



FISCALIA GENERAL  
DEL ESTADO

DICTAMEN 5/2010, SOBRE EL PLAZO PARA RECURRIR LAS  
DECLARACIONES DE DESAMPARO

I

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2008, sobre *limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tras la reforma operada por Ley 54/2007 de 28 diciembre* al analizar el cómputo de plazos para recurrir las resoluciones en materia de protección de menores, aborda un supuesto específico:

*En las Comunidades Autónomas en las que se prevé la posibilidad de constituir una tutela automática urgente sin perjuicio de la ulterior instrucción completa del expediente (como en el caso de Madrid, conforme a la Ley 6/1995, de 28 marzo, de Garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid, art. 53 y Decreto 121/1988 del Consejo de Gobierno de la CAM, Regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor, art. 10; Baleares, Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia, art. 69; Cantabria, Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y Adolescencia, art. 31.2; País Vasco, Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, art. 59.2; Castilla-La Mancha, Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor, art. 37.5) deberá entenderse que los plazos comienzan a correr tomando como referencia la notificación de la resolución que asume la tutela con carácter urgente, sin perjuicio de que con posterioridad se dicte una nueva resolución en el procedimiento ordinario.*

Correlativamente, la conclusión nº 13 de la referida Circular establece que *en las Comunidades Autónomas en las que se prevé la posibilidad de constituir una tutela automática urgente sin perjuicio de la ulterior instrucción completa del*



**FISCALIA GENERAL  
DEL ESTADO**

*expediente, deberá entenderse que los plazos comienzan a correr tomando como referencia la notificación de la resolución que asume la tutela con carácter urgente.*

En otras Comunidades se sigue el mismo sistema con diferentes denominaciones. Pueden en este sentido citarse Aragón (art. 13 del Decreto 79/1995, de 18 de abril de la Diputación General de Aragón, *por el que se regula la declaración de desamparo y los instrumentos de protección previstos en la Ley 10/1989, de 14 de diciembre de Protección de Menores*, que se refiere a la tutela inmediata); Asturias, (art. 33 de la Ley 1/1995, de 27 de enero *de Protección del Menor*, que regula un desamparo de urgencia); Canarias (art. 48.4 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, *de Atención Integral a los Menores*, que regula la denominada situación provisional de desamparo); Castilla y León (art. 62 de la Ley 14/2002, de 25 de julio *de Promoción, Atención y Protección la Infancia*, que se refiere a medidas cautelares de urgencia); Galicia (art. 18 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, *gallega de la Familia, la Infancia y la Adolescencia*, que se refiere a la tutela inmediata), Murcia (art. 24.2 de la Ley 3/1995 de 21 de marzo, *de la infancia de la Región de Murcia*, que se refiere a la tutela de urgencia); Navarra (art. 51.2 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de de diciembre, *de Promoción, Atención y Protección a la infancia y a la adolescencia* y y 19.1 del Decreto Foral 7/2009, de 19 de enero, *por el que se aprueba el reglamento de desarrollo parcial de la ley foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y la adolescencia*, que regula las medidas cautelares); y Valencia (art. 101 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, *de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana*, que regula el denominado procedimiento de urgencia).



FISCALIA GENERAL  
DEL ESTADO

## II

La Fiscalía consultante plantea cuál debiera ser el *dies a quo* para computar el plazo en las Comunidades Autónomas en las que no se prevé la tutela automática urgente pero se regula y se aplica el desamparo provisional, institución de naturaleza cautelar que trata de hacer frente a situaciones graves y de urgencia.

Este es el caso de la Comunidad Autónoma andaluza, que contempla tal institución genéricamente en el art 23.2 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, *de los Derechos y la Atención al Menor* y específicamente en los arts 32 y 33 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, *del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa*.

En efecto, conforme al art 23.2 de la Ley 1/1998, *el órgano competente de la Administración de la Junta de Andalucía que tenga conocimiento de una situación de posible desamparo de un menor iniciará expediente de protección, sin perjuicio de la adopción de las medidas inmediatas de atención que el menor requiera*.

