

**PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES  
ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES.**

**Antonio Jesús Huélamo Buendía**

**Fiscal Adscrito a la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores**

RESUMEN: En esta ponencia tras hacer una introducción para exponer los principios rectores de la actuación administrativa en el ámbito de la protección de menores, y referirnos de forma sucinta a las situaciones de riesgo y de desamparo, con las consecuencias asistenciales y jurídicas que se derivan de las mismas, entraremos a consignar las clases de medios de impugnación de las medidas administrativas dictadas en materia de protección de menores, diferenciando entre acciones de oposición y acciones de revocación, para concluir con las normas de procedimiento comunes a ambos medios de impugnación. En algunas de las materias tratadas, se hace referencia a su posible reforma con la nueva regulación que establece el Borrador de Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia.

SUMARIO: 1.Introducción 2.Situación de Riesgo 3. Situación de Desamparo 4.Sistema de Impugnación 4.1. Competencia 4.2. Clases de Medios de Impugnación 4.2.1 Acciones de Oposición 4.2.2 Acciones de revocación 5. Procedimiento Común a todos los Medios de Impugnación 6. Vista del Juicio y Recursos

## **1. INTRODUCCIÓN**

El sistema de protección de menores tal y como está regulado por el ordenamiento jurídico español se caracteriza por un gran dispersión normativa ya que, junto a normas internacionales tales como la Convención de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1980), se encuentran normas estatales tales como la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM). Además concurre la dispersa legislación autonómica, por cuanto al tratarse de una materia cuya competencia corresponde a las Comunidades Autónomas, en cada una de ellas se ha desarrollado una legislación dedicada al tratamiento jurídico de protección del menor y al organigrama funcional administrativo del sistema a nivel autonómico.

De igual modo, un condicionante temporal marca las instituciones jurídicas de protección, por cuanto la adopción de decisiones que afecten a los menores vendrá determinada por una máxima celeridad temporal, ya que las situaciones deficitarias de éstos requieren soluciones rápidas y eficaces.

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, inició el camino hacia la definitiva consideración del menor como un sujeto cuyos derechos no debían ser salvaguardados en exclusiva por sus padres, sino que se establecía un sistema de atención pública inmediata para aquellos menores respecto a los que se estaba incumpliendo o cumpliendo de forma inadecuada los deberes de protección que las leyes de protección establecen para su guarda.

En definitiva, se establecía una necesaria desviación desde la tutela de familia a la tutela pública, desarrollo legal que fue consolidado posteriormente por la Ley 1/1996, de 15 de enero, LOPJM. Esta Ley en su Exposición de Motivos indica que la misma es el resultado de la preocupación existente por dotar al menor de un marco jurídico de protección en consonancia con lo dispuesto en la Constitución Española, con la voluntad del legislador de incorporar al menor a la sociedad de la forma más completa posible. Por ello, el Art. 2 de la LOPJM indica que en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, y asimismo todas las medidas que se adopten al amparo de esta Ley deberán tener un carácter educativo, y en el apartado 2º de este precepto resulta de especial relevancia al establecer que “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”.

El principio del interés superior del niño está consagrado igualmente por la Convención de los Derechos del Niño (CDN), en su art. 3, 1º donde indica que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Además el art. 20,1 de la CDN cuando de una intervención administrativa se trata, impone que si los niños están privados temporal o permanentemente de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado en cuestión. En consecuencia, lo relevante será tomar las decisiones que procedan siempre en orden al interés superior de los menores. Por su parte, la LOPJM en su art. 11,2 reseña entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos la supremacía del interés del menor y el mantenimiento del mismo en su medio familiar de origen, salvo que no sea conveniente para su interés.

Este interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que para no ser una expresión hueca y grandilocuente con la que finalizar textos de leyes sobre derechos de los menores debe ser integrado adecuadamente. Por ello, recogiendo las declaraciones jurisprudenciales y doctrinales sobre dicho concepto, sería muy positivo que en un futuro se regulara de forma mas precisa su contenido.

En este sentido, la Sentencia nº 565/2009, de 31 de julio, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en el Octavo de los Antecedentes de Hecho, cuando se refiere al informe emitido por el Ministerio Fiscal en el recurso de casación, indica que al ser el interés superior del menor un concepto jurídico indeterminado, corresponde al Juez en la aplicación de la Ley rellenar de contenido efectivo del mismo, debiendo nuestros tribunales utilizar para ello una técnica jurídica casuística.

En esta Sentencia de la Sala Primera del TS se hace una exhaustiva reseña de las máximas que la doctrina científica ha manejado como contenido necesario de este concepto jurídico indeterminado, a saber:

- 1ª- Proveer por el medio más idóneo las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, las educacionales, así como evitación de tensiones emocionales y problemas.
- 2ª- Se deberán atender los deseos, sentimientos y opiniones del menor.
- 3ª- Mantenimiento, si es posible, del statu quo material y espiritual del menor e incidencia en toda alteración de éste que pueda influir en su personalidad y en su futuro.
- 4ª- Consideración particular merecen la edad, salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas, formación espiritual y cultural, ambiente, y el condicionamiento que todas estas circunstancias puedan tener en el bienestar del menor y en la decisión que deba adoptarse respecto del mismo.
- 5ª- Habrán de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión en interés del menor puedan acarrear a éste; riesgos para su salud física o psíquica en sentido amplio.
- 6ª- Las perspectivas personales, intelectuales y profesionales de futuro del menor, a cuya expansión y mejora debe orientarse su bienestar e interés actual y futuro.

La Sentencia que estamos comentando hace una interesante referencia al concepto del interés superior del menor en el sistema anglosajón, que establece los criterios mínimos que deben tener en cuenta los Tribunales a la hora de concretar el interés del menor, y en este sentido el derecho inglés en la “Children Act 1989”, fija los siguientes:

- a) Los deseos y sentimientos del niño.
- b) Sus necesidades físicas, educativas y emocionales.
- c) El efecto probable de cualquier cambio de situación del menor. Los Tribunales ingleses tienden a no variar el statu quo del menor salvo necesidad.
- d) Su edad, sexo, ambiente y cualquier otra circunstancia que el Tribunal considere relevante.
- e) Los daños sufridos o el riesgo de sufrirlos. Se consideran daños el maltrato y los peligros para la salud y el desarrollo del menor.
- f) La capacidad de cada progenitor o de la persona que corresponda para tomar en consideración la satisfacción de las necesidades del menor.
- g) El rango de las facultades a disposición del Tribunal, esto es, el factor de la regla de la mínima intervención judicial. Por cuanto los Tribunales pueden decidir no intervenir cuando ello pueda crear conflictos o cuando las partes estén en condiciones de llegar a acuerdos privados.

En virtud de los criterios expuestos se estima necesario que para resolver la cuestión litigiosa planteada, los tribunales manejen unos criterios de lo que pudiera considerarse el superior interés del menor, atendidas las circunstancias particulares de cada caso concreto.

El art. 2 del Borrador del Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia, lleva por rúbrica precisamente el interés superior del menor, estableciendo en cinco apartados su regulación legal. El primer apartado del citado precepto lo considera el principio básico de aplicación a los menores, sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Como criterios generales a considerar en la concreción del principio a cada supuesto el apartado segundo establece: (a) el respeto a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, (b) la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado, (c) el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas, educativas como emocionales y afectivas, y (d) la preservación de la identidad del niño: su sexualidad, cultura, religión, idioma entre otros, así como la no discriminación del mismo por estas o cualquier otras condiciones, debiendo garantizar el desarrollo anímico de la personalidad.

Los criterios generales antes expuestos se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales, que deben ser valorados conjuntamente conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que serán los siguientes: (1) la edad y nivel de madurez del niño, (2) su situación de especial vulnerabilidad provocada por su discapacidad, carencia de entorno familiar, condición de refugiado o solicitante de asilo o de protección subsidiaria, o cualquier otra característica o circunstancia relevante, (3) el peculiar efecto que el transcurso del tiempo tiene en los menores, (4) la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten y, por último (5) aquellos otros elementos de ponderación que sean considerados pertinentes en el caso concreto y respeten los derechos del niño.

Por otra parte, en todos los procesos relativos a menores, toda medida en interés superior de los mismos se adoptará respetando el derecho del niño a ser informado y a participar en el proceso, intervendrán profesionales cualificados en la valoración de criterios, participarán los representantes legales del menor en defensa de los intereses del mismo, y en todo caso existirán posibilidades de revisión de la decisión adoptada por no respetar el principio del interés superior del niño.

La Constitución Española en su Art. 39 hace referencia a la protección social, económica y jurídica que los poderes públicos deberán dispensar a la familia, también a asegurar la protección integral de los hijos que serán iguales ante la ley con independencia de su filiación, a que los niños gozarán de toda la protección prevista por los Tratados internacionales, y por último a la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos durante su minoría de edad, y en todos aquellos casos en que legalmente proceda.

El relevante papel asignado al Ministerio Fiscal en la defensa y protección jurídica de los menores tiene su entronque en el art. 124 de la Constitución, cuando le asigna la función de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.

Como complemento a la regulación constitucional, la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en su Art. 3 apartado 7º establece la obligación de “intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas...”, y en el art. 5 último párrafo, tras la reforma operada por ley 14/2003, de 26 de mayo, indica “que también podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye”, lo que habilita que el Fiscal pueda incoar diligencias en otros órdenes jurisdiccionales distintos al penal para obtener datos que le permitan el cumplimiento íntegro de sus funciones. Por tanto, este precepto reformado aporta el soporte legal necesario para incoar diligencias preprocesales para determinar y averiguar las posibles situaciones de déficit de prestaciones en que pueda encontrarse un menor, y en su consecuencia el ejercicio de acciones o la solicitud de adopción de las medidas de protección adecuadas para el mismo.

La Disposición Adicional Tercera de la LOPJM establece que “tanto el juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o incapaz, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplirán la pasividad de los particulares y les asesorarán sobre sus derechos y el modo de subsanar sus solicitudes”.

La actuación supervisora del Ministerio Fiscal se canaliza mediante la superior vigilancia que le asigna el art. 174 del Código Civil, con la obligación de que la entidad pública de protección facilite al Ministerio Fiscal toda la información relativa a los menores sobre los que actúa, deberá remitirle copia de las resoluciones administrativas que se dicten, y de la constitución y cesación de tutelas, guardas y acogimientos. De igual modo, le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor, debiendo el Fiscal comprobar al menos con una periodicidad semestral la

situación de los menores protegidos, promoviendo ante el juez las medidas de protección que estime necesarias.

El Borrador del Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia añade al texto actual que para el cumplimiento de la función de superior vigilancia que le corresponde al Ministerio Fiscal, cuando sea necesario podrá recabar la elaboración de informes por parte de los Equipos Técnicos adscritos a la Sección de Menores de la Fiscalía. A estos efectos, añade el Borrador de Anteproyecto, los Servicios correspondientes de las Corporaciones Locales y de las entidades públicas atenderán las solicitudes de información remitidas desde las Fiscalías en el curso de las investigaciones tendentes a determinar la situación de riesgo o desamparo en la que pudiera encontrarse un menor.

En idéntico sentido se pronuncia el art. 232 del Código Civil cuando indica que la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado. Además, el Fiscal en cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor.

Por todo lo anteriormente expuesto, podemos establecer que la actuación supervisora del Ministerio Fiscal se iniciará desde el impulso de la acción protectora de las entidades públicas, pasando por la valoración de la adecuación de las medidas protectoras a la situación del menor, y concluyendo con el seguimiento de la evolución del mismo, pudiendo ejercitar las actuaciones correctoras que considere procedentes incluyendo, claro está, el ejercicio de acciones judiciales.

Por su relevancia, antes de entrar en el sistema de impugnación propiamente dicho, vamos a hacer una breve referencia a las instituciones jurídicas de protección reguladas por la LOPJM, los principios rectores de la actuación administrativa y algunas especialidades de la legislación autonómica concordante.

La LOPJM establece unos principios rectores en el sistema de actuación pública con menores. Así, el art. 12 refiere que la protección del menor se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, y que los poderes públicos velarán para que los padres, tutores o guardadores desempeñen adecuadamente sus responsabilidades, y facilitarán servicios accesibles en todas aquellas áreas que afecten al desarrollo del menor. El Borrador de Anteproyecto citado añade al texto actual del art.12, que en las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las soluciones familiares frente a las institucionales, las medidas consensuadas frente a las impuestas y las medidas estables frente a las temporales. Para facilitar al Ministerio Fiscal la función de supervisión de la actuación administrativa en materia de protección se incorpora un apartado tercero al art.12, que establece la obligación legal de facilitar tanto a las entidades públicas como al Fiscal todos los informes y antecedentes necesarios que se posean sobre el menor, recalcándose que el interés superior del menor justifica la prestación de información por encima de otra normativa sanitaria o de protección de datos de carácter personal.

También el art. 13 además de imponer la obligación de reserva respecto a las actuaciones que se desarrollen con menores, establece que toda persona que tenga conocimiento de la situación de riesgo de un menor lo comunicará a la autoridad o a sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise,

insistiendo en su apartado tercero que las autoridades y personas que por su profesión o función conozcan el caso actuarán con la debida reserva.

El Art. 14 de LOPJM establece el relevante principio de la Atención inmediata, que implicará que cualquier autoridad o servicio público tiene la obligación de prestar la atención inmediata que precise un menor, de actuar si corresponde dentro de su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal. Este principio de actuación inmediata conllevará por tanto la más ágil y urgente asistencia que precise un menor en cada caso concreto en que su situación de déficit de prestaciones lo requiera.

Por último, en cuanto a los principios de actuación administrativa, el art. 16 LOPJM establece la obligación de las entidades públicas competentes para la protección de menores en las respectivas comunidades autónomas de verificar la situación denunciada respecto de los menores afectados, y en su caso adoptar las medidas necesarias para resolverla. Cada entidad pública designará el órgano que ejercerá la tutela de acuerdo con sus estructuras orgánicas de funcionamiento.

## **2. LA SITUACIÓN DE RIESGO**

La primera institución de protección que regula la LOPJM es la situación de riesgo; así el art. 17 de la ley define la misma como “aquellas situaciones que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de tutela por ministerio de ley...” De esta forma la definición se realiza mediante la exposición de un elemento positivo y otro negativo.

El elemento positivo define la situación de riesgo como aquella que perjudique el desarrollo personal o social del menor. El elemento negativo consiste en declarar que esta situación de perjuicio para el menor no alcanza la entidad suficiente para que la administración declare el desamparo y asuma la tutela automática del mismo.

Por ello, respecto a la situación de riesgo debemos destacar que, a diferencia con la situación de desamparo, no existe una declaración formal del mismo como contenido de una resolución administrativa. Por tanto, no se trata de una institución jurídica que surta efecto jurídico alguno, y así el art. 17 indica cuales han de ser los fines a lograr en las situaciones de riesgo de menores: a saber, garantizar los derechos del menor y orientar la actuación administrativa a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentre el menor y promover los factores de protección del mismo y de su familia. Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en su familia.

Es decir, la función administrativa tiende a ser meramente correctora de los factores de riesgo con el fin de prestar las actuaciones asistenciales necesarias para eliminarlo si fuera posible, siguiendo en todo caso la situación familiar del menor por si se mantuviere en el tiempo o se agravare, pudiendo desembocar entonces en una situación de desamparo.

Desde el punto de vista competencial, también resulta importante consignar que el tratamiento de las situaciones de riesgo corresponde a los servicios sociales de las corporaciones locales, mientras que en las situaciones de desamparo estaría asignada la competencia a las entidades de protección correspondientes de cada Comunidad Autónoma.

A título ilustrativo, podemos reseñar que en la legislación autonómica se consideran situaciones de riesgo: la negligencia en la atención física, psíquica o educativa del menor, el absentismo escolar, las omisiones de carácter leve en el cuidado del menor, la drogadicción, el alcoholismo, la utilización del castigo físico o emocional que perjudique el desarrollo del menor, las fugas del domicilio familiar y, en general, cualesquiera otras situaciones que impliquen un riesgo para el menor.

No podemos dejar de hacer mención a la más relevante modificación legislativa del Borrador de Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación sobre Protección de la Infancia, que es precisamente la novedosa regulación de la situación de riesgo del art. 17 de la ley 1/96, de 15 de enero. Sin embargo, en cuanto al concepto de riesgo se refiere, aun cuando se precise más técnicamente el contenido jurídico del mismo, nada tiene de novedoso, por cuanto se limita a añadir el perjuicio familiar junto al personal y social. Eso sí, se indica claramente que la actuación de apoyo de la administración se realizará sin tener que separar al menor de su entorno familiar.

El Borrador de Anteproyecto de Ley considera expresamente situaciones de riesgo cuando los representantes legales o guardadores del menor estén bajo tratamiento por trastorno mental grave, por consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas. La valoración de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un “proyecto de intervención social” que deberá recoger las actuaciones y recursos necesarios para su eliminación, manteniendo al menor en su entorno familiar. Este proyecto de intervención, si es posible, será consensuado con los padres, tutores, acogedores o guardadores del menor.

Pero la novedad más relevante del Borrador de Anteproyecto consiste en la previsión de que en determinados casos la declaración de riesgo se formalice mediante una resolución administrativa, con notificación formal de la misma a los representantes legales del menor, cuando se observen indicadores que de no corregirse pudieran derivar en desamparo, con la posibilidad de que el menor permanezca en el seno familiar y no exista la suficiente colaboración de su familia. Esta resolución administrativa de riesgo será susceptible de oposición conforme a lo dispuesto por el art. 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Muy importante resulta también la novedosa regulación de las situaciones de posible riesgo prenatal, con el fin esencial de evitar una posterior declaración de riesgo o desamparo del recién nacido. En todo caso el último párrafo del apartado noveno del art. 17 del Borrador de Anteproyecto establece que tras el nacimiento se mantendrá el seguimiento del menor y de su unidad familiar.



### 3. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO

El Art. 18 de la ley 1/96, de 15 de enero sobre Protección Jurídica del Menor en su texto establece que cuando la entidad pública competente considere que el menor se encuentre en situación de desamparo, actuará en la forma prevista por el Art. 172 y siguientes del Código Civil; asumiendo la tutela del menor, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Por tanto, como observamos, la ley de Protección Jurídica del Menor no define el concepto de desamparo, sino que hace remisión al Art. 172 del Código Civil a tal efecto.

En todo caso, debemos considerar que el concepto de desamparo, sin perjuicio de la definición legal que hace del mismo el artículo 172 del Código Civil, es un concepto jurídico indeterminado, por cuanto la casuística será de la más diversa índole, correspondiendo su valoración a la Entidad de Protección que activará la actuación administrativa para reputar las situaciones bajo este concepto de desamparo. Así, la sentencia nº 82/2012, de 8 de febrero, Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante, en su fundamento jurídico segundo, indica que el concepto de desamparo es indeterminado porque el menor cae en él a consecuencia de una situación fáctica, siendo lo relevante que el menor se encuentre privado de la necesaria asistencia moral o material.

Ello implica que el concepto de desamparo esté integrado por cualesquiera situaciones fácticas que conlleven la consecuencia señalada por el art. 172,1 del CC, esto es, la privación de la necesaria asistencia moral o material.

A título indicativo, la legislación autonómica señala como situaciones de desamparo: casos de abandono voluntario del menor, el maltrato físico o psíquico grave o leve pero de carácter crónico, los abusos sexuales por parte de las personas que integren la familia o de terceros con consentimiento de ésta, la inducción o permisibilidad de la mendicidad, delincuencia o prostitución, la explotación laboral, la negligencia física o emocional en la atención al menor, la inducción, consentimiento o tolerancia de la drogadicción o del alcoholismo del menor, la no recuperación de la guarda una vez desaparecidas las circunstancias justificativas de la asunción de ésta por la administración, etc.

De este modo, el Art. 172,1º párrafo segundo del Código Civil define la situación de desamparo como aquella que se produce a causa de hecho del incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección que establecen las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Del concepto de desamparo, tal y como lo redacta el legislador, se puede inferir que tres son los requisitos necesarios para apreciar una situación de esta índole:

- a) Un incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores.
- b) Que se genere como resultado del incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral o material.

- c) Que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de los deberes de protección y el resultado de la privación moral o material del menor, y que dicho incumplimiento sea imputable a los padres o tutor legal del menor.

Cuando la entidad pública de protección dicta la resolución administrativa declarando el desamparo de un menor asumiendo la tutela ex lege del mismo, el efecto inmediato sobre el régimen de representación legal es que queda automáticamente suspendida la patria potestad o la tutela ordinaria, siendo no obstante válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor que sean beneficiosos para él.

Estas resoluciones administrativas de desamparo conllevarán una suspensión inmediata del régimen de patria potestad o tutela del menor, por cuanto al tener esta naturaleza jurídica estarán revestidas de la presunción de legalidad con la consiguiente ejecutividad de las mismas.

La resolución administrativa de desamparo deberá ser notificada en legal forma a los padres, tutores o guardadores en un plazo de 48 horas; además, 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.

La tutela automática se extingue por las mismas causas previstas para la tutela ordinaria por el código civil en el art. 276, esto es: por la mayoría de edad, por la adopción del tutelado, por la emancipación del mismo, por su fallecimiento, por la concesión de la mayor edad y además por constitución de una tutela ordinaria y, en aquellos casos en que se revoque la tutela automática, por desaparición de las causas que motivaron la declaración de desamparo.

También se pueden dictar por las entidades de protección resoluciones administrativas que declaren la asunción de la Guarda voluntaria del menor, cuando concurren los presupuestos del art. 172,2 del CC, esto es, cuando los padres o tutores por circunstancias graves no puedan cuidar al menor podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario.

También el art. 18 de la Ley 1/96, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor, es objeto de una profunda reforma en el Borrador de Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia.

Al constituir el desamparo, tal y como hemos indicado, un concepto jurídico indeterminado, el legislador opta en el apartado segundo del art. 18 del Borrador, por mencionar elementos y criterios orientativos para precisar cuando existe una situación de desamparo, refiriendo la norma los seis siguientes supuestos:

- (a) El abandono voluntario del menor, bien porque falten las personas que por ley les corresponde el ejercicio de la guarda, o bien cuando éstas no quieran o no puedan ejercerla. También se considera que existe desamparo cuando transcurrido el plazo de guarda voluntaria los responsables legales del menor, encontrándose en condiciones legales de hacerse cargo del mismo, no quieran asumirlo.

- (b) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor.
- (c) El riesgo para la salud psíquica del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad.
- (d) La existencia de un entorno familiar gravemente deteriorado cuando perjudique seriamente el desarrollo del menor.
- (e) El riesgo para la formación del menor por la ausencia de escolarización habitual o inasistencia reiterada y no justificada al centro escolar, la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de análoga naturaleza.
- (f) Cualquiera otra situación que traiga causa del incumplimiento o del inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda sobre el menor.

Se regula ex novo la situación de desamparo de un menor de nacionalidad española que se encuentre en país extranjero, estableciéndose la entidad pública de protección que va a resultar competente para su protección en España. Así, será en primer término la entidad pública de la comunidad autónoma en la que el menor hubiera tenido su última residencia habitual en España, en su defecto aquella en que los padres o tutores hubieran tenido su última residencia habitual en España, y a falta de las anteriores, la entidad de la comunidad autónoma en que otros ascendientes del menor hubieran tenido su última residencia habitual en territorio nacional.

En caso de que conforme a estos criterios pudiera ser potencialmente competente más de una entidad pública, le será asignada la competencia a aquella respecto de la que el menor o sus familiares tuvieren mayores vínculos. Esta disposición, que viene a recoger el Borrador de Anteproyecto de Ley en caso de concurrencia de competencias, refleja un criterio abstracto e inseguro, por cuanto se trata de una cuestión de competencia entre administraciones autonómicas y, por tanto, será dificultoso establecer cuales son los vínculos mas relevantes del menor o sus familiares para considerar competente a una de ellas.

En estos casos la Administración General del Estado se encargará del traslado del menor a España, debiendo asumir su protección aquella comunidad autónoma que tenga la competencia en el momento en que el menor se encuentre en territorio nacional.

Se viene a resolver el problema consistente en menores objeto de protección por una comunidad autónoma que se trasladan para pasar a residir en otra comunidad autónoma. Así, en caso de traslado permanente de residencia de un menor sujeto de una medida de protección desde la comunidad autónoma que la adoptó a otra distinta, corresponderá a ésta asumir aquella medida o adoptar la que proceda. En todo caso, no será necesaria la adopción de nuevas medidas de protección en los casos de traslado temporal de un menor, por acuerdo de la entidad de protección, a un centro residencial ubicado en una comunidad autónoma distinta.

La nueva redacción del art. 18 de la Ley 1/96, de 15 de enero, que plantea el Borrador de Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia, tiene su reflejo en la regulación del art. 172 del Código Civil, y los introducidos ex novo 172 bis y 172 ter. En realidad, como dice la Exposición de Motivos del Borrador se trata de un desdoblamiento del actual art. 172 en tres preceptos distintos. Por cuanto de un Borrador se trata, no vamos a profundizar en el tema, pero si haremos unas breves consideraciones de la nueva regulación.

En el sentido apuntado, el art. 172 del CC regularía exclusivamente la situación de desamparo y la asunción de tutela por ministerio de la ley, especificando expresamente que una vez transcurridos los dos años desde que se notificó a los representantes legales del menor la resolución de desamparo, decaerá el derecho de los mismos para impugnar las resoluciones de protección que se dicten, reconociéndose la exclusiva legitimación del Ministerio Fiscal para oponerse a las resoluciones administrativas que se dicten. El apartado 5 del art. 172, viene a consolidar instituciones tales como la tutela automática urgente o la declaración provisional de desamparo que se regulan por la legislación de diversas comunidades autónomas como reflejo del principio de atención inmediata al menor, introduciendo la denominada “guarda provisional”, que conllevará la práctica de las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias, y constatar la situación real de desamparo.

Por último, el proyectado art. 172 del CC establece el plazo legal máximo de tres meses para que la entidad pública declare el desamparo y asuma la tutela del menor. En caso de que no actúe de este modo, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adecuada protección del menor por parte de la entidad pública.

El art. 172 bis del CC, conforme lo regula el Borrador, tratará la guarda voluntaria y la guarda judicial. Por guarda voluntaria consideramos aquella que es asumida por la entidad pública cuando los padres o tutores del menor, por circunstancias graves, no puedan cuidarle y solicitan a dicha entidad que asuma durante el tiempo necesario su guarda; este tiempo no podrá sobrepasar el previsto por la Ley como plazo máximo de cuidado temporal del menor (conforme al nuevo párrafo segundo que se añadiría por la reforma al art. 19 de la Ley 1/96, de 15 de enero, dicho plazo tendría una duración máxima de dos años, salvo que el interés del menor aconseje excepcionalmente la prórroga de la medida por la previsible reintegración familiar). Una vez transcurrido dicho plazo, el menor deberá regresar con sus padres o tutores o, si esto no procediera, deberá ser dotado de una medida de protección permanente. La guarda será judicial cuando la entidad pública la asuma en virtud de resolución judicial en los casos en que legalmente proceda.

El art. 172 ter vendría a regular las dos formas de ejercicio de la guarda a través del acogimiento familiar y acogimiento residencial. Se establece como regla general el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el menor, el residencial.

En el apartado segundo de este artículo se prevé la posibilidad de que la entidad pública acuerde, respecto a los menores que se encuentran bajo acogimiento familiar o residencial, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias alternativas o instituciones dedicadas a estas funciones; para ello, se seleccionarán a personas o instituciones adecuadas a las necesidades del menor. Este supuesto, que no es sino una delegación de guarda, se hará constar en un documento que contendrá la información necesaria para asegurar el bienestar de los menores y esta medida será comunicada a los padres o tutores cuando fuere necesario y siempre que sea conveniente para el interés del menor se preservarán los datos de estos guardadores.

#### 4. SISTEMA DE IMPUGNACIÓN

El procedimiento está regulado por el Art. 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto se refiere a la impugnación de las resoluciones dictadas en materia de protección de menores y en particular a la resolución administrativa de desamparo, todas ellas consideradas como resoluciones administrativas emitidas por la entidades públicas de protección de menores de las respectivas comunidades autónomas.

Respecto al régimen de oposición e impugnación de estas resoluciones dictadas en el ámbito de protección de menores, que también pueden englobar otras resoluciones administrativas de la misma índole, no deja de ser una excepción a la regulación de la competencia que la ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa atribuye a esta jurisdicción, que establece en su Art.1,1º que “Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las administraciones públicas sujeta a Derecho Administrativo...”, reseñando el apartado 2º letra b) de este precepto que se entenderá a los anteriores efectos por Administraciones Públicas a “Las Administraciones de las Comunidades Autónomas”.

Por ello, que la ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no contemple que estas resoluciones administrativas dictadas en materia de protección puedan ser impugnadas ante los órganos judiciales de aquella naturaleza, supone una desviación legal del concepto integral de competencia que reguló el legislador. Conforme dispone el Art. 779 de la Ley de Enjuiciamiento Civil será competente para conocer de estos procedimientos el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la entidad protectora, luego se asigna la competencia para la impugnación de estas resoluciones administrativas a órganos judiciales de la Jurisdicción Civil.

No obstante a esta desviación de jurisdicción apuntada, el procedimiento que regula el Art. 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil toma caracteres que son propios de la jurisdicción Contencioso-Administrativa como más adelante apuntaremos.

En primer término, la regulación que hace la ley procesal civil se fundamenta en la especialidad de la materia, pues aun cuando se ventilen ante la jurisdicción civil, estos procesos por afectar al derecho de familia y a menores en particular tienen una indudable naturaleza de carácter público, que prevalece hasta tal punto que los principios de justicia reglada y dispositivo que son propios de los procesos civiles quiebren. Estamos por tanto ante un procedimiento que se encuentra a mitad entre el ámbito público y el privado ya que, por afectar al interés general, restringe la disponibilidad de su objeto.

Además, las resoluciones que recaigan en este tipo de procesos no pueden gozar del efecto de la cosa juzgada material, ya que el posterior cambio de circunstancias relativas a la situación del menor permitirá en su caso modificar las resoluciones judiciales que sobre su situación personal se hubieren adoptado. Por ello, el superior interés del menor como concepto jurídico indeterminado a integrar por los Tribunales en cada caso concreto, siempre prevalece sobre cualquier criterio de seguridad jurídica.

Un relevante problema que planteaba la originaria redacción del Art. 780 de la ley de Enjuiciamiento Civil, es que en la misma no se contemplaban plazos de caducidad para

el ejercicio de las acciones de oposición y tampoco establecía ningún plazo el Art. 172 del Código Civil. Se producía una indeseada situación legal que permitía la impugnación de las resoluciones administrativas dictadas en el ámbito de protección de menores cualquiera que fuere el tiempo transcurrido desde que se dictaron las mismas, con los consiguientes efectos perniciosos que para la situación de los menores afectados podrían suponer e implicaba además una permanente provisionalidad en tanto eran susceptibles de ser impugnadas en cualquier momento sin límite temporal alguno. Ante esta situación, la familia del menor podía estar ejercitando acciones de impugnación, incluso en supuestos en los que ya no era posible la reintegración del menor en su familia biológica.

Ante esta disfuncional regulación legal, el legislador reaccionó aprovechando para ello la ley 54/07, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, para incluir en la Disposición Final Primera la modificación de determinados preceptos del Código Civil, entre los que se encontraba el Art. 172, y en la Disposición Final Segunda reformar los Artículos 779 y 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, poniendo la reforma énfasis en el establecimiento de plazos de impugnación, y en la fijación de un plazo máximo de dos años para la impugnación de las resoluciones administrativas de protección. Además, la reforma confirmó la no necesidad de reclamación previa en vía administrativa para formular oposición contra las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores.

Esta importante reforma legislativa motivó que la Fiscalía General del Estado dictase la Circular nº 1/2008, “Sobre Limitaciones Temporales a la Oposición de Resoluciones Administrativas en Materia de Protección de Menores”, apreciando como en realidad se conciben dos medios de impugnación, que hasta la reforma estaban unificados tanto en su nomenclatura como en su régimen jurídico. Estas dos clases de medios de impugnación serán:

- a) **Acciones de Oposición**, que estarán sometidas a breves plazos para atacar la propia resolución administrativa que se impugna.
- b) **Acciones de Revocación**, que se fundamentarán en base al cambio de circunstancias que se tuvieron en consideración para dictar la resolución administrativa de protección y que tendrán un plazo más amplio de impugnación.

#### **4.1 COMPETENCIA**

La competencia territorial para conocer de la oposición a las resoluciones dictadas en materia de protección, tal y como establece el Art. 779,1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde a los juzgados de Primera Instancia del domicilio de la entidad protectora. Por tanto, se establece un fuero especial que privilegia a las entidades de protección, por cuanto todos los procedimientos se ventilarán en los juzgados civiles donde tenga su sede la entidad administrativa que decretó la medida de protección, esto es, se da preferencia al fuero del lugar donde tenga su sede la entidad de protección que dictó la medida frente al fuero general que sería el del domicilio del menor.

En todo caso, por aplicación de lo dispuesto en el Art. 54,1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se admite la sumisión expresa o tácita de las partes al tratarse de una cuestión litigiosa a dilucidar por los trámites del juicio verbal.

Ninguna especialidad se ha fijado respecto a la competencia objetiva por razón de la materia, excepto la asignación de la misma a los Juzgados de Primera Instancia, y en cuanto a la competencia funcional la impugnación se formula ante los juzgados de primera instancia, contra cuyas resoluciones cabrá recurso de apelación en un solo efecto ante la Audiencia Provincial. Entre tanto se sustancia el recurso no se suspenderán los efectos de la resolución administrativa impugnada. Así ha de entenderse por aplicación de una interpretación extensiva a estos procedimientos de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor, cuando en su apartado Tercero indica que en las reclamaciones frente a resoluciones de las entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o guarda de menores, los recursos se admitirán, en todo caso en un solo efecto, en el mismo sentido los Artículos 455 y 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A mayor abundamiento, la salvaguarda del interés superior del menor conllevará que no se modifique su situación personal, hasta que la resolución judicial que determine la misma quede definitivamente firme, y de este modo tenga ya ejecutoriedad, al objeto de establecer definitivamente el statu personal y familiar del menor.

## **4.2 CLASES DE MEDIOS DE IMPUGNACIÓN**

En definitiva, como ya indicamos, de la regulación legal vigente se infieren dos clases de medios de impugnación:

**4.2.1 Acciones de Oposición;** sometidas a breves plazos, con las que se ataca la propia resolución administrativa contra la que se esgrime la oposición.

**4.2.2 Acciones de Revocación;** con fundamento en un cambio de las circunstancias que la motivaron, respecto a las que se concede por la ley un plazo más amplio. Con estas acciones no se cuestiona la resolución inicial dictada, sino su inadecuación en el tiempo en función de la variación de las circunstancias que se tuvieron en consideración para dictarla. Lo ordinario será la regularización y rehabilitación de la aptitud de los progenitores para solicitar el reintegro familiar del menor objeto de la medida.

### **4.2.1 Acciones de Oposición:**

- A) Oposición a la declaración de desamparo:** Tiene un plazo de caducidad de tres meses desde que fue notificada la resolución a los interesados, generalmente los padres del menor. La pretensión se dirige a combatir los mismos fundamentos de la resolución administrativa de desamparo, por no ser ciertos los hechos o no haberse valorado correctamente. La oposición también puede combatir la modalidad en que se haya

decretado la tutela, esto es, a través del acogimiento familiar o del acogimiento residencial.

La Circular 8/11 de la Fiscalía General del Estado, se pronunció sobre dos instituciones que responden al principio de atención inmediata al menor, cuales son la tutela automática urgente y la declaración provisional de desamparo, que son modalidades utilizadas por algunas Comunidades Autónomas para ejercitar aquel principio, concluyendo la mencionada Circular que en tales supuestos se debe cumplir con el deber de notificación de tales resoluciones a los interesados, y el cómputo de los plazos a efectos de impugnación comenzará precisamente desde aquella.

Si tras estas resoluciones de carácter provisionalísimo, se dictase una resolución de desamparo fundamentada en motivos distintos a las mismas, podrá reabrirse nuevamente la vía de la impugnación, tras la notificación correspondiente a los interesados.

En idéntico sentido el Dictamen nº 5/2010, sobre el Plazo para Recurrir las Declaraciones de Desamparo de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores, que trata ambas instituciones, la tutela automática urgente y la declaración provisional de desamparo, con idéntico régimen de impugnación desde la notificación a quienes hubieran venido ejerciendo la patria potestad o guarda del menor, debiendo informarles la administración actuante de los plazos de impugnación.

Están legitimados para oponerse o impugnar las resoluciones administrativas en materia de desamparo y otras resoluciones administrativas dictadas en materias de protección, tal y como indica la Circular 1/08 de la Fiscalía General del Estado, los portadores de intereses legítimos, incluyendo por tanto a los padres, tutores, familiares que hayan convivido con el menor, guardadores y en todo caso el Ministerio Fiscal.

En el mismo sentido cabe invocar al Art. 9 de la CDN que establece en su párrafo segundo que en cualquier procedimiento relativo a la separación de un niño de sus padres se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él, y de dar a conocer sus opiniones; también la Circular 1/2001, sobre la Incidencia de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la Intervención del Fiscal en los Procesos Civiles, se inclina por esta interpretación extensiva de la legitimación para formular oposición al desamparo.

#### **B) Oposición a las restantes resoluciones administrativas de protección de menores:**

Como ya hemos puesto de manifiesto varios son los contenidos que pueden adoptar estas resoluciones: regulación del régimen de visitas, denegación del cese de la guarda voluntaria, medidas educativas o la declaración de idoneidad de los adoptantes.

El plazo de caducidad es de dos meses a computar desde la notificación de la resolución que proceda, y la legitimación extensa que se propugna para la oposición al desamparo, con mas argumentación si cabe, se debe sostener en esta clase de oposición, comprendiendo a los portadores de intereses legítimos, por tanto a los padres, tutores, familiares que hayan convivido con el menor, guardadores, y por supuesto el Ministerio Fiscal.



**C) Oposición al acogimiento:** El Art. 172,3º párrafo segundo del Código Civil, dispone que los padres o tutores del menor podrán oponerse en el plazo de dos meses a la resolución administrativa que disponga el acogimiento cuando consideren que la modalidad acordada no es la más conveniente para el menor, o si existiera en el círculo familiar otras personas más idóneas a las designadas. Por tanto, esta oposición no tiene por objeto combatir el desamparo, sino el entorno que componen el lugar y las personas con quien el menor va a convivir.

La oposición de los padres o tutores del menor al acogimiento administrativo propuesto no precisa hacerse valer judicialmente, por cuanto una vez formulada dicha oposición en el expediente administrativo del acogimiento, éste solo podrá constituirse por vía judicial, que iniciarán la entidad pública competente o el Ministerio Fiscal.

La impugnación judicial directa del acogimiento por los padres solo tendrá sentido cuando se trate de un acogimiento familiar provisional que, conforme al Art. 173,3º párrafo segundo del Código Civil, no precisa consentimiento de los padres por ser de carácter transitorio.

#### **4.2.2 Acciones de Revocación:**

**A) Por superación de las causas que justificaron el desamparo:** Según indica el Art. 172 apartado Séptimo del Código Civil, durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, los padres que continúen ostentado la patria potestad, pero que la tengan suspendida por efecto de la propia resolución dictada por la entidad de protección, están legitimados para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la resolución de desamparo del menor, si por cambio de las circunstancias que la motivaron entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. Por ello, transcurrido el plazo de dos años desde la notificación de la resolución de desamparo, los padres del menor ya carecen de legitimación directa tanto para impugnar las resoluciones de protección, como para instar su revocación por causas sobrevenidas.

El legislador consideró razonable el plazo de dos años que se concede a los padres para superar los problemas que les hubieren impedido cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad; de esta forma, se satisface el principio de reintegración familiar del menor siempre que las circunstancias fueran las adecuadas, reflejado tanto por el Art. 9 de la CDN, como por el Art. 3 de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986.

La legitimación la ostentan exclusivamente los padres del menor, mientras continúen suspendidos de la patria potestad y no hubieran quedado privados de ella. Por último, recalcar que con el ejercicio de esta acción no se pretende combatir los fundamentos de la declaración de desamparo sino su persistencia actual.

Un presupuesto básico para la viabilidad de esta acción de revocación es que la administración no haya adoptado resoluciones de carácter definitivo respecto del menor que impidan su retorno a su familia de origen en el plazo de los dos años que señala la ley, esto es, ni acogimientos preadoptivos ni adopciones. No obstante, la mencionada Circular 1/08 establece que este criterio será la pauta general para padres colaboradores

con las entidades de protección, por lo que el plazo de dos años no puede ni debe ser obstáculo para la constitución de acogimientos preadoptivos o adopciones inmediatas, si de los informes técnicos se deduce la irreversibilidad de la situación de los padres para cuidar en el futuro a sus hijos.

**B) Acciones de revocación de otras resoluciones de protección por superación de las causa en que se fundaron:** Estas acciones estarán sujetas al mismo plazo de caducidad de dos años, por ello indica la Circular 1/08 que transcurridos dos meses, y hasta tanto transcurran los dos años, estas resoluciones podrán ser impugnadas en base al cambio de circunstancias que presidieron su adopción, pero no en base a las razones por las que se adoptaron.

**C) Modificación de Medidas de Protección, transcurrido el plazo de dos años:** El Código Civil en el último párrafo del apartado séptimo del Art. 172, refiere que pasado dicho plazo decaerá el derecho de los padres para oponerse o impugnar las medidas adoptadas respecto a sus hijos; no obstante, se les reconoce el derecho de facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo.

Por tanto, transcurrido el plazo de dos años que señala el código civil, queda claro que la acción de oposición e impugnación ha decaído por caducidad en cuanto a su ejercicio por los padres del menor. La vía de impugnación vendría por tanto por hacer una interpretación sistemática de la previsión legal de que los padres del menor puedan comunicar al Ministerio Fiscal cualquier variación de las circunstancias que motivaron la resolución administrativa de protección y esto plantearía como cuestión a dilucidar la posible legitimación de impugnación por el Fiscal con fundamento en la información que ponen en su conocimiento los progenitores del menor.

Esta cuestión ya ha sido tratada por diversas Audiencia Provinciales (vg. Sentencia de 22-X-09 de la Audiencia Provincial de Palencia), en la que se indica que “la falta de mención expresa en este precepto a la legitimación del Fiscal, no supone que no la tenga para formular oposición judicial a dichas resoluciones, pues la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de menores que el Art. 174 del Código Civil encomienda al Ministerio Fiscal, así como sus funciones institucionales y estatutarias como defensor del interés del menor, pueden servir como título jurídico suficiente para atribuir al mismo legitimación activa para recurrir tales resoluciones administrativas, como único modo de someter al control jurisdiccional de los Tribunales civiles las decisiones sobre los menores tutelados adoptadas una vez transcurrido el plazo de dos años desde la asunción de su tutela legal”, sigue indicando esta sentencia, que en caso de no admitir la tesis de la legitimación del Fiscal tras finalizar el plazo de dos años, el interés y beneficio de los menores y la legalidad de las decisiones administrativas de la entidad pública quedarían sustraídas al control jurisdiccional y a la tutela judicial efectiva de los Tribunales.

En definitiva, la inclinación por la legitimación del Fiscal para el ejercicio de acciones de impugnación se fundamentaría además en que ninguna relevancia tendría entonces la posibilidad legal que se ofrece a los padres de poner información en conocimiento del Ministerio Fiscal, órgano de rango constitucional al que le corresponde el control de la legalidad y la defensa del interés público tutelado por la ley.

El Fiscal adoptará la decisión en el seno de unas diligencias preprocesales; si resuelve solicitar a la entidad de protección la dejación sin efecto del desamparo, y su petición fuere desestimada, podrá recurrir ante la jurisdicción civil.

En este sentido se pronuncia la Circular 1/08 de la Fiscalía General del Estado, matizando que una vez que el Ministerio Fiscal impugne la declaración de desamparo y provoque con ello una nueva resolución administrativa, sería al Ministerio Fiscal al único al que cabría reconocerle legitimación activa para oponerse a esta nueva resolución administrativa, pues si de nuevo se permitiera a los padres del menor acudir a los Tribunales quebraría la lógica del sistema, que se asienta precisamente sobre la limitación temporal de las posibilidades de impugnación de las resoluciones de protección por parte de los progenitores.

**D) Revocación de la declaración de desamparo por la entidad pública fuera de plazo:**

El Art. 172,8º del Código Civil indica que la entidad pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, o de persona o entidad interesada, podrá en todo momento revocar la declaración de desamparo y decidir la vuelta del menor con su familia si no se encuentra integrado de forma estable con otra familia o si se entiende que es lo más adecuado en interés del menor. Esta decisión será notificada al Ministerio Fiscal.

No se trata sino de considerar que todas las decisiones dictadas por una entidad de protección que afectan a un menor estarán sometidas a la clausula “rebus sic stantibus”, primando siempre el interés superior del menor, por si el mero transcurso del tiempo pusiera de manifiesto la innecesaridad de la medida adoptada podrá ser revocada.

Esta decisión de la administración, debemos considerar, pese al silencio legal, que se integraría en el régimen de impugnación previsto legalmente, esto en el plazo de dos meses desde su notificación conforme al Art. 780,1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero para el ejercicio de la acción de impugnación oposición estaría exclusivamente legitimado el Ministerio Fiscal.

**E) Asentimiento en la adopción:** El procedimiento para regular la necesidad de asentimiento en la adopción viene establecido por el Art. 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en virtud del mismo los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción, podrán comparecer para manifestarlo ante el Tribunal que este conociendo del expediente.

La legitimación corresponderá exclusivamente a los padres biológicos que no estuvieran incurso en causa de privación de la patria potestad al tiempo de la declaración de desamparo.

El Tribunal con suspensión del expediente señalará el plazo que estime necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser superior a veinte días. Una vez presentada la demanda se tramitará conforme a lo previsto por el Art. 753 del mismo cuerpo procesal.

En el supuesto de que no se interpusiere la demanda en el plazo señalado por el Tribunal, se dictará Auto dando por finalizado el trámite. Una vez dictado este auto, no se admitirá ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre necesidad de asentimiento para la adopción de que se trate.

## **5. PROCEDIMIENTO COMUN A TODOS LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN:**

Ya indicamos anteriormente que el procedimiento podría calificarse de naturaleza cuasi mixta, entre lo contencioso-administrativo y lo civil, por cuanto el objeto del proceso es la modificación de una resolución administrativa y por ello se establecen unos trámites previos a la interposición de la demanda que se asemejan en lo sustancial a los procesos de carácter contencioso-administrativo.

Así, podemos destacar dos presupuestos fundamentales:

1º- Estos procedimientos en materia de protección de menores tendrán carácter preferente.

Este tema es ampliamente tratado por la Circular 1/08 de la Fiscalía General del Estado, así dice esta Circular que se trata de configurar un procedimiento sencillo y ágil para evitar que los menores sufran las consecuencias de una justicia tardía. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, reconocido genéricamente en el Art. 24,2º de la Constitución debe ser garantizado con un celo especial en los procesos relativos a la protección de menores. No puede dilatarse la solución al proceso en el tiempo, por cuanto se corre el grave riesgo de incumplir los objetivos perseguidos por el mismo; además, el transcurso del tiempo siempre es percibido por un menor de una forma radicalmente distinta a como lo percibe un adulto. A mayor abundamiento una excesiva dilatación de la solución en el tiempo puede frustrar los propios fines que la resolución dictada pretende alcanzar, teniendo presente siempre la posibilidad de que el fallo judicial deviniera finalmente inejecutable.

Por ello, se atribuye al Fiscal un relevante papel en orden a velar porque la función jurisdiccional en esta clase de procesos se ejerza eficazmente conforme a los plazos señalados a tal fin, esto de conformidad a lo establecido por el Art. 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

2º- En esta clase de procedimientos, no será necesaria la previa reclamación en vía administrativa para formular la correspondiente oposición ante los Tribunales civiles.

Resultaría absurdo jurídicamente, que si la competencia para conocer de la impugnación se va a asignar a órganos judiciales de índole civil, como son los Juzgados de Primera Instancia, se exigiera a los legitimados para el ejercicio de la acción de oposición, que previamente a la interposición de la demanda agotaran la vía administrativa respecto del órgano de la administración pública autonómica que dictó la resolución que se pretende impugnar.

En cuanto a los plazos de impugnación, como ya hemos indicado el Art. 780,1º párrafo segundo de la LECivil establece un plazo de tres meses desde su notificación para la impugnación de las resoluciones administrativas de desamparo, y un plazo de dos meses para la impugnación de las restantes resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores.

La fase procesal previa a la interposición de la demanda, que continuará con los trámites correspondientes al Juicio Verbal, comienza con la presentación en el Juzgado de Primera Instancia de un escrito inicial que, a modo del proceso contencioso-administrativo, no es necesario que contenga ninguna alegación de carácter jurídico, sino simplemente que el actor exprese sucintamente su pretensión y la resolución a la que se opone, o pretende oponerse, por cuanto una vez examinado el expediente administrativo que deberá remitir al Juzgado la entidad pública de protección, podrá desistir de la presentación de la demanda simplemente mediante la inacción procesal.

Por tanto, en el escrito inicial solo exige la ley de Enjuiciamiento Civil en el Art. 780,2º, que se consignent de una forma precisa dos elementos:

- a) La pretensión que se va a esgrimir ante los Tribunales, esto es, la finalidad de la acción que pretende interponer el litigante.
- b) La resolución a la que se opone; debe entenderse que el recurrente debe consignar los datos más precisos de que disponga para la plena identificación de la resolución administrativa a la que pretende oponerse procesalmente, por cuanto posteriormente el Juzgado competente deberá solicitar a la entidad de protección el expediente administrativo completo que fundamentó y motivó dicha resolución.

Este trámite previo resulta absolutamente necesario, por cuanto el litigante carece de la información completa que ha tenido en consideración la entidad pública de protección para dictar la resolución administrativa con la que esta en desacuerdo y esta información le será imprescindible para una correcta fundamentación de la demanda.

Una vez recepcionado y registrado el escrito inicial en el juzgado, el Secretario Judicial procederá a reclamar a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días. Resulta obvio que el expediente cuyo testimonio se solicita será aquel en que se hubiere dictado la resolución administrativa que se pretende impugnar, y que el demandante habrá citado en su escrito de interposición inicial.

Teniendo en consideración el carácter preferente en la tramitación de estos procesos, el órgano judicial y el Ministerio Fiscal deberán velar porque esta remisión sea cumplimentada por la entidad de protección dentro del plazo de veinte días señalado por la ley.

Recibido el testimonio del expediente administrativo por el Juzgado, el Secretario Judicial emplazará al actor para que en el plazo perentorio de veinte días presente la demanda, ya que habrá que considerar desde el punto de vista hermenéutico que si el actor deja transcurrir voluntariamente este plazo, está desistiendo tácitamente al ejercicio de la acción mediante la no interposición de la demanda.

Una vez interpuesta la demanda, se tramitará conforme a los ritos procesales del juicio verbal, con arreglo a lo previsto en el Art. 753 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone que se dará traslado de la demanda por razón de la materia además de a la entidad administrativa correspondiente, al Ministerio Fiscal, por cuanto se trata de procesos que afectan a intereses de menores de edad, al objeto de que formulen contestación a la misma en el plazo de veinte días.

Aun cuando se requiere la postulación procesal, esto es cada parte tendrá que comparecer ante el órgano judicial asistido de letrado y representado por procurador, conforme previene el Art. 750,1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ésta no es extensible a la presentación del escrito inicial en el que únicamente se consigna su pretensión y la resolución administrativa a la que se opone, pudiendo por tanto presentar este escrito el legitimado sin asistencia de letrado, ni representación por procurador.

El objeto del proceso será indisponible para las partes, tal y como dispone el Art. 751 de la LECivil, ya que en estos procesos no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento, ni la transacción, además el desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal.

En cuanto a la proposición y práctica de la prueba, el Art. 752 del citado cuerpo legal, establece un principio de flexibilidad en orden a proponer cuantas pruebas intentan valerse las partes en acreditación de sus pretensiones; así, el párrafo primero de dicho artículo indica que estos procesos se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. A mayor abundamiento, sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y del resto de las partes, el Tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes.

El órgano judicial en el momento de realizar la valoración de las pruebas practicadas, no se atenderá a valoraciones tasadas, sino que se atenderá a una libre y ponderada valoración del acervo probatorio acumulado durante el proceso; por ello indica la Ley procesal civil que no estará sujeto a las reglas que en materia probatoria establece la ley en cuanto al interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados que hayan sido reconocidos.

En lo que respecta a la publicidad de las actuaciones como garantía procesal, el Art. 754 de la ley procesal civil habilita al juzgador para que por providencia decida, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas.

En último termino, destacar que las resoluciones judiciales que se dicten en esta materia no podrán tener efectos de cosa juzgada material, por cuanto aun cuando ganen firmeza (cosa juzgada formal), la modificación de las circunstancias que se tuvieron en consideración para emitir el fallo del procedimiento, debe permitir que se vuelvan a plantear cuestiones procesales sobre la misma materia que ya ha sido enjuiciada.

En definitiva, la jurisprudencia ha proclamado como principio rector de los procesos sobre medidas de protección de menores, la necesidad de que prevalezca su interés como principio prioritario, evitando que la formalidad de la controversia procesal pueda perjudicarlo (vg. Sentencias del TS 21-XII-01, 12-VII-04, 23-V-05 y 31-VII-09).

La regulación del Juicio Verbal viene recogida en los Arts. 437 al 447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la tramitación es sencilla, la ley indica que en la demanda se consignarán de forma sucinta los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado, así como los domicilios en que pueden ser citados, respecto a la impugnación de resoluciones administrativas de protección obviamente no se admite la

reconvención. Con carácter general tampoco se admitirá la acumulación objetiva de acciones.

Una vez recibida la demanda, el Juzgado mediante Auto procederá a admitirla y a dar traslado de la misma al demandado, así como citará a las partes para la celebración de la vista, debiendo mediar diez días al menos, desde el siguiente al de la citación, y sin que puedan exceder de veinte.

En dicha citación se hará constar que la vista no se suspenderá por la inasistencia del demandado, y se advertirá a los litigantes que han de concurrir con los medios de prueba de que intenten valerse, con la prevención de que si no asistieran y se propusiese y admitiere su declaración podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio. La citación también incluirá la mención de que en el plazo de tres días desde la misma, las partes deben indicar al Tribunal las personas que por no poderlas presentar ellas mismas, habrán de ser citadas por el órgano judicial, a tal fin las partes facilitarán todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación.

Una vez interpuesta la demanda, se cita a las partes para que en el mismo trámite de la vista contesten a ella y presenten las pruebas de las que intenten valerse, requiriendo al juzgado la citación de aquellas personas que no puedan hacer comparecer por sí mismas.

Respecto a la prueba existe una clara excepción a la práctica de prueba durante la vista; se trata tanto de las pruebas documentales que están en posesión de las partes antes de la misma, y en todo caso de las pruebas periciales de carácter personal que suelen practicarse en este tipo de procedimientos en los que se ventila la legalidad de una decisión administrativa en materia de protección de menores. Esta clase de pruebas deben practicarse necesariamente antes de la vista por la propia naturaleza de las mismas, y por no causar la efectiva indefensión de aquella parte que no las propone, y que de otro modo tendría conocimiento de ellas, en el propio acto de la vista.

Conforme al Art. 442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo relativo a la inasistencia de las partes a la vista; si el que no compareciere fuere el demandante, y el demandado no alegare interés legítimo en la continuación del proceso para que se dicte sentencia sobre el fondo, se le tendrá en el acto a aquel por desistido de la demanda, se le impondrán las costas causadas y se le condenará a indemnizar al demandado, si éste lo solicitare y acreditare los daños y perjuicios sufridos. En caso de no comparecer el demandado se le declarará en rebeldía, y sin volver a citarlo, continuará el juicio su curso.

El Borrador de Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación sobre Protección de la Infancia, proyecta una reforma en la Ley de Enjuiciamiento Civil que vendría a resolver un grave problema que habían expuesto reiteradamente las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales; nos estamos refiriendo a la acumulación de los procesos sobre impugnación de medidas de protección cuando tienen por objeto al mismo menor; de esta forma se añadiría un nuevo supuesto, el tercero, al apartado segundo del art. 76 de la LECivil, en cuya virtud cuando se trate de procesos de oposición de resoluciones administrativas relativas a la protección del mismo menor de edad y se sigan los trámites previstos por el art. 780 de la Ley procesal civil, siempre que no se hubiere iniciado la vista del juicio en ninguno de los procesos, la competencia

corresponderá en todo caso al juzgado que conociera del proceso incoado con anterioridad, al que se acumulará los que se promovieran posteriormente.

Correlativamente se añadiría un nuevo apartado quinto al art. 780 de la LECivil, para que, cuando el Ministerio Fiscal, las partes o el juez tuvieran conocimiento de más de un procedimiento de oposición de medidas sobre un mismo menor, se podrá por el tribunal bien a instancia de parte o bien de oficio, acordar la acumulación de los mismos a favor del juzgado que hubiere conocido del procedimiento mas antiguo. Además, no se suspenderá la vista que ya estuviera señalada, si fuera posible tramitar el segundo proceso dentro del plazo determinado por el señalamiento y, en otro caso, el señalamiento de la nueva vista deberá hacerse con carácter preferente. Contra el auto que deniegue la acumulación procesal caben los recursos de reposición y apelación, sin embargo contra el que acuerde la acumulación no se dará recurso alguno.

Por último, conforme al art. 525,1,1ª de la Ley procesal civil, las sentencias dictadas en los procesos sobre oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, no podrán ejecutarse provisionalmente.

## **6. VISTA DEL JUICIO Y RECURSOS**

La vista comenzará con una exposición que realizará el demandante de los fundamentos de su solicitud o ratificación de los expuestos en la demanda, si ésta se hubiere formulado conforme a lo previsto para el juicio ordinario; acto seguido, el demandado podrá formular las alegaciones que a su derecho convengan, comenzando en su caso por las cuestiones relativas a una posible acumulación de acciones que considerase improcedente, así como a cualquier otro hecho o circunstancia que pueda obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.

El demandado no podrá impugnar en este momento procesal la falta de jurisdicción o competencia del Tribunal, que hubo de proponer en forma de declinatoria, todo ello sin perjuicio de lo previsto sobre apreciación de oficio por el Tribunal de su falta de jurisdicción o competencia.

Una vez oídas las alegaciones del demandante, el Tribunal resolverá lo que proceda, y en caso de mandar proseguir el juicio, el demandado tendrá la posibilidad de solicitar que conste en acta su disconformidad, a los efectos de una posible apelación contra la sentencia que recaiga.

Tras las alegaciones anteriores, una vez resueltas las cuestiones planteadas por el Tribunal, se dará a las partes trámite para que fijen con claridad los hechos relevantes en que fundamentan sus pretensiones; si no hubiera conformidad entre las partes, se propondrán las pruebas de las que intenten valerse y una vez admitidas se practicarán acto seguido. En caso de discrepancia de alguna de las partes con la decisión del Tribunal sobre admisión o inadmisión de prueba obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, deberán formular la correspondiente protesta para hacer valer sus derechos en la segunda instancia.

Por último, una vez practicadas las pruebas, habida cuenta del carácter especial de este procedimiento en el que se ventilan intereses de menores, y por ello conlleva la



intervención del Ministerio Fiscal, se dará trámite de conclusiones para que cada una de las partes exponga al Tribunal la argumentación oral que considere procedente en apoyo de sus pretensiones. Concluidas estas alegaciones orales, el Tribunal dará por finalizada la vista, y dictará sentencia en el plazo de los diez días siguientes.

La sentencia dictada es recurrible en apelación, en un solo efecto, ante la Audiencia Provincial, y contra la sentencia de que dicte la Audiencia en apelación cabe a su vez la interposición del recurso de casación ante el Tribunal Supremo en los supuestos previstos por la Ley de Enjuiciamiento Civil.