 2011. Se propone que se asuma la redacción del el Anteproyecto de 2011”.*

Para valorar la adecuación de la resolución de no desamparo es posible reclamar del Servicio de protección el expediente administrativo completo. En las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Segovia, 2008, se recogía la posibilidad de acceder a bases de datos de los servicios de protección: *“7º Las Secciones de Menores podrán solicitar a las Entidades públicas el acceso a los programas y bases de datos de la misma relativos a la protección de menores a los efectos de poder examinar en cada momento el estado del expediente de cada menor protegido”.* No se cuenta en Andalucía con la posibilidad de acceder a los archivos del Servicio para controlar los expedientes, ni pienso que, hoy por hoy, con los medios personales y materiales que tenemos, ello sea viable.

La realidad es que la presencia de informes contradictorios nos lleva a no plantear medidas del art. 158 CC., esperando que se decante la situación en uno u otro sentido. Generalmente, solicitaremos mediante oficios, informes varios para poder

comprobar si son aplicables medidas distintas a las adoptadas y es altamente probable que las mismas se adopten sin tener que llegar a judicializarse.

En caso de contar con elementos suficientes para discrepar de lo informado, y no haber una grave situación, es preferible INSTAR a la Entidad a adoptar determinada medida y en caso de resolución negativa o de falta de contestación en tiempo prudencial, promover el oportuno procedimiento al amparo del art. 780 LEC y plantear medidas del art. 158CC.

Es posible la oposición ante la falta de respuesta *expresa* de la administración o bien ante la respuesta en escrito que no reviste formalmente la forma de resolución. Así lo recoge A AP. Barcelona, secc. 18ª, de 14-03-2006, nº 66/2006, rec. 540/2005 y la S AP Palencia, sec. 1ª, S. 22-10-2009, nº 318/09, rec. 365/2009, en su FJ2º. El acto administrativo expreso permite la reacción de los particulares o el Ministerio Fiscal ante la jurisdicción civil pero su falta no puede impedir esa posibilidad.

Segundo.- Si es conforme, el menor queda en situación de riesgo y se hará un seguimiento de que no se quede sin intervención, debiendo realizarse un nuevo plan de intervención por la entidad competente en materia de riesgo.

Cuando el Servicio de protección no acuerda el desamparo, vuelve a remitir el asunto a las mismas instancias que daban por terminada su intervención. Estos a veces ya no actúan al haber dado por imposible su gestión y tampoco lo hace el Servicio de protección. Otras veces vuelven a intervenir, como imposición del Servicio, con lo que la problemática se enquistaba, interpretando cada una de las administraciones implicadas que no les corresponde la adopción de medidas.

6.2.2.- RESOLUCION DE DESAMPARO.

Primero.- Recibida la resolución de desamparo, se hace un control de la legalidad formal: esencial es el trámite de audiencia, exigiéndose que los padres hayan podido participar en el proceso, audiencia del menor conforme al art. 9 LOPJM, debida motivación de la resolución (el razonamiento debe reflejar el examen realizado por el órgano competente sopesando las diversas evidencias que existen a favor y en contra de la medida de protección). Las razones deben figurar detalladas en la resolución de tal forma que permitan formular un recurso adecuado, no bastando con meras referencias a documentación obrante en el expediente. Lo anterior no significa que el razonamiento deba resultar exhaustivo sino suficiente.

El problema que se plantea es que no se da traslado al Fiscal del expediente administrativo lo que impide en la práctica poder apreciar algunos de los extremos consignados por lo que sería deseable que las resoluciones administrativas expresen, además de la motivación, los trámites referenciados (alegaciones, audiencia y puesta de manifiesto de la documentación obrante en el expediente).

Por último, sería necesaria la comprobación de que la resolución ha sido notificada a los padres y al menor en la forma prevista en el artículo 172.1 del Código Civil. Esto también plantea problemas en la práctica, porque no se suele informar de ello.

También de la legalidad material: el desamparo es una cuestión de hecho por lo que se debe examinar la existencia de estos y si justifican la intervención, así como si se ha respetado los principios de superior interés del menor y preferible reinserción en su familia. Como se aprobó en la Jornadas de Fiscales Delegados de Menores de Granada, 2012, la supervisión del Ministerio Fiscal sobre la protección administrativa de menores debe tener presente la jurisprudencia del TEDH por ser de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento jurídico y constituir criterio interpretativo de primer orden en la aplicación de preceptos que consagran derechos fundamentales. Así, en concreto, en todas las decisiones que afecten al derecho del niño a no ser separado de sus padres (art. 9 CDN) y a la vida familiar (art. 8 CEDH y 18 CE).

Ahora bien, es posible que el Ministerio Fiscal no esté de acuerdo con la resolución administrativa, por insuficiencia (se resuelve el desamparo pero las medidas adoptadas son claramente insuficientes) o por exceso (se acuerda el desamparo pero no procedía en atención a la situación familiar).

No debemos olvidar que:

1º.- Es aceptable un cierto margen de discrecionalidad en la evaluación y adopción de las medidas de protección siempre y cuando se cumplan los principios rectores del artículo 11.2 de la L.O. 1/1996.

2º. La segunda es que los medios son limitados, en los términos referidos en la comunicación de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores de 25-09-14.

Segundo.- La supervisión en materia de desamparo abarca el seguimiento de la evolución de los menores en régimen de acogimiento familiar y residencial.

La supervisión consistirá en revisar su estado periódicamente e ir uniendo la documentación que relata las distintas incidencias (visitas, estancias, etc.), particularmente los informes de seguimiento.

En materia de acogimiento, el nuevo artículo 12, punto 5 y 6, exige revisión periódica de medidas no permanentes e información al Ministerio Fiscal si se prolongan.

En materia de acogimiento familiar, la ley 26/15 da una nueva redacción al art. 20 de la LOPJM, que antes se limitaba a remitirse al Código civil. Ahora contempla una regulación amplia en tres puntos y como novedad, establece nuevas modalidades de acogimiento (en familia ajena puede ser normal o especializado y a su vez, el acogimiento especializado podrá ser profesionalizado), cese de la constitución judicial y plazos de revisión.

Las modalidades de acogimiento familiar pasan a denominarse de forma distinta en el art. 173 bis CC.

Dentro de los extremos que debe contener el documento de formalización del acogimiento, en el art. 20.3 LOPJM, destacar el apartado h: *El plazo en el cual la medida vaya a ser revisada.*

La reforma ha fijado unos plazos de revisión de las medidas en el art. 12.5 LOPJM de forma que si no es permanente y el menor tiene menos de 3 años, se revisará cada 3 meses y si es mayor, cada 6 meses.

En los acogimientos permanentes, la revisión se hará sea el primer año cada 6 meses y a partir del segundo, cada 12 meses.

También en el apartado 6, se acuerda remitir al Ministerio Fiscal un informe justificativo de la situación del menor cuando este haya estado en acogimiento residencial o familiar permanente durante un periodo superior a 2 años.

Este control de la duración de las medidas evitará la inactividad de las Entidades públicas en el trabajo a desarrollar con las familias y promoverá la reintegración de los menores con los progenitores.

En el art. 19 bis, referencias al plan de intervención y condiciones para la reintegración familiar, materia que excede del contenido de esta ponencia, señalando únicamente por su importancia al respecto la STS. Sala 1ª, S 31-7-2009, nº 565/2009, rec. 247/2007.

En materia de acogimiento residencial, son particularmente importantes las visitas a los centros que acogen menores, que será objeto de otra ponencia.

