

EXPEDIENTES DE PROTECCION PARA VERIFICAR SITUACIONES DE RIESGO

Carmen Rubio Vicente

Fiscal Delegada de Menores de la Fiscalía Provincial de Córdoba.

Se expone una visión general de la función del Ministerio Fiscal de supervisión de la actividad administrativa en materia de riesgo, con un planteamiento práctico que pueda dar lugar a compartir experiencias, problemas o prácticas de intervención en esta materia. Se aborda las posibilidades de intervención por la vía de las medidas cautelares urgentes del art. 158 CC. y por último la actuación ante los supuestos de guarda de hecho de las que se tiene conocimiento en las Fiscalías. Se adjunta como anexo algunos escritos relacionados con la materia

SUMARIO

1.- Introducción. El sistema de protección de menores. 2. -Actuación supervisora de la actividad administrativa. 3.- Concepto de situaciones de “riesgo”. 4.- Colaboración y coordinación interadministrativa. Atención inmediata. 5.- Soporte procedimental. 6.- Contenido de la actividad supervisora. 6.1.- Puesta en conocimiento. Vías de comunicación. 6.2.- Actuación frente a la inactividad administrativa. 7.- Riesgo grave o urgente. Medidas del art. 158 Cc. 8. - Guarda de hecho. 9.- Guarda administrativa o voluntaria.

1.- INTRODUCCION. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES.

Desde la reforma de 1987, la apreciación de las situaciones de desamparo es competencia administrativa y no judicial, sin perjuicio de las facultades de control del Ministerio Fiscal y de las facultades de revisión de las decisiones de la Administración, competencia judicial.

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

Pero ello cambia radicalmente en 1987, la declaración queda en manos de la Administración. Aunque el objeto de la reforma era sobre adopción, y en principio extraño a la tutela, se ocupa de ciertos extremos de esta y como principal novedad, sustituye el

concepto de abandono (que procedía de una reforma de 1970, situación de abandono que debía ser apreciada y declarada por el Juez, art. 174 in fine del Código Civil (CC.) por la institución del desamparo, surge el concepto de tutela automática por ministerio de la ley para menores desamparados y se regulan en el código civil la figura de los acogimientos, antes dispersas en normas administrativas. Como segunda novedad, la regla de que toda tutela se ejerce bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, el control judicial de la declaración de desamparo se desplaza a un momento posterior debiendo ser demandado por el Fiscal o los padres.

La Exposición de Motivos se hace eco de la preocupación del radical cambio:”Como complemento del acogimiento familiar y de la adopción y como paso previo para la regulación más clara de ambas instituciones, la presente Ley da normas sobre la tutela y la guarda de los menores desamparados. Cambiando el criterio a que respondía el anterior art. 239, se ha estimado, atendiendo a la urgencia del caso, que *la situación de desamparo* debe dar origen a una tutela automática a cargo de la Entidad pública a la que corresponda en el territorio la protección de los menores. La guarda de éstos, siempre bajo la superior vigilancia del Fiscal, quien podrá proponer al Juez las medidas de protección que estime necesarias, se confía a la propia Entidad, que podrá actuar bien a través de los Directores de los establecimientos públicos o privados que de ella dependen, bien a las personas que formalicen el acogimiento familiar.

“no se oculta desde luego, que el éxito de la reforma vendrá en parte condicionado por el buen funcionamiento de las Instituciones. Aunque toda novedad legislativa entraña peligro, y más cuando el sistema cambia totalmente, se ha estimado que el camino elegido es el único viable para dar seriedad y seguridad al procedimiento de adopción”

Se tuvo en cuenta razones de orden práctico: contar la Administración pública con servicios técnicos y profesionales adecuados para dicha función y al tiempo agilizar y dar una respuesta eficaz a los supuestos necesitados de protección. (Debates parlamentarios obrantes en Diario de sesiones del Senado, 1987, nº 46).

