

Conclusiones de las Jornadas sobre “Aplicación de las medidas de Protección de Menores” para Fiscales, Jueces y Entidades Públicas (Madrid, octubre de 1997)

SOBRE “DERECHOS DEL MENOR”

1.- En la Ley se otorga primacía al “interés superior de los menores”. Es éste un concepto jurídico difuso, que sin embargo se estima conveniente ir precisando, fundamentalmente a través de los criterios jurisprudenciales, al menos en sus líneas generales.

2.- En lo relativo al derecho a la intimidad de los menores y específicamente a la inviolabilidad de la correspondencia y secreto de las comunicaciones, no puede obviarse al valorar el interés superior de los menores, las facultades que en orden a la educación de los mismos corresponden a los titulares de la patria potestad o tutela, ya que ello puede en muchas ocasiones suponer una limitación al referido derecho.

3.- Se constata claramente una ampliación cualitativa de la legitimación activa del Ministerio Fiscal (art. 4.4). En relación con ello se plantea la problemática derivada de la necesidad de compaginar dicha legitimación con la que corresponde a los representantes legales del menor.

4.- La Ley recoge un concepto de capacidad de obrar de los menores, que no significa que se establezca una capacidad de obrar absoluta, sino que la misma debe ir perfilándose hacia unas mayores cotas en orden a reconocer su capacidad como sujeto activo para decidir y modificar por su voluntad el medio en el que se desarrolla..

5.- El trámite de la jurisdicción voluntaria se considera oportuno siempre que se adopten las debidas garantías y respeto del principio de audiencia bilateral, si bien determinadas pretensiones exigirían acudir al declarativo ordinario, en función de los intereses que en cada caso se sustancien.

6.- En cuanto a la audiencia de los menores, hay que entender que ésta debe realizarse en la generalidad de los casos, siendo excepción prescindir de dicha audiencia. En los supuestos conflictivos en los que se considere no conveniente llevar a efecto dicha audiencia, puede lograrse la aproximación a las opiniones o inquietudes del menor a través de los peritos o trabajadores sociales que mantengan contacto con el mismo. Respetando la intimidad y voluntad del menor capacitado.

En relación a la forma de realizarse la audiencia del menor, se estima conveniente la presencia del Ministerio Fiscal en dicho acto.

7.- Se propone la instauración en los distintos ámbitos territoriales, de Comisiones de Coordinación de Protección de Menores, en las que podrían participar cuantas instituciones estén implicadas en la protección de los mismos.

SOBRE RIESGO, DESAMPARO Y TUTELA

8.- Deben cuidarse especialmente las notificaciones de las declaraciones de desamparo a los interesados (art. 172 del Código Civil). En el caso de notificaciones presenciales fallidas, han de documentarse las actuaciones realizadas a dicho fin, utilizándose en su defecto el procedimiento general de notificaciones.

9.- Se plantea como conveniente la asistencia letrada a la familia del menor

10.- Al no fijarse plazo para la impugnación de la declaración de desamparo, se considera que debería establecerse legalmente, para evitar perturbaciones en la adopción de sucesivas medidas respecto del menor.

SOBRE ACOGIMIENTO PREADOPTIVO Y ADOPCIÓN

11.- Los acogimientos preadoptivos deben establecerse con todas las garantías legales, notificando a la familia de origen la naturaleza y contenido del

acogimiento, concurriendo en los padres seleccionados los requisitos de los adoptantes.

12.- La suspensión del régimen de visitas de la familia de origen y los supuestos de irreversibilidad por situaciones consolidadas, a consecuencia de resoluciones posteriores, deben fundamentarse en el interés preferente del menor, frente a otros criterios como la ruptura del vínculo familiar anterior o prevalencia de la resolución vigente, respectivamente.

13.- Deben establecerse las máximas garantías posibles en los procesos selectivos de acogimientos preadoptivos y de adopción, sin perjuicio de la reserva y confidencialidad de los datos identificativos existentes en los expedientes.

14.- La adopción constituye el último instrumento legal, una vez agotadas las posibilidades de reintegración del menor en su entorno familiar, que precisa de una mejor regulación en materia de consentimiento de los padres biológicos y la restricción de la publicidad, salvaguardando la voluntad de no identificación de los padres biológicos y el derecho del menor a recabar los antecedentes familiares.

15.- La idoneidad deberá exigirse imperativamente con carácter previo a la propuesta de adopción y concretarse los criterios y elementos valorables que van a ser objeto de aplicación.

16.- Corresponde al Ministerio Fiscal la intervención y control en los supuestos de procesos selectivos preadoptivos, constituyendo la declaración de idoneidad función propia de la Administración, revisable por el Juez, incluidos los supuestos de ausencia de declaración de idoneidad o posterior de inidoneidad.

SOBRE ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y MENORES EXTRANJEROS

17.- En la calificación registral referida a la homologación de adopciones constituidas en el extranjero, el criterio a seguir debe ser amplio y flexible, dentro de la legalidad, según el principio del *favor adopciones*.

18.- En los supuestos de figuras jurídicas no directamente homologables a la adopción puede constituirse ésta en España. En ese caso, si los consentimientos prestados ya incluyen la ruptura del vínculo parental, no es necesario nuevo consentimiento

19.- Cuando el menor ya reside en España debe proporcionársele seguridad jurídica mediante la institución adecuada hasta la decisión que proceda.

20.- Ante la solicitud de declaración de idoneidad a posteriori, la Entidad Pública antes de pronunciarse puede recabar la intervención de otras instituciones. En caso de denegación de la idoneidad o no pronunciamiento, puede acudir a la Autoridad Judicial.

SOBRE GUARDIAS Y ACOGIMIENTOS

21.- Es conveniente flexibilizar la interpretación de la Disposición Adicional primera de la Ley 1/96 de tal manera que se entienda que con carácter general no es necesaria reclamación previa contra las resoluciones de la Entidad Pública en materia de tutela o guardia de menores.

22.- Las Entidades Públicas son las competentes para declarar el desamparo. Si el Juez cree que hay desamparo, debe trasladar el caso a la Entidad Pública para que se adopte la decisión correspondiente, que en todo caso puede ser recurrida ante el Juez.

Sin embargo el Juez puede acordar la constitución de una tutela para su ejercicio por la Administración.

23.- En las resoluciones de las Entidades Públicas por las que se declare un desamparo, se hará constar la base fáctica concreta, incluidos los planes de intervención aplicados, en su caso y su calificación jurídica.

24.- Corresponde a la Entidad Pública valorar si existen o no las circunstancias que justifiquen la asunción de la guarda por la administración a solicitud de los padres o tutores, adoptando la resolución correspondiente, contra la que podrá recurrir el solicitante ante la jurisdicción civil.

25.- El guardador de hecho tiene obligación de instar la consitución de tutela o el Fiscal si tuviera conocimiento.

26.- Se están concediendo por los Jueces guardas a favor de terceros que no son los padres (art. 103 y 158 CC).

En el supuesto que el Juez considere que la razón es un desamparo, lo pondrá en conocimiento de la Entidad Pública.