Por su parte, dentro de la sección tercera del capítulo IV del Decreto 42/2002, bajo la rúbrica “de la declaración provisional de desamparo”, el art 32 dispone que *cuando existan circunstancias que pongan en grave riesgo la integridad física o psíquica de los menores, se podrá declarar como medida cautelar, la situación de desamparo provisional por el titular de la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de protección de menores*.

El art 33 del mismo texto normativo establece que:



**FISCALIA GENERAL  
DEL ESTADO**

- 1. El órgano competente podrá acordar la declaración provisional de desamparo inicialmente o en cualquier momento de desarrollo del procedimiento antes de su finalización.*
- 2. El acuerdo será ejecutado de forma inmediata, sin perjuicio de su notificación a los sujetos relacionados en el apartado 1 del art. 29 de este Decreto.*
- 3. Asumida la tutela de los menores por la Administración de la Junta de Andalucía, proseguirá la instrucción del procedimiento conforme a lo establecido en la Sección 2ª del presente Capítulo, hasta que se dicte la resolución correspondiente, que dispondrá la ratificación, modificación o revocación del acuerdo que haya declarado como medida cautelar la situación de desamparo provisional.*

III

La tutela automática urgente sin perjuicio de la ulterior instrucción completa del expediente, es una institución muy similar a la prevista en Andalucía con la denominación de declaración provisional de desamparo.

Así, *ad exemplum*, el art 53 de la Ley madrileña dispone que *se arbitrará un procedimiento de urgencia que en caso necesario permita la inmediata asunción de la tutela, sin perjuicio de los correspondientes recursos y de la completa instrucción posterior del expediente.*

Desarrollando este art 53, el art 10 del Decreto 121/1988, de 23 noviembre, *regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor*, modificado por Decreto 71/1992, de 12 de noviembre, de Madrid dispone que



**FISCALIA GENERAL  
DEL ESTADO**

1. *En los casos en que existan graves riesgos para el menor que exijan una intervención urgente, se procederá a constituir de inmediato la tutela del mismo mediante Resolución del Vocal Comisionado competente, así como cuantas medidas sean necesarias para asegurar su asistencia y apartarle de las situaciones de riesgo en que pudiera encontrarse, dando posteriormente cuenta a la Comisión.*

2. *Esta Resolución será notificada al Ministerio Fiscal, a los servicios técnicos que hubieran promovido el expediente y a los que deban realizar el seguimiento, a quienes vayan a ejercer la guarda y a quienes hubieran venido ejerciendo potestad o guarda sobre el menor , emplazándose a estos últimos para que, sin perjuicio del derecho que les asiste a impugnar la Resolución ante los Juzgados de primera instancia competentes, comparezcan en el expediente, que continuará instruyéndose de conformidad con lo establecido en los artículos precedentes.*

4. *Este acuerdo será notificado al Ministerio Fiscal, a los servicios técnicos que hubieran promovido el expediente y a los que deban realizar el seguimiento, a quienes vengán ejerciendo o vayan a ejercer la guarda y a quienes hubieran venido ejerciendo potestad o guarda sobre el menor , advirtiéndose a estos últimos la posibilidad de impugnar ante el Juzgado de primera instancia competente. Acordándose la extinción de la tutela , deberá ser también notificado al Registro Civil.*

IV

Del análisis de las distintas regulaciones legales puede, pues, decirse que la *tutela automática urgente* a la que se refiere la Circular es esencialmente idéntica a la *declaración provisional de desamparo* .



FISCALIA GENERAL  
DEL ESTADO

En efecto, ambas son declaraciones provisionales, ambas tienen como presupuesto la existencia de una situación de grave riesgo exigiendo una intervención urgente (*periculum in mora*), ambas generan el efecto de atribuir la tutela automática en favor de la Entidad Pública de Protección de Menores, no eximen de la tramitación completa del expediente, deben ser notificadas a los progenitores y ambas –este dato es especialmente trascendente– son susceptibles de impugnación ante la jurisdicción civil.

V

La solución no puede ser otra que la de entender que la conclusión nº 13 de la Circular 1/2008, reseñada *supra* es aplicable tanto a la tutela automática urgente como a la declaración provisional de desamparo, al concurrir *eadem ratio decidendi*.

El argumento se refuerza si atendemos a que la normativa de las CCAA no prevé por lo general plazos para la resolución del expediente administrativo de declaración de desamparo. Por excepción se prevén plazos en Aragón (un mes para el estudio del menor, con posible ampliación de otro mes más), Cantabria (seis meses), Castilla-León (tres meses, prorrogables por otros tres), Madrid (tres meses prorrogables por otros dos), País Vasco (tres meses prorrogables por otros tres), La Rioja (tres meses) y Valencia (seis meses). Sólo algunas de ellas indican los efectos (caducidad) de la falta de resolución del expediente.

VI

La adopción de medidas urgentes de protección puede en ocasiones ser vital para amparar a los menores en graves situaciones de desamparo. Por ello, estas medidas, cualesquiera que sea la denominación bajo la que se acojan, son indispensables, siempre respetando las cautelas que señala el TEDH (STEDH de



**FISCALIA GENERAL  
DEL ESTADO**

27 de junio de 1996 Johansen contra Noruega, que resalta la necesidad de audiencia previa de los interesados salvo peligro inminente y acreditado; STEDH de 27 de abril de 2000 K y T contra Finlandia; STEDH de 12 diciembre de 2002 Venema contra los Países Bajos y STEDH de 16 de julio de 2002 P.C. y S contra el Reino Unido). La jurisprudencia del TEDH indica la necesidad de habilitar recursos, y por ende, retrotraer el plazo de impugnación de la decisión definitiva (ratificación, modificación o revocación) al momento de notificación de la decisión de carácter provisional.

VII

Aunque la normativa andaluza no lo prevé expresamente, habrá en todo caso de informarse a quienes hubieran venido ejerciendo potestad o guarda sobre el menor del contenido de la resolución de declaración provisional de desamparo, advirtiéndoles de las posibilidad de impugnarla ante el Juzgado de primera instancia competente así como de que los plazos legales de que disponen a tales efectos comienzan a correr tomando como referencia la notificación de la resolución que asume la tutela con carácter urgente.

Este requisito de la notificación informada debe entenderse de rigurosa observancia para poder seguir esta interpretación, a fin de conjurar cualquier posible riesgo de indefensión.

El Fiscal, en sus funciones de vigilancia de la actuación administrativa, debe supervisar tanto el contenido como la forma en que se realizan las notificaciones a los progenitores. Es necesario controlar la efectividad de la información, que debe realizarse teniendo especialmente en cuenta que en un importante porcentaje, los destinatarios son personas con severas carencias culturales. Ha de recordarse que el inciso final del apartado primero del art 172 CC dispone que *siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial*



FISCALIA GENERAL  
DEL ESTADO

*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.*

Debe no obstante entenderse que si tras la tutela automática urgente o tras la declaración provisional de desamparo se dicta en el procedimiento ordinario una resolución de desamparo y tutela basada en causas distintas, podrá esta ser impugnada autónomamente comenzando a correr los plazos tras la notificación de la nueva resolución.

## VIII

Pueden, por tanto establecerse como conclusiones las siguientes:

1º Es aplicable a la declaración provisional de desamparo estudiada la previsión de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2008, conforme a la que *en las Comunidades Autónomas en las que se prevé la posibilidad de constituir una tutela automática urgente sin perjuicio de la ulterior instrucción completa del expediente, deberá entenderse que los plazos comienzan a correr tomando como referencia la notificación de la resolución que asume la tutela con carácter urgente.*

2º Para la aplicabilidad de tal previsión debe exigirse en todo caso la notificación de la resolución con información respecto de las posibilidades de impugnación.

3º Si tras la tutela automática urgente o tras la declaración provisional de desamparo se dicta en el procedimiento ordinario una resolución de desamparo y tutela basada en causas distintas, podrá ésta ser impugnada autónomamente comenzando a correr los plazos tras la notificación de la nueva resolución.

*Fiscal de Sala*  
*Coordinadora de Menores*



**FISCALIA GENERAL  
DEL ESTADO**

**C/ Marques del  
Duero nº 4  
28071 MADRID**