

SUPERVISION DE LA ACTIVIDAD PROTECTORA DE LA ADMINISTRACION

Benito Soriano Ibáñez

Fiscal Delegado de Menores y de Civil de la Fiscalía de Teruel

I. INTRODUCCION

II. ACTIVIDAD PROTECTORA DE LA ADMINISTRACION

1. Evolución de la función de protección
2. Naturaleza de dicha función
3. Contenido de la actividad protectora
4. El control judicial

III. ACTIVIDAD SUPERVISORA DEL MINISTERIO FISCAL

1. Introducción

2. Expedientes de protección para verificación de riesgo
 1. Impulso de la actividad protectora
 2. Riesgo grave. Medidas del art. 158 CC.
 3. Guarda de hecho
 4. guarda administrativa o voluntaria

3. Expedientes de protección de menores tutelados
 1. El desamparo
 2. Acogimientos
 3. Seguimiento de la actuación administrativa ulterior a la declaración de desamparo. Extinción de la tutela.

4. Inspección de Centros de protección. Centros para menores con trastornos de conducta.

IV. ACTUACION PROCESAL DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN

*Vuestros hijos no son vuestros hijos. Son los hijos
y las hijas del anhelo de la Vida, ansiosa por
perpetuarse. Por medio de vosotros se conciben,
mas no son de vosotros. Y aunque estén a vuestro
lado, no os pertenecen.*

Kalhil Gibran. El profeta.

INTRODUCCION

La Constitución española de 1978 dedica su art. 39 a la protección de la familia, recogiendo expresamente la “protección integral de los hijos” quienes gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Asimismo, el art. 124 configura al Ministerio Fiscal como el órgano que constitucionalmente tiene asignada la misión de ser garante de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.

Aunque las menciones al Ministerio Fiscal en el C.Civil en materias relativas a la patria potestad y tutela eran frecuentes, la intervención del Ministerio Fiscal en lo que concierne a la protección administrativa de los menores, no se plasmó en una Circular hasta 1984 donde se establecía la obligación del mismo de intervenir en el entonces vigente procedimiento de protección recogido en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948. Recientemente, la Instrucción 3/2008 de 30 de julio de la FGE relativa a “el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores” y mas concretamente la 1/2009 de 27 de marzo sobre “la organización de los servicios de protección de las secciones de menores” recogen expresamente estas funciones al integrarlas dentro del ámbito de actuación de las Secciones de menores. Así también el apartado tercero del art. 20 del EOMF atribuye competencias al Fiscal de Sala Coordinador de Menores tanto en el área de reforma como en el de protección.

El art. 174.1 del Código Civil encomienda al Ministerio Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, y el art. 3.7 de su Estatuto orgánico recoge como una de sus funciones la de asumir, o en su caso promover la representación y defensa en juicio o fuera de él de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismo, así como promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos.

Por último podríamos hacer referencia a la Ley orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, donde se concreta esta intervención del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, yendo más allá al crear una especie de acción civil pública para la defensa de los derechos de los menores.

Siendo el objeto de nuestra ponencia analizar la supervisión de la actividad protectora de la administración a cargo del Ministerio Fiscal, dividiremos nuestro estudio en dos apartados, acercándonos en primer lugar a la actividad protectora de la administración y analizando después la función de supervisión del Ministerio Fiscal en los expedientes de protección para verificación de riesgo y de menores tutelados, con especial atención a la inspección de centros de protección y centros para menores con trastornos de conducta. Dejamos fuera de la misma la actuación procesal del Ministerio Fiscal que será tratada por otro compañero.

ACTIVIDAD PROTECTORA DE LA ADMINISTRACION

1. EVOLUCION DE LA FUNCION DE PROTECCIÓN

La preocupación por la infancia abandonada se constata ya en la antigüedad; a Trajano se debe la creación de un asilo para expósitos llamados “niños alimentarios” aunque las primeras medidas legislativas se plasmarían en el Fuero Juzgo y las Partidas de Alfonso X el Sabio.

En la edad media podemos encontrar la figura del padre de huérfanos, como cargo establecido en nuestro país a la vista de las noticias que existen en libros de concejos y bienes de propios, v. gr. en Andalucía, se hace repetidas veces mención en documentos del siglo XVI a la venta del oficio de padre de menores.

En los siglos XV y XVI se crean importantes centros, el albergue para niños inocentes en Valencia en 1409 y la primera Casa de Huérfanos, el Hospital de la Piedra de Toledo en 1504 y entre 1567 y 1572 la Inclusa de Madrid.

Durante los siglos XVII y XVIII asistimos a una creciente preocupación por la educación de los niños expósitos o quizás más bien a la preocupación de encontrarles una utilidad social, como demuestra la normativa dada por Felipe IV encaminada a enseñar a estos pequeños oficios, al propio tiempo que les impiden el acceso a los estudios con la finalidad de hacer de ellos vasallos útiles.

A Carlos IV debemos un especial interés por la puesta en práctica de las normativas anteriores y una expresa preocupación por la vigilancia y buen funcionamiento de las “Casas de recogimientos de niños desamparados” que creara Carlos III con cargo a los fondos del “Fondo Pío Beneficial”, auxiliado por las llamadas “Juntas de Señoras” se empieza a perfilar en nuestro país una acción social conjuntada encaminada a encontrar solución al grave problema de la marginación haciendo esfuerzos por legitimar la persona del expósito a efectos civiles y legales.

En la mayoría de las ocasiones estas iniciativas tenían más preocupación por no ofrecer una imagen social denigrante que una auténtica inquietud por el problema al tratarse de una cuestión socialmente molesta y espinosa.

A nivel internacional hay que remontarse a bien entrado el siglo XX para encontrar una tímida legislación protectora de la infancia, destacando la Declaración de Derechos del niño de 1924 y 1959 que culminó con la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 ratificado por España el 30 de noviembre de 1996

La ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 en su art. 9.3 les atribuía competencias relativas a la protección jurídica de los menores de 16 años contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda o educación, calificando las resoluciones en esta materia como esencialmente preventivas¹, resolviendo, sin contradicción y en

¹ El art. 13 de la mencionada ley establecía “*la facultad de suspender el derecho a la guarda y educación de los menores de dieciséis años y la acción tutelar sobre las personas de los menores protegidos con dicha suspensión, quedarán exclusivamente*

pocos casos oídos los informes técnicos, las medidas protectoras a aplicar teniendo un papel relevante las Juntas de Protección de Menores e instituciones de beneficencia.

La reforma de 1970 introdujo en nuestro código el concepto de abandono y a pesar de las diferencias conceptuales con el actual desamparo, la raíz última de ambas expresiones era la protección a la infancia, y tal como exigía el antiguo art. 174 in fine C. Civil, dicha situación de abandono debía ser apreciada y declarada por el Juez.

La Constitución recogió la atribución de nuevas competencias a la Administración pública y estableció para los menores un tratamiento jurídico diferenciado respecto al mundo de los mayores, encontrándose pendiente una importante revisión legislativa que debía orientarse en dos frentes: la asunción del carácter público de la protección de menores y el reconocimiento del menor como sujeto titular de unos concretos derechos personales esgrimibles frente al abuso, exceso, abandono ó ejercicio inadecuado por parte de sus padres, frente a la administración pública y frente a la sociedad en general.

Las reformas operadas por las Leyes 13/1983 de 24 de octubre de reforma del Código Civil en materia de tutela y 21/1987 de 11 de noviembre por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de adopción, suponen un primer paso para adecuar nuestro derecho material interno a los principios constitucionales. Concretamente la Ley de 1987 supuso un paso de una concepción privada y familiar de la tutela a otra más directamente presidida por el signo de lo social, la llamada tutela de autoridad, encomendada a un organismo de carácter público. La protección de los menores no incumbe exclusivamente a la familia sino a toda la sociedad y pese a mantener ésta tutela dentro del título VII del libro I del C.C.Civil relativo a las relaciones paterno-filiales, tiene como único objetivo valorar la situación del menor, al sustituir el término abandono, que hacía clara referencia a los que debían custodiarlo por el de desamparo que se desentiende del guardador y atiende al menor que sufre la situación. Por otro lado desplaza el control judicial de la declaración de la situación de desamparo a un momento posterior debiendo éste ser demandado por el Fiscal o los padres.

Hubo que esperar casi 10 años para que el legislador, en una ley de ámbito nacional, solucionara “*las lagunas*” y diera respuesta a “*las nuevas necesidades y demandas en la sociedad*”. La LOPJM² parte del reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos recogiendo en su título I un verdadero “estatuto del menor”, atribuyendo al Fiscal una especie de “acción civil pública” para su defensa. En su capítulo segundo es donde se recogen los principios rectores de la actuación administrativa constituyendo a los poderes públicos en promotores y garantes de los derechos reconocidos al menor; por otro lado precisa el contenido de las actuaciones protectoras de la administración en situaciones de desprotección social del menor incluyendo importante modificaciones en la regulación anterior.

encomendadas a la competencia de los Tribunales de Menores, sin perjuicio de las demás facultades que, en el orden civil, puedan corresponder a los Tribunales ordinarios a tenor de lo dispuesto en el art. 171 del Código Civil”.

² Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

La realidad es que las CCAA asumieron en sus Estatutos las competencias relativas a la protección de menores con base en el art. 148.1.20 de la C.E dentro de lo que se denomina “asistencia social” y han dictado numerosas disposiciones regulando minuciosamente la misión encomendada y con base en la mentada LOPJM.

2. NATURALEZA

Una pregunta que podríamos hacerlos es la relativa a la naturaleza pública o privada de la función encomendada a las entidades públicas. De la respuesta dependerían los medios de supervisión y control de su actuación.

El legislador en el año 1987 con la modificación del art. 172 del C.Civil optó por utilizar una norma de derecho privado para atribuir la protección de los menores a las entidades públicas y en su apartado 6 fijó la competencia de la jurisdicción civil para resolver los recursos contra sus resoluciones. Esta opción de incluir una materia propiamente privada dentro de un ámbito de Derecho público, era la consecuencia de primar el resultado sobre la actividad propiamente desarrollada por la Administración. Cabía la posibilidad de haber integrado la función en Leyes administrativas y residenciar la solución de los conflictos en los Juzgados de lo contencioso administrativo, pero el plus que supone el ámbito personalísimo del Derecho de familia pesó para la adopción de esa decisión. No faltaron autores críticos que sostenían la inconstitucionalidad de la reforma del 87 por entender que el legislador había administrativizado instituciones propias del Derecho Civil³.

La doctrina ha estudiado esta nueva función de los poderes públicos:

Autores como B. VARGAS CABRERA⁴ hablan de un doble régimen jurídico. “La administración en lo que se refiere a organización de medios para atender las necesidades del menor está bajo la esfera del Derecho Administrativo, pero en cuanto inicia actividades de investigación y tratamiento de supuestos de desamparo con significación jurídica, se encuentra sometida al derecho civil sin ostentar una posición de preeminencia ni facultades exorbitantes”. F.J. ARELLANO⁵ sostiene que las resoluciones y procedimientos previos de la Administración, es decir los presupuestos, están sometidos al derecho administrativo pero el producto de esa actividad, las consecuencias jurídicas, lo están al Derecho Civil.

Los partidarios de ésta última opinión no niegan que el resultado de la actividad administrativa esté sometido al derecho privado y por tanto sea recurrible ante los tribunales civiles, pero dicen que no puede obviarse que la Administración cuando actúa una función social en virtud de la atribución legal de una potestad administrativa, en modo alguno está actuando como lo haría un particular. El principio rector de toda

³ FERNANDEZ ALVAREZ, La tutela administrativa de los menores en situación de desamparo y su incidencia sobre la facultad protectora de los Tribunales Tutelares de menores, RDG, 1989, núm.535

⁴ B. VARGAS CABRERA, La protección de los menores en el ordenamiento jurídico, Editorial Comares, pag. 5

⁵ F.J. ARELLANO, interacción entre el Derecho Público y el Derecho Privado en las fases previas al expediente judicial de adopción, RCDI núm. 612

actuación administrativa es el de legalidad por imperativo del art. 103 de la C.E., no el de autonomía de la voluntad.

3. CONTENIDO DE LA ACTIVIDAD PROTECTORA

La LOPJM presta poca atención a la función de prevención de situaciones de desprotección social (la menciona de pasada en el art. 12); las legislaciones autonómicas sí que dedican una atención especial a la prevención, pero no vamos a detenernos en la misma, no por que no tenga importancia, que la consideramos de trascendencia desde un punto de vista de servicio y para evitar las situaciones de desprotección, sino por no ser el objeto de nuestro trabajo.

Esta ley en su Título II regula las actuaciones de la administración respecto a menores en situación de desprotección social y atribuye a los poderes públicos la *función de velar para que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades*; ésta protección de los menores se realizará *mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, el ejercicio de la guarda y la asunción de la tutela en situaciones de desamparo*.

Vemos como la LOPJM a la situación de desamparo, ya recogida en el Código Civil, añade la situación de riesgo en su art. 12 sin entender porque no se incluyó en dicho código cuando se modificó por la propia ley, refiriéndose también a la obligación de las autoridades y servicios públicos de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, art. 14. Por tanto la función de protección encomendada a los poderes públicos puede realizarse:

- A través de la atención inmediata: La desjudicialización del sistema de protección de la infancia operada por la Ley de 1987 tiende a agilizar la respuesta protectora, descartando la intervención previa del Juez o Fiscal, inadecuado y perturbador, cuando la necesidad y la urgencia comprometen la actuación inmediata de las autoridades implicadas. La Administración actúa propia *auctoritas*, no precisando por tanto autorización del Juez o del Fiscal para el ingreso provisional en un centro de acogida de menores, si bien cualquier intervención deberá de ponerse en conocimiento del Fiscal, quien luego valorará si el menor se encuentra o no en situación de riesgo o desamparo.
- Mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo “de cualquier índole”. En el art. 17 de la mencionada ley queda definida por un requisito positivo, *que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor* y otro negativo *no requieran la asunción de tutela*. La actuación consiste en disminuir los factores de riesgo y dificultad social y promover los factores de protección del menor y su familia.⁶
- La asunción de la tutela en situación de desamparo. Queda claro a la vista del art. 172.6 que se declara por la entidad pública y según el 172.1, da lugar a la tutela a favor de dicha entidad sin necesidad de constitución judicial, produciéndose la suspensión de la patria

⁶ El art. 56 de la LIA, nota 12, define la situación de riesgo y el 57 recoge las actuaciones ante dicha situación.

potestad. Más problemas puede darnos el concepto del mismo, que examinaremos a la hora de valorar su control.
La tutela se ejercerá mediante la guarda del menor.

Por otro lado se recoge la figura de la guarda, art. 172.3; la guarda a favor de las entidades públicas puede *tener lugar*:

- Por solicitud de los padres, realizando el correspondiente documento.
- Por resolución judicial en cualquier procedimiento
- Como función de la tutela

Y *se realizará* mediante:

- acogimiento familiar (en familia ajena o en familia extensa). El art. 173 bis distingue entre acogimiento familiar simple, permanente y preadoptivo
- acogimiento residencial

El acogimiento puede constituirse por la propia entidad pública ó en caso de que los padres o el tutor no consientan o se opongan al mismo, sólo podrá ser acordado por el Juez en interés del menor.

La legislación autonómica fija un procedimiento para la adopción de las medidas expuestas, sin perder de vista la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común⁷, donde se presta especial atención al trámite de audiencia de los menores y de los padres y al informe del equipo interdisciplinar.

Uno de los problemas que pueden plantearse es el de la legislación aplicable ya que los destinatarios de las medidas protectoras pueden ser personas de distintas nacionalidades, debiendo de estarse al art. 9 del C.Civil, cuyo apartado 6, último párrafo, dispone que será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español.

4. EL CONTROL JUDICIAL

Analizada anteriormente la evolución histórica de la función protectora de menores, debemos de afirmar que la discusión entre los partidarios y los opuestos a la intervención pública en el seno de las familias hoy se ha superado, habiendo sido la propia sociedad, alarmada por los peligros de la infancia, quien demandaba dicha intervención. Hoy a la vista del art. 1 de la C.E., que constituye a España en un estado social y democrático de derecho y el art. 39 que impone a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos, es a los poderes públicos a quien corresponde colaborar con la familia, supliéndola, cuando no existe y completándola, cuando es insuficiente.

No obstante se sigue criticando la ausencia de un control judicial en esa fase inicial que conlleva importantes intromisiones por parte de los poderes públicos en el ámbito de la familia pudiendo llegar a la separación de los hijos y suspensión de la patria potestad. ¿Podría haberse establecido una situación intermedia donde se atribuyera a la administración la tutela pero con la previa declaración de desamparo por

⁷ LRJAPAC, Ley 30/1992 de 26 de noviembre.

el Juez o su posterior ratificación en caso de urgencia a semejanza del art. 211 del C.Civil? Resulta llamativo que el art. 211 C.Civil, exija para el internamiento por razón de trastorno psíquico de personas, aunque estén sometidas a la patria potestad, la autorización judicial y en caso de razones de urgencia podrá ser posterior al internamiento y en el caso de que el internamiento sea por razones de incumplimiento de deberes inherentes a la patria potestad no se recoja esa intervención judicial.

Como hemos visto en la *reforma de 1970* la situación de abandono debía ser apreciada y declarada por el Juez, e incluso la *ley 13/1983 de 24 de octubre*, al modificar la regulación de la tutela, potenció la intervención de los Jueces en la institución tutelar⁸, en palabras de ALBALADEJO⁹: “*hoy corresponde principalmente al Juez no solo las facultades que le otorgaba la legislación anterior sino todas las que ésta confería al desaparecido consejo de familia y aún más omnímodamente de cuanto las confería el derecho derogado*”

Frente a ello, la *ley 21/1987*, excluye la intervención judicial. Como señala RUIZ RICO RUIZ¹⁰ “con el art. 172 se procede a la introducción de un tipo especial de tutela de corte no judicialista, instaurando un sistema en donde retrocede sustancialmente la presencia garante de la autoridad judicial, a favor de una relativa omnipresencia de los entes administrativos, con los peligros que ello suele conllevar”.

No debemos de olvidar que en la declaración de desamparo es donde reside la clave de todo el sistema introducido por la ley de 1987, desamparo que en palabras de MANUEL IGNACIO FELIU REY¹¹, se trata de una expresión que por ser requisito previo para constituirse la tutela que tratamos y justamente por no ser un fenómeno de la naturaleza, sino un acaecer definido por circunstancias sociales y humanas, resulta ser un concepto jurídico indeterminado que tiene que ser declarado formalmente después de una valoración fáctica tratándose de una cuestión de seguridad jurídica que afecta tanto al menor como a las personas que ostentan la patria potestad o el derecho de guarda o representación legal por ausencia de aquélla.

La no admisión de una intervención judicial en la declaración de la situación desamparo podría dar lugar a un fraude legal, consistente en la aplicación del supuesto previsto en el art. 172, con la consecuencia de suspensión de la patria potestad, inaplicando el art. 170 que exige resolución judicial y ello debido a la evidente incompatibilidad institucional existente entre la tutela y la patria potestad. Pero a la vez si se acuerda el internamiento del menor caeríamos en una contradicción con el mentado art. 211 del C.Civil.

La doctrina al respecto no es pacífica:

⁸ El art. 222 C.Civil, recoge como supuestos que dan lugar a la tutela hechos objetivos y ausentes de valoración alguna en los números uno y tres, y cuando es necesaria una valoración atribuye esa competencia al Juez, supuesto segundo, exigiendo la previa declaración de incapacidad.

⁹ ALBALADEJO, Curso de Derecho Civil IV, Derecho de familia 8.ª ed., Bosch, Barcelona 1997, pg. 308

¹⁰ RUIZ-RICO RUIZ, “La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores”, Actualidad Civil, 1988, núm.2, p. 60

¹¹ MANUEL IGNACIO FELIU REY, Comentarios a la Ley de adopción, ed. Tecnos, pag. 34

- Para JOSE LORCA¹², el desamparo es una situación de hecho que no exige una previa declaración judicial, es una situación límite en la que se halla el menor que exige un mecanismo de protección automático

- Para MANUEL IGNACIO FELIU REY, la falta de previsión del control judicial no deja de ser un olvido del legislador, y que en cierta forma se salvaba en el proyecto de la Ley 21/1987 donde el art. 174.1 establecía una vigilancia judicial de las tutelas reguladas en el art. 172, control que tendría su primera expresión en la declaración de la situación de desamparo; a nuestro entender no existió tal olvido ya que podría haberse salvado en las posteriores reformas y no se ha hecho, y baste con examinar las discusiones parlamentarias donde surge una rigidez casi obsesiva del Grupo mayoritario en el Congreso de atribuir la tutela automática a las entidades públicas con la consiguiente carga desjudicializadora como fin primario de la protección de los menores, constituyendo núcleo central o al menos aspecto importantísimo de la reforma.

- Otros han hablado de que puede existir indefensión en cuanto que el art. 172.1 no contempla trámite alguno de audiencia a los padres, pero en mi opinión no existiría tal indefensión pues este trámite si que se recoge en la regulación de las CCAA así como las leyes de procedimiento administrativo que regulan esta fase de declaración del desamparo

- Para FERNANDEZ ALVAREZ¹³ resulta inadmisibles prescindir del control judicial porque iría en contra del derecho a obtener la tutela de los jueces y tribunales, art. 24.1 CE pues constituye un grave ataque a la familia y a la protección que constitucionalmente se le otorga. (art. 39 C.E.)

Conocidas las consecuencias que conlleva la declaración de desamparo, consideramos que se podría haber establecido un sistema de protección con intervención de los poderes públicos pero sin olvidar el control judicial, donde ó bien la declaración de desamparo ó la constitución de la tutela fueran declaradas por un Juez a través de un procedimiento rápido, sin obviar la necesidad de intervención inmediata en determinados supuestos donde habría que solicitarse la ratificación judicial posterior.

No obstante, la carencia actual de control judicial, viene salvada por las importantes funciones que el art. 174 atribuyó al Fiscal, quien ejerciendo la superior vigilancia de la actuación administrativa, es quien puede demandar el control judicial de dicha actuación. Así mismo debemos de reconocer que la regulación actual es un sistema más práctico, que responde a la concepción intervencionista de los poderes públicos dentro de instituciones privadas y que resulta eficaz dadas las particularidades y exorbitancias propias del particular régimen jurídico de la administración suponiendo un instrumento más de protección de los menores que actué allí donde las medidas estrictamente civiles se muestran insuficientes y lentas.

¹² JOSE LORCA MARTINEZ, Funciones del Fiscal en relación con el enjuiciamiento, protección y defensa de los menores.

¹³ FERNANDEZ ALVAREZ, Luis, La tutela administrativa de los menores en situación de desamparo y su incidencia sobre la facultad protectora de los Tribunales Tutelares de Menores, Revista General de Derecho, abril 1989.

ACTIVIDAD SUPERVISORA DEL MINISTERIO FISCAL

1. INTRODUCCION

El importante poder atribuido a las entidades públicas, interviniendo dentro de un ámbito tan privado como lo es la familia y con implicaciones trascendentales en personas en periodo de formación como son los menores, las consecuencias en ocasiones irreparables de dicha intervención y la ausencia de control judicial hicieron preciso el establecimiento de algún sistema de contrapeso a dicho poder, estableciéndose a través de la figura del Ministerio Fiscal que ya tenía atribuidas las funciones de defender la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley en el art. 124 de la Constitución, y que por su organización, con principios como el de unidad y dependencia jerárquica y su presencia en todos los ámbitos del ordenamiento Jurídico, puede dar una respuesta satisfactoria a la misión encomendada.

El Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, modificado por Ley 24/2007 de 9 de octubre, en sus arts. 1, 3.6 y 7, 4.2 y 4.5 párrafo segundo y 5, posibilita esta función de control sobre los poderes públicos tanto con su intervención en los procesos civiles, mediante requerimientos, visitas e inspección de centros como con la incoación de diligencias preprocesales.

Es el art. 174 del Código Civil el que de forma expresa dice “ *incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta Sección*”, aunque hubiera sido más precisa la referencia a la superior vigilancia de la actuación protectora de la administración y no sólo de la tutela, acogimiento o guarda, si bien completando el precepto con el resto de referencias al Ministerio Fiscal, (arts. 172 y ss C. Civil y 18, 21, y 23 de la LOPJM), podemos concluir que dicha vigilancia se extiende a toda la actividad de las entidades públicas en ésta materia. También el art. 232 C.Civil, dentro de las disposiciones generales de la tutela se refiere a ello al establecer que “ *La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado. En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela*”

Fue la LOPJM, la que, además de dar nuevo contenido al art. 174.2 (Disposición final octava), en su Disposición final vigésima atribuyó al Ministerio Fiscal la función de *velar para que incoado un procedimiento sobre reclamación frente a las resoluciones de las entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o guarda, se resuelvan en el mismo expediente todas las acciones e incidencias que afecten a un mismo menor. A tal efecto, promoverá ante los órganos jurisdiccionales las actuaciones oportunas previstas en la legislación procesal, atribución que complementa la labor anteriormente expuesta.*

Las legislaciones autonómicas también recogen esta función como el art.53 de la LIA ó el 93 del Reglamento de medidas de protección jurídica del menor, de la

Comunidad Valenciana¹⁴ que tiene como rúbrica “de la vigilancia del Ministerio Fiscal”.

La Circular 8/2011 FGE al respecto dice: *“la singularidad funcional de la intervención del Fiscal en el ámbito de protección de menores radica en que se le encomienda una relevante función extraprocesal, la de superior vigilante de la actividad de las Entidades de Protección, extra muros de su ámbito natural de actuación –la promoción de la acción de la justicia ante los Tribunales–, y que tal función de supervisión excede del puro control de legalidad de la actuación de la Administración, con obligación de comprobación semestral de la situación del menor (arts. 174.1 y 232.1 C.C.) sin que ello suponga invadir las competencias de las Entidades Públicas de Protección ni llegar a suplantarlas. La especial posición del Ministerio Fiscal en el ámbito de menores exige un delicado ejercicio de equilibrio en el desempeño de sus funciones”*.

En cuanto a la forma de llevar a cabo esta función, la Instrucción FGE 1/2009 establecía que las diligencias preprocesales del art. 5 EOMF servían como soporte procedimental de los expedientes de protección en los que se supervisan las medidas adoptadas por las Entidades Públicas de Protección de Menores que, si bien normalmente no desembocan en actuaciones procesales, potencialmente puede predicárseles tal carácter preprocesal, añadiéndose que en este tipo de diligencias concurren una serie de singularidades que las separan del régimen común de las diligencias de investigación y, coherentemente su tratamiento debe ser distinto, tanto en aspectos adjetivos (denominación, registro y numeración) como en aspectos materiales, básicamente en cuanto a que deben por su propia naturaleza extraprocesal relajarse los principios de contradicción y defensa, no quedando sometidas al plazo máximo de duración de seis meses y por tanto a la solicitud de prórroga al Fiscal General del Estado. Los dictámenes e informes que se emitan observarán escrupulosamente las obligaciones contenidas en la Instrucción 1/2005 de 27 de enero sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal cumpliendo con las exigencias de motivación pulcritud, claridad e inteligibilidad y debiendo quedar identificado nominalmente el Fiscal interviniente, no siendo necesario, como regla general, el visado de los mismos.

A través de la regulación de las Diligencias Preprocesales se dará cauce:

- 1) a los expedientes de protección de menores tutelados
- 2) a los expedientes de protección de menores bajo medida de guarda
- 3) a los expedientes de protección en investigación, para verificación de situaciones de riesgo.

No obstante esta previsión genérica, la Instrucción exige llevar en las Fiscalías un total de 15 registros en soporte informático en relación a toda la materia de protección.

El art. 23 LOPJM mencionaba la necesidad de tener en las Fiscalías un “índice de tutelas” que contendrá el listado de todos los menores que en la respectiva provincia se encuentran bajo la tutela de la Comunidad Autónoma, siendo la primera comunicación en la que la Entidad Pública pone en conocimiento del Fiscal la asunción de la tutela sobre un menor la que de lugar a la práctica del correspondiente asiento en dicho índice, siendo cancelado cuando el expediente se archive conforme a Derecho.

La mencionada Instrucción 1/2009 a los efectos del desempeño de la función supervisora del Ministerio Fiscal, también trataba de la coordinación con estamentos

¹⁴ Ley de la Comunidad de Valencia 2001/190 o el Decreto 93/2001 de 22 de mayo.

administrativos a través de reuniones y contactos periódicos así como de la creación de un servicio de atención al ciudadano en cada Sección, donde las visitas que se reciban deberán de ser anotadas en el registro informático específico.

Esta función encomendada al Ministerio Fiscal en el ámbito que nos ocupa puede resumirse en tres campos: funciones de impulso de la actividad protectora, funciones de valoración de la medida acordada y función de seguimiento de la evolución que dio lugar a la medida protectora. En éste trabajo vamos a centrarnos en la función de supervisión de expedientes de protección de menores tutelados.

2. EXPEDIENTES DE PROTECCION DE MENORES TUTELADOS

2.1 El Desamparo

El expediente de protección de menor tutelado se abre con la notificación de la declaración de desamparo por parte de la entidad pública y la consiguiente tutela del menor, debiendo de anotarse en el libro de tutelas. En ocasiones es posible que ya tengamos expediente de protección abierto por tutela anterior o por seguimiento de situación de riesgo u otras circunstancias. Dependerá de la organización de cada Fiscalía el abrir nuevo expediente o transformar el existente o reabrirlo. Dicha resolución también se notifica a los padres del menor en un plazo de 48 horas, debiendo de estar motivada.

Sea como fuere, vemos que la resolución administrativa determinante es la declaración de desamparo de la que nos ocuparemos al analizar el control de fondo de la resolución.

Respecto a la resolución donde se declare el desamparo de un MENA, deberá de recoger el momento en que el menor fue puesto a su disposición, ya que es el que fija su residencia regular y el inicio del cómputo del plazo de 9 meses para la concesión de la autorización de residencia provisional.

En todos los supuestos las resoluciones contendrán la modalidad de acogimiento acordada.

En nuestro ordenamiento, al no precisar la declaración de desamparo y consiguiente tutela legal una resolución judicial, no tendría acceso al Registro Civil a tenor del art. 218 LRC, ya que sólo tienen acceso las resoluciones judiciales sobre cargos tutelares y de curatela, si bien no puede olvidarse el art. 46 de LRC y art. 180 de su Reglamento, que obligan a anotar al margen de la inscripción de nacimiento “cuantos hechos afectan a la patria potestad”, no existiendo duda de que la suspensión de la misma, consecuencia de la tutela legal, le afecta de forma directa.

Por tanto, recibida la resolución el Fiscal debe de realizar un control de fondo y un control de la tramitación que dio lugar a dicha resolución.

En cuanto al control de fondo, en primer lugar debemos de tener presente que el desamparo supone una importante ingerencia en la familia, ya que conlleva la suspensión de la patria potestad y la tutela automática a favor de la administración. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es especialmente celoso en la

protección de las relaciones familiares. Parte de que el disfrute mutuo de la compañía entre padre e hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar en el que se incluye el derecho del niño a no ser separado de los padres, tal como se consagra en el art. 9 CDN y 8 CEDH (Ss TEDH de 28 de febrero de 1994, caso *Boyle contra Reino Unido*, 1 de diciembre de 2009, caso *Eberhard y M contra Eslovenia*), pero también reconoce a las autoridades nacionales un amplio margen de apreciación en la decisión (STEDH de 14 de enero de 2003, caso *KA contra Finlandia*). De este modo, cualquier interferencia en la vida familiar constituirá una violación del art. 8 salvo que conforme a la Ley, persiga un objetivo u objetivos que sean legítimos y puedan ser considerados como necesarios en una sociedad democrática (Ss TEDH de 10 de octubre de 2008, caso *Glesmann contra Alemania* y 8 de junio de 2010), siendo tres los requisitos: La cobertura legal, el fin legítimo (proteger los derechos y libertades de los menores) y la necesidad en una sociedad democrática (recursos públicos suficientes, proporcionalidad, razones relevantes y suficientes y un proceso en la toma de decisión justo).

El Código Civil en su art. 172 nos da una definición auténtica de la situación de desamparo¹⁵ si bien la legislación autonómica, v. gr. Art. 59.2 LIA, afina más el concepto señalando un elenco de circunstancias de las que se deduce dicha situación, pero no resulta sencillo establecer parámetros de comparación, ó decidimos por una visión más objetiva o subjetiva de las circunstancias concurrentes.

Asimismo, no debemos olvidar que la potestad administrativa de declaración del desamparo, no es una actuación reglada, permitiéndose un amplio grado de discrecionalidad dado que el principio rector es el superior interés del menor. CARMEN CARRETERO¹⁶, extrae del derecho público una serie de criterios que van a permitir el control de legalidad de ésta actuación, los resume en:

- control por los hechos determinantes; si los hechos determinantes eran reales y probados o eran meras suposiciones.
- Control sobre la valoración en conexión con el dictado de la norma, si tenían virtualidad suficiente para dar lugar a esa resolución
- Aplicación de los principios generales del derecho, principio del superior interés del menor y de reinserción del menor en su propia familia.
- Control de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, proscribiendo la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.2 C.E.)

En cuanto a la motivación de la resolución, el TEDH ha considerado que no es suficiente la mera referencia a la documentación obrante en el expediente o una vaga descripción de las consideraciones principales (STEDH de 13 de marzo de 2012, caso *Y.Z. contra el Reino Unido*).

Los mayores problemas en la valoración de la situación se dan en casos de urgencia donde se acuerda un desamparo cautelar que aunque produce los mismos efectos debe ser confirmado al final del procedimiento principal.

¹⁵ “Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”

¹⁶ CARMEN CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Los derechos de los niños y las actuaciones administrativas protectoras.

Además de valorar si realmente se da la necesidad de intervenir y no sería más conveniente la adopción de otra medida habrá que revisar si durante su tramitación se observaron las garantías para con el menor y su familia y se practicaron los trámites exigidos legalmente, al estar sometida la administración al principio de legalidad. (debemos de resaltar la necesidad de la audiencia del menor, tal como recogen en general los arts. 9 LOPJM y 13 LIA con obligación de notificar al Fiscal la denegación de la audiencia y en particular el art. 52 LIA relativo a la junta de parientes). Las legislaciones de las diferentes Comunidades Autónomas establecen un procedimiento para la declaración, semejante al procedimiento sancionador, donde existen las fases de incoación, instrucción y resolución debiendo constar el informe de un equipo interdisciplinar.

Podríamos plantearnos si las posibles infracciones de las normas que regulan el procedimiento administrativo, arts. 68 y ss. ley 30/1992¹⁷, deben de ser recurridas a través de los recursos administrativos o serán puestas de manifiesto en el procedimiento establecido en el art. 780 LEC. (A este respecto nos remitimos a lo analizado en el apartado destinado a la naturaleza de la función protectora). Parece más acertado optar por esta última opción¹⁸, pero podrían darse supuestos de irregularidades en la tramitación donde no merecería la pena acudir a la vía judicial del 780 con los consiguientes trastornos y perjuicios siendo mejor instar su subsanación dentro de los cauces administrativos¹⁹, o donde estemos de acuerdo en el fondo, es decir con la declaración de desamparo, pero no en la forma, ya que en el procedimiento utilizado no es el legalmente establecido o se ha prescindido de alguno de sus trámites siendo en estos casos complicada la respuesta.

2.2 Acogimientos

El art. 172.3 C.Civil, establece que la asunción de la tutela por ministerio de la ley conllevará la guarda del menor, que se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. En supuestos de hermanos, deberá procurarse que la guarda se confíe a una misma institución o persona.

El acogimiento familiar se realiza por la persona o personas que determine la Entidad Pública, produciendo la plena participación del menor en la vida de familia e imponen a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Puede formalizarse de forma administrativa, sino existe oposición de los padres o tutor ya que en caso contrario sólo podrá ser declarado por el Juez a instancia de la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal, pudiendo acordarse en interés del menor un acogimiento familiar provisional por la entidad pública, que subsistirá hasta tanto que se produzca la resolución judicial.

¹⁷ Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, ley 30/1992 de 26 de noviembre

¹⁸ A favor de la primera LUIS MURILLO JASO, El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas, decimoterceros encuentros del Foro Aragonés., Teruel 2003.

¹⁹ El art. 107 de la ley 30/1992 respecto a los actos de trámite distingue entre los que deciden el fondo, impiden la continuación o crean indefensión, donde cabe recurso y el resto que alegados podrán ser tenidos en cuenta en la resolución final.

Este acogimiento familiar puede ser en familia extensa o en familia ajena y adoptar varias modalidades, art. 173. bis:

- Simple, tendrá carácter transitorio bien porque se prevea la reinserción en su propia familia, bien en tanto se adopte una medida de protección de carácter más estable.
- Permanente, atendiendo a la edad y circunstancias del menor y la familia y así lo informen los servicios de atención al menor. En éste caso la entidad pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores facultades de tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades.
- Preadoptivo, a formalizar cuando se eleve la propuesta de adopción, o se considere que con anterioridad fuera necesario establecer un periodo de adaptación del menor a la familia, periodo que deberá de ser lo más breve posible y no podrá exceder de un año.. Deberán de concurrir en la familia y el menor los requisitos necesarios para la adopción.

En los acogimientos familiares, al recibir el escrito de formalización revisaremos si contiene los extremos exigidos en el art. 173.2 C.Civil:

- Los consentimientos de, la entidad pública, las personas que reciban al menor y de éste si tuviera doce años cumplidos así como el de los padres no privados de la patria potestad o el tutor, salvo el acogimiento provisional.
- La modalidad de acogimiento y duración prevista, carácter profesionalizado u hogar funcional
- Los derechos y deberes de cada una de las partes, periodicidad de las visitas, cobertura de responsabilidades civiles y asunción de gastos.
- El contenido del seguimiento y compromiso de colaboración
- La compensación económica que en su caso vayan a percibir los acogedores
- Informe de los servicios de atención a menores

El documento o la resolución judicial donde se acuerde se incorporarán el expediente de Fiscalía para su seguimiento y control.

El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde se ha acogido al menor. En estos casos la LOPJM, teniendo en cuenta que es necesario que el menor tenga una experiencia de vida familiar, principalmente en la primera infancia, exige procurar que el menor permanezca internado durante el menor tiempo posible, salvo que convenga al interés del menor.

Al recibir la notificación del acogimiento residencial, se valorará si el resto de instrumentos de protección han resultado imposibles, o inadecuados y si el centro es el que responde a las necesidades del menor.

Los menores suelen ingresar en un centro de protección destinado a la acogida y observación mientras se realiza el estudio de su situación y las medidas adecuadas para su protección, pudiendo darse situaciones de especial vulnerabilidad, debiendo controlarse que transcurrido el plazo estrictamente necesario el menor sea trasladado a un centro adecuado a sus circunstancias y necesidades. Especial atención deberá de hacerse respecto a la presencia de menores para el cumplimiento de medidas impuestas en aplicación de la LORPM, debiendo promoverse las acciones pertinentes para la reubicación en el centro que corresponda.

Todos los servicios, hogares funcionales o centros dirigidos a menores, deberán estar autorizados y acreditados por la entidad pública. A los efectos de asegurar la protección de los derechos de los menores, la entidad pública competente en materia de protección de menores deberá realizar la inspección y supervisión de los centros y servicios semestralmente y siempre que así lo exijan las circunstancias.

Seguimiento de la actuación administrativa ulterior a la declaración de desamparo. Extinción de la tutela.

Adoptada la medida protectora, las entidades públicas deber seguir trabajando con la familia para en su caso alzar la intervención, lograr la reinserción en la misma o en el supuesto de no ser posible, buscar la mejor alternativa para el futuro del niño, debiendo el Fiscal estar atento a la posible inactividad de la administración.

La entidad pública viene obligada a notificar al Fiscal cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor, así como cualquier incidencia en las medidas acordadas. Además remitirá semestralmente un informe de seguimiento que contendrá datos precisos sobre la evolución del menor, lugar de residencia, estado en general, actividades que realiza y perspectivas de futuro sobre la posible modificación de su situación.

En los supuestos de menores extranjeros no acompañados, MENA, se realizarán las gestiones oportunas a los efectos del expediente de reagrupación familiar, documentándolo, y tramitando los oportunos permisos de residencia y trabajo, además de intentar su inserción educativa o laboral, a través de un proyecto socioeducativo buscando una alternativa al acogimiento residencial para caso de no reagrupación; éstas alternativas serían los acogimientos familiares con familias de la misma o distinta raza y religión. La Junta de Andalucía puso en marcha un plan de acogimiento de MENA con familias magrebíes residentes en la Comunidad. No podemos olvidar que nos encontramos ante menores con desarraigo, soledad, separados de sus familias, con diferente idioma, costumbres y angustiados frente a las soluciones que les afectan, siendo su aspiración independizarse económicamente, por lo que en caso de permanecer en centros precisan de alternativas en medio abierto, recursos sociales específicos con educadores de calle, centros de día específicos y albergues nocturnos²⁰.

El apartado 8 del art. 172 C.civil dice 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 en otra familia o si entiende que es lo más adecuado en interés del menor”* La doctrina general del TEDH a este respecto está sintetizada en la STEDH de 8 de junio de 2010, caso *Dolhamre contra Suecia*: *“La asunción de la custodia de un niño debiera normalmente ser considerada*

²⁰ En Madrid existen los programas MIVI, menores inmigrantes de vida independiente o en Cataluña se han firmado acuerdos de coordinación y compromiso para mejorar la respuesta interinstitucional al problema social de la inmigración de menores y jóvenes indocumentados en situación de alto riesgo social suscrito entre diversos organismos de la Generalitat de Cataluña, Delegación del gobierno, Fiscalía y representantes municipales.

como una medida temporal para dejarla sin efecto tan pronto como las circunstancias lo permitan... debiera ser coherente con el fin último de reunir a la familia natural con el niño". En la STEDH de 14 de enero de 2003 (caso *K.A contra Finlandia*), se exige a las autoridades examinar la situación periódicamente para comprobar si ha habido alguna mejoría en las circunstancias familiares.

Aunque se encuentre suspendida la patria potestad, la filiación no queda afectada y por tanto, los padres, salvo resolución contraria, tienen derecho a relacionarse con sus hijos menores (art. 160,161 y 173.2.3º, apartado a) C.Civil) y están obligados a velar por ellos y a prestarles alimentos (art. 110 CCivil). A este respecto el art. 9.3 de CDN, establece que "se respetará el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor". Las entidades públicas, quedan habilitadas para decidir sobre el régimen de visitas, sin perjuicio del preceptivo control judicial cuando los interesados ejerciten sus acciones de oposición y sin perjuicio de la intervención supervisora del Ministerio Fiscal.

A los efectos del cumplimiento de la superior vigilancia, durante esta fase:

- El Fiscal examinará las notificaciones e informes de seguimiento, interesando en su caso ampliación de los mismos o respuesta a cuestiones puntuales, bien por escrito o a través de teléfono o correo electrónico. En los casos de modificación de la medida, la modalidad de ejercicio etc, deberá de valorarse la resolución en los términos expuestos en el apartado anterior. En los supuestos de inactividad, impulsará el trabajo para con el menor y su familia. Consideramos que pueden ser de utilidad los equipos técnicos adscritos a la Fiscalía de menores para asesorar e informar al Fiscal sobre su actuación en éste campo.

- Además de la necesidad de una comunicación fluida con intercambio de información, sería conveniente establecer reuniones de trabajo cada dos o tres meses con la sección de recepción y con el coordinador de los equipos de trabajo o persona designada por la entidad pública.

- Los Fiscales podrán solicitar a las entidades públicas el acceso a los programas y bases de datos de la misma relativos a la protección de menores a los efectos de poder examinar en cada momento el estado del expediente de cada menor protegido (En nuestro caso tenemos autorizado el acceso al SIMA).

- En cumplimiento del art. 174 C. Civil y 21.4 LOPJM, se deberán visitar los centros que acogen menores, entrevistándose con ellos y el personal que trabaje allí, levantando acta de las incidencias recogidas así como del estado de las instalaciones. Se aprovechará para comprobar el proyecto socioeducativo de los menores y si el centro responde a sus características. Las visitas se recogerán en un libro de actas.

- El servicio ó turno de atención al ciudadano, puede seguir recibiendo información valiosa sobre los posibles cambios de circunstancias en la familia del menor. El art. 172.8 en relación con el 172.7 último párrafo, según redacción dada por la ley 54/07²¹, recoge expresamente la posibilidad de que los padres faciliten información al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo, pudiendo dar lugar a la solicitud por parte del Fiscal de la revocación de la declaración de desamparo en vía administrativa y posteriormente en vía judicial.

²¹ Ley de adopción internacional, ley 54/07 de 28 de diciembre

A la hora del ejercicio de la función de vigilancia de la tutela la pregunta que nos surge es si esta tutela a la que se refiere el art. 172, es la misma que la regulada en el Título X del Libro I del C.Civil (tutela ordinaria) y por tanto, son aplicables las disposiciones establecidas en sede de tutela de adultos. La pregunta podría parecer intrascendente pero no lo es tanto por la difícil aplicación de preceptos recogidos en la tutela ordinaria.

Las legislaciones de menores han venido reconociendo una especie de tutela distinta a la que tuvo su origen en el Derecho civil radicando la diferencia esencialmente en que ante la situación de abandono de los menores, se constituye un aparato tutelar de carácter más o menos transitorio o permanente, en razón a la temporal protección o antecedente abandono del menor, atribuyendo la doctrina a este tipo de tutela el carácter de instituciones de Derecho público.

Si analizamos los antecedentes de la actual regulación encontramos:

- Art. 212 del Código Civil en la versión introducida en la primera edición por transcripción literal del art. 178 del Proyecto de 1882 de los Libros I y II, donde se otorga la tutela de los menores acogidos en establecimientos benéficos a los jefes de las casas de expósitos²².
- La Orden de 1 de abril de 1937, regulaba el acogimiento familiar de los niños huérfanos o abandonados a consecuencia de los estragos producidos por la Guerra Civil y establecía en su art. 9 que la tutela de dichos niños será ejercida por las Juntas Locales de colocación Familiar²³
- La Ley 13/1983 de 24 de octubre, de reforma del código civil en materia de tutela, desplaza la regulación de la misma respecto de los menores acogidos en establecimientos públicos, pudiendo ser atribuida la tutela al Director del establecimiento²⁴.

El **artículo 222** del C.Civil actual al recoger los supuestos de tutela, en su número 4.º, menciona como uno más a, *“los menores que se hallen en situación de desamparo”*, y el **art. 239** al decir: *“la tutela de los menores desamparados corresponde por ley a la Entidad a que se refiere el artículo 172”*, vienen a demostrar que nuestro Legislador no considera que se trate de dos tipos de tutela sino que la tutela que asume la entidad pública de forma automática es la misma que se regula en los artículos 222 y siguientes de nuestro Código civil.

²² Art. 212 C.Civil “Los jefes de las casas de expósitos son los tutores de los acogidos y educados en ellas. La representación en juicio de aquellos funcionarios, en su calidad de tutores, estará a cargo del Ministerio Fiscal”

²³ Art. 9 “Siendo la colocación familiar una forma de ejercer el Estado la tutela de los niños abandonados, por analogía con el principio sustentado en el artículo 212 del Código civil para la de los niños recogidos en establecimientos benéficos, la tutela correspondiente a los acogidos a esta disposición se ejercerá por las Juntas Locales de Colocación Familiar, bajo la inspección de la Junta Provincial de Beneficencia y el Gobierno General del Estado, quienes investigarán en la forma que en cada caso crean más conveniente, cómo cumplen aquéllas su obligación tutelar. La representación en juicio de estos tutores estará a cargo del Ministerio Fiscal”

²⁴ Art. 239 “Si se tratase de un menor acogido en establecimiento público, la tutela podrá ser atribuida al Director del establecimiento”

La exposición de motivos de la ley 1/1996 también la considera como una vertiente de la tutela ordinaria al decir en su apartado *cuarto* “*la coexistencia de estas dos vertientes de la institución de la tutela demanda una armonía interna en el C.Civil.*”, y así se deduce de alguno de sus artículos como el 23.

En contra de esta asimilación, la DGRN en resolución de 22 de junio de 1996 declaró tajantemente que “la situación que se produce cuando una entidad pública asume las funciones de tutela respecto de un menor viene impuesta o predeterminada por una circunstancia de puro hecho, a la que la Administración tiene que hacer frente por virtud de las obligaciones que le impone la Constitución en cuanto a asegurar la protección social y económica de los menores. Tal situación de hecho, que exige por parte de los poderes públicos la previa apreciación de que tal desamparo ha tenido lugar, no puede ser asimilada a la tutela propiamente dicha. En efecto, esta situación de protección del menor desamparado es radicalmente distinta a la que surge como consecuencia de un acto expreso de constitución, como es la resolución judicial, que habrá de inscribirse en el Registro Civil por afectar al estado civil de las personas” pues esa resolución judicial falta por definición en la tutela legal y el C.civil es terminante al señalar que “las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil” art. 218.

No considero que la razón de no inscribirse sea la distinta naturaleza o que se trate de tutelas distintas sino que sólo deben inscribirse las resoluciones judiciales ex art. 218, pero no debemos olvidar que el art. 46 de la LRC y el 180 de su reglamento tal como ya expusimos en otra parte de este escrito.

No criticamos la decisión del Legislador de considerar esta “tutela asistencial” como un supuesto más de tutela ordinaria a la vista de la finalidad genérica que el art. 215 C.Civil atribuye a la tutela “*la guarda y protección de la persona y bienes o solamente la persona o de los bienes de los menores...*”, pero sí entendemos que el Legislador no ha sido coherente con dicha “equiparación” porque parte de un modelo de tutela que después queda desnaturalizado cuando se profundiza en su regulación.

Llama la atención la ubicación sistemática, ya que en buena técnica jurídica nos parece criticable plasmar en el art. 172.1, que se halla comprendido en el capítulo V del título VII del Libro I, cualquier referencia a la tutela del menor, cuando el marco adecuado sería el capítulo II del título X, encontrándonos de esta forma por un lado unas tímidas referencias a la tutela del menor en ese capítulo y otra nueva mención en el 172.1. Esta controversia ya se puso de manifiesto en las discusiones Parlamentarias, donde el Grupo Popular a través del señor Cañellas Fons mantuvo la inconveniencia de incluir en el art. 172.1 esta materia relativa a la tutela, y así mismo la Agrupación de Diputados del PDP con la enmienda 83 del Sr. Uribarri Murillo intentó erradicar la mención a la tutela en dicho precepto.

(Estas deficiencias técnicas han sido corregidas al establecer la ley 41/2003 de 18 de noviembre la tutela automática para casos de incapacidad mediante la modificación del art. 239 C.civil)

Decíamos que la pregunta no era intrascendente ya que la respuesta va a condicionar la aplicación o no de algunos preceptos recogidos dentro de la regulación de la tutela ordinaria (debemos tener en cuenta que aunque el tutor del menor es la

entidad pública, en realidad existe una designación de persona física que representa al mismo). Vamos a destacar algunos de ellos:

- Aplicación de las prohibiciones del art. 221 (recibir liberalidad, casos de conflicto, negocios con el tutelado)
- Posibilidad de aplicación de los arts. relativos a las personas que pueden ser tutores, 241 a 245 C. Civil, así como la remoción, excusa.
- Respecto al inventario, ¿cómo se forma?, intervención del Fiscal.
- Posible derecho a una retribución si el patrimonio del tutelado lo permite, ¿quién la fija?.
- Rendición anual de cuentas de su administración, rendición de cuenta general justificada al final de la tutela.
- Aplicación de los supuestos en que es necesaria la autorización judicial

Durante el ejercicio de la tutela pueden suscitarse conflictos de intereses entre el menor tutelado y la entidad pública como tutora y representante. El tutor, art. 267 del C.Civil, es el representante del menor salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia – en éstos supuestos no existe al tratarse de tutela *ex lege*.

Aunque el conflicto entre ambos puede darse en cualquiera de las decisiones sobre visitas, regreso con sus padres, medidas más beneficiosas, intervenciones médicas, abortos y en ocasiones se requerirá, la intervención judicial, destaca el supuesto de reagrupación del MENA, cuando la entidad pública informe de forma favorable a la reagrupación pero el tutelado exprese su oposición. El art. 299 del C.Civil expresamente prevé las situaciones de conflictos exigiendo en éstos casos la designación de defensor judicial. Con carácter general a tenor del art. 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el menor de 18 años no emancipado carece de capacidad procesal en el proceso civil debiéndose acudir a las integraciones de capacidad previstas en el art. 8, entre ellas, el Fiscal o al nombramiento de defensor judicial, sin que la previsión del art. 9.1 LOPJM le otorgue capacidad procesal. Respecto a los MENA al tratarse de un procedimiento administrativo habrá que estar al art. 18 LJCA, que a través de la vía de la capacidad progresiva le autoriza a comparecer personalmente acompañado del letrado.

Como consecuencia de lo expuesto, aunque la administración tutora no precisará prestar fianza (art. 260.2 CCivil) sí viene obligada a hacer inventario de los bienes del tutelado y a la rendición de cuentas periódica y final de su administración. A este respecto la entidad pública debe promover expediente de jurisdicción voluntaria para la aprobación de la rendición final y antes de proceder a la entrega del saldo a los beneficiarios una vez alcanzada la mayoría de edad.

Por último decir que la tutela automática se extingue cuando el menor cumpla los dieciocho años, se emancipe o haya sido adoptado, fallezca o se constituya una tutela ordinaria y en aquellos casos en que se revoque por desaparición de las causas que motivaron la declaración de desamparo. La fuga de un menor del centro donde resida, no hace desaparecer el desamparo sino que la situación de vulnerabilidad se incrementa exponencialmente, por lo que el Fiscal deberá oponerse a las resoluciones de la entidad pública que declaren la extinción de la tutela por tal causa.

Extinguida la tutela y realizada la rendición final se archivará el expediente, debiendo de cancelarse el correspondiente asiento del índice de tutelas.

Inspección de Centros

Cuando anteriormente tratamos el apartado de los acogimientos hicimos una breve referencia al acogimiento residencial. La función de vigilancia sobre todos los centros que acogen a menores es encomendada al Ministerio Fiscal por el art. 174 del C.Civil, con la finalidad de promover la corrección de las deficiencias que puedan observarse en la visita a dichos centros. Asimismo, la Instrucción FGE 3/2008 de 30 de julio, atribuye a las Secciones de Menores esta función que se extiende a las instalaciones, las medidas de seguridad e higiene y la concreta situación de los menores residentes, lo que implica la entrevista reservada con los que así lo soliciten.

Para orientar la actuación del Fiscal en este ámbito, la FGE dictó en febrero de 2009 un Protocolo de actuaciones del Fiscal en las visitas de inspección a los Centros de Protección de Menores en el que se prevé la programación semestral de estas visitas y su realización ordinaria con previo aviso. No se descarta la posibilidad de visitas sin dicho aviso que, por razones de urgencia, sean necesarias para la mejor protección de los menores ingresados, como en los casos de Centros de acogida inmediata o de recepción y Centros de protección de menores con trastornos de conducta, donde las visitas serán trimestrales.

A los efectos de cumplir con ésta misión, las Secciones de menores elaborarán un listado de centros de protección de su territorio.

Para la realización de las visitas, se abrirá un expediente, donde se acuerde la fecha de la misma designándose a los Fiscales que la van a realizar (al menos dos) y en las visitas con aviso previo, se oficiará a la dirección del mismo comunicando la fecha y hora aproximada de llegada de la comisión de Fiscalía, requiriéndole para que divulgue entre los residentes dicha visita y que 24 horas antes participe a la Fiscalía via fax la relación de menores solicitantes de audiencia, teniendo preparado el expediente doméstico interno de los mismos. Todos estos documentos se unirán al expediente de la visita.

La visita constará de tres partes:

- Una entrevista con los responsables del centro, examinando la documentación que obligatoriamente deben presentar, en especial el proyecto educativo general y los proyectos educativos individualizados para los menores residentes, donde se preguntará sobre las condiciones materiales y personales del centro, y la forma de funcionamiento e incidencias de interés. La dirección del centro informará sobre la plantilla y funcionamiento del mismo, pudiendo los miembros de la plantilla comunicar directamente con la Fiscalía cualquier cuestión que afecte a la protección de menores.
- Inspección ocular de las instalaciones, haciendo las observaciones correspondientes para instar la modificación de las deficiencias que se adviertan.
- Entrevista personal y confidencial con menores ingresados y miembros del personal del centro, abriéndose un cauce de comunicación con los mismos en orden a recibir las comunicaciones

que afecten a la labor de protección, familiares o allegados que así lo soliciten.

De la visita se elaborará un acta dejando constancia del contenido de la misma y las incidencias detectadas (el contenido se trata en el protocolo referido), dicha acta se unirá al expediente.

En caso de detectarse carencias o irregularidades, se dirigirán los oportunos requerimientos al director del centro y a la entidad pública a fin de que se corrijan, pudiendo el Fiscal, en caso contrario, ejercitar las acciones oportunas al amparo del art. 158 C.Civil, en salvaguarda de los derechos e intereses de los menores residentes.