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

Como contrapeso a las amplias competencias atribuidas a la Administración, se atribuye al Ministerio Fiscal “la superior vigilancia” a que se refiere al Art. 174 CC.:“*Incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta Sección*”, en consonancia con las funciones que al Ministerio Fiscal atribuye el artículo 3 de su Estatuto Orgánico (en adelante, EOMF), específicamente:

“3. *Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas acciones exija su defensa*” y

“7. *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 en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación*”.

2. ACTUACIÓN SUPERVISORA DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

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

A este respecto, la Circular de la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) 8/2011 *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Protección de Menores* expresa en su apartado II recoge:“La singularidad funcional de

la intervención del Fiscal en el ámbito de protección de menores radica en que se le encomienda una relevante función extraprocésal, la de superior vigilante de la actuación de la Administración, con obligación de comprobación semestral de la situación del menor y de ejercer su vigilancia sobre todos los centros que acogen menores, sin que ello suponga invadir las competencias de las Entidades Públicas ni llegar a suplantárselas. La especial posición del Ministerio Fiscal en el ámbito de menores exige un delicado ejercicio de equilibrio en el desempeño de sus funciones”.

Es pues una función netamente extra o preprocesal, pese a que el desenvolvimiento habitual de su actividad tenga lugar ante los Tribunales.

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

No se limita pues sólo a la supervisión de los menores que son objeto de una medida administrativa de desamparo, sino que abarca otras muchas situaciones previas a la misma, a las que nos referimos como de “riesgo”. Así se recoge en el apartado III.4.3) de la Instrucción 3/08, *Sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores*.

Esta competencia se contempla en el art. 14 de la LO 1/96 de Protección jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), conforme al que las autoridades y servicios públicos tienen la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a 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 se necesario del Ministerio Fiscal.

Esa necesidad de atención inmediata de un menor es reflejo de una situación de riesgo precisada de la intervención administrativa que se prevé en el art. 17 LOPJM. Habrá de ponerse en conocimiento del Fiscal las intervenciones realizadas con los menores a efectos de posibilitar la supervisión que la ley le encomienda así como la eventual impugnación de decisiones o medidas administrativas que no fueran conformes con el interés superior del menor. Pero la intervención del Fiscal será siempre de supervisión y, en su caso, de impugnación.

3.- SITUACIONES DE “RIESGO”.

Cuando se habla de menores en riesgo, la primera idea es comprender todas esas situaciones centradas en las dificultades que presentan las familias en riesgo de exclusión social y la atención específica a este colectivo. Pero esta primera idea no agota la totalidad del conjunto de asuntos que se trabajan desde las secciones de menores.

Es lo que constituiría el núcleo funcional clásico relativo a la supervisión en materia de riesgo.

La LOPJM, 1/96 en su Título II regula las actuaciones de la administración respecto a menores en situación de desprotección social y atribuye a los poderes públicos la *función*

de velar para que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades.

Así, se establece en el artículo 12 LOPJM, que esta protección de los menores se realizará *mediante la prevención y reparación* de situaciones de **riesgo**, con el establecimiento de los servicios adecuados para ello, y si las circunstancias lo hacen preciso, mediante el ejercicio de la guarda y la asunción de la tutela.

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

En las situaciones de riesgo, caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo. Esta intervención es la exigida por numerosas sentencias que estiman la oposición al desamparo.

Así S. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 3ª, S 28-6-2002, nº 452/2002, rec. 405/2002. Pte: Santos Sánchez, Mª Luisa¹:

Las soluciones en materia de riesgo entrarían dentro del marco de las medidas de apoyo familiar (tanto las de carácter técnico como económico) que configuran los planes de intervención y que se plasma a veces en un documento administrativo firmado por los padres y sometido a temporalización.

En las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, aquélla se concreta en la asunción por la entidad pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria.

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

¹ “TERCERO.- Entre los principios que han de presidir la actuación de los poderes públicos respecto de los menores se encuentran el interés o beneficio de los mismos, la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su formación integral, y su integración familiar y social, garantizando su permanencia en el medio familiar de origen, salvo que no resultase conveniente para el mencionado interés (artículo 4 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de la Comunidad Autónoma de Canarias, de Atención Integral a los Menores, en relación con el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, el artículo 172.4 del Código Civil y los artículos 31.1, 9 y 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 noviembre 1989); por otro lado, es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo que concibe la institución de la patria potestad “en beneficio de los hijos” (sentencias de la Sala Primera, de 18 de octubre de 1986 y 18 de noviembre y 31 de diciembre de 1996, entre otras). En el presente caso, el hecho de que la actora tenga unos escasos ingresos económicos (en la actualidad, unas 40.000 pesetas mensuales) no puede servir de obstáculo para la convivencia con su hijo, siendo precisamente la parte hoy apelante la que está legalmente encargada de procurar el necesario apoyo institucional y de servicios sociales”.

La situación de riesgo no se define ni en el Código Civil ni en la LOPJM. Si encontramos definiciones en algunas normas autonómicas (art.22 de la Ley 1/08 de la CCAA Andaluza; artículo 93 de la Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana, también en normativa de Cantabria, Castilla La Mancha, Baleares, Murcia, entre otras).

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

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

Como expone SEGARRA²:

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

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

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

Nos encontramos ante casos como los que surgen tras la finalización de la medida impuesta por el Juzgado de Menores; con menores ya próximos a la mayoría de edad, respecto a los que es delicado adoptar una medida de protección; niños fuguistas de sus casa; menores absentistas; niñas de determinados colectivos, que conviven desde los 13 o 14 años con sus parejas, acogidos por las familias de los “maridos”; niños con problemáticas derivadas del consumo de tóxicos, sida u otras enfermedades graves, en conflicto con sus progenitores en cuanto al tratamiento a seguir en caso de riesgo grave (Circular 1/2012); niños con trastornos de conducta cuyos padres peregrinan desesperados ante las instituciones en busca de apoyo; menores de 14 años que comenten delitos, fruto de desestructuración personal y familiar; menores en grave conflicto con sus progenitores, que se niegan a convivir con los mismos; menores acogidos por guardadores de hecho que no pueden actuar como sus representantes legales ante las administraciones, menores de “reforma” y no de “protección”, etc.

² M.J. SEGARRA Curso de la FGE: “1 Fiscal y la protección de Menores. Experiencias. 18 a 20 de septiembre de 2006. El Fiscal y las entidades públicas, cuestiones problemáticas en el desarrollo de medidas de protección en relación con los menores de edad.

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

No existiendo, a diferencia de los supuestos de desamparo, una declaración formal, ni administrativa ni judicial, de riesgo, sería útil, en todos estos casos que la entidad pública declarara formalmente la situación de riesgo y conforme al art. 17, párrafo 2 de la LO 1/96, pusiera en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla.

4.- COLABORACIÓN Y COORDINACIÓN INTERADMINISTRATIVA. ATENCIÓN INMEDIATA.

4.1. En nuestro sistema constitucional los servicios de protección de menores se integran en la materia de la asistencia social, constitucionalmente atribuida a las Comunidades Autónomas –art.149.1 y 3 y 8.1.20ª CE-, siendo estas las que han desarrollado la normativa al respecto.³

La normativa de protección de menores difiere según las Comunidades Autónomas, dando lugar a lo que DOLZ LAGO, ha denominado “selva legislativa”⁴

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

Habrá que conocer y estar a lo establecido en las normas autonómicas, de distinto rango normativo, y familiarizarse con la terminología y estructura administrativa.

³ Ley 1/1998, de 20 de abril, *de los Derecho y la Atención al Menor* de Andalucía ; Galicia, Ley 3/1997, de 9 de junio, *de la familia, la infancia y la adolescencia*; Ley 7/1999, de 28 de abril, *de protección de la Infancia y Adolescencia* de Cantabria; Ley 3/1999, de 31 de marzo, *del Menor* de Castilla-La Mancha; Comunidad de Madrid, Ley 6/1995, de 28 marzo, *de Garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia*; Baleares, Ley 17/2006, de 13 de noviembre, *integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia*; País Vasco, Ley 3/2005, de 18 de febrero, *de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia*, de 27 de mayo, Ley 14/2010 de 27 de mayo, *de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia* en Cataluña; Aragón, L 10/89, de 14 de diciembre de protección de menores; Comunidad Valenciana, L 7/94, de 5 de diciembre, de la Infancia; Extremadura, L 4/94, de 24 noviembre de Protección de Menores; La Rioja, L 4/98, de 18 de marzo, del Menor; Castilla-León, Decreto 57/1988, de 7 abril, sobre normas reguladoras en materia de protección de menores, Murcia, L 3/95, de 21 de marzo, de la Infancia; Navarra, Decreto Foral 90/1986, de 25 marzo, por el que se establecen normas sobre adopciones, acogimiento familiar y atención a menores. Ceuta-Melilla: Estatutos de Autonomía (Ley Orgánica 1/1995, de 13 marzo, Ceuta); (Ley Orgánica 2/1995, de 13 marzo, Melilla) Asturias, Ley 1/1995, de 27 enero, de Protección de Menores; Comunidad Autónoma de Canarias, Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores.

⁴ DOLZ LAGO. “Protección de menores: algunas cuestiones prácticas de interés para el Ministerio fiscal”, publicado en la edición electrónica de los Cursos del CEJAJ del año 2006

Hablaremos de Dirección general, Delegación territorial, Servicios de protección, Servicio de prevención, Servicios sociales municipales, Servicios sociales comunitarios, Gobierno, Cabildo Insular, Entidades municipales, Instituto de Bienestar social, Equipos de tratamiento familiar, Unidades tutelares, Unidades técnicas, etc.... y entrar en el complejo mundo de las relaciones del Fiscal con las instituciones protectoras de menores.

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

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

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

Generalmente, corresponde a las entidades locales la competencia para apreciar e intervenir en situaciones de riesgo, ejecutar las medidas de protección y apoyo familiar y realizar el seguimiento de la evolución del menor en la familia.

En Andalucía, la Ley 1/98 indica en el art. 18 que los servicios sociales son competentes para actuaciones “en el propio medio” y detección de menores en situación de desprotección y las Administración de la Junta de Andalucía ejerce las funciones que impliquen separación del menor de su medio familiar. Las entidades locales cuentan con servicios municipales y servicios especializados, en Andalucía, Equipos de Tratamiento Familiar, subvencionados parcialmente por la Comunidad Autónoma.

Esta competencia para intervenir de las corporaciones locales es lo que justifica a la Entidad pública para abstenerse de cualquier intervención inmediata, derivando por sistema a los servicios sociales. En la gran mayoría de los supuestos de riesgo, al ponerse en conocimiento de entidad pública cualquier incidencia relativa a un menor, se produce esa derivación por entender no ser necesaria una actuación de la urgencia o gravedad de las que son competencia de la entidad pública.

Ante ello, es particularmente importante el principio de colaboración y coordinación interadministrativa. La LO 1/96 establece en el art. 17, párrafo 2º que apreciada la situación de riesgo, la entidad pública pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia.

La intervención de las corporaciones legales no exime a la entidad pública del seguimiento de la evolución del menor. Por ello, si se detecta una situación de riesgo, pese a contar con que la entidad va a derivar a otra instancia, entiendo que debemos seguir comunicándolo a la misma, debiendo ésta asumir su responsabilidad si no hace ese seguimiento, y en caso de que la situación se agrave, o persistan la situación de riesgo por la

negativa o por la manifiesta falta de colaboración de los padres o tutores, cuenta con información para una más rápida valoración de la resolución de desamparo.

Las Conclusiones de las Jornadas de Delegados de Menores de Toledo 2011, animaban a ello: *“2ª Debe potenciarse la intervención de las Entidades Públicas para paliar las situaciones de riesgo en que pueden encontrarse los menores, tanto para preservar su superior interés aportando soluciones antes de que la situación sea grave, como para evitar futuras decisiones mucho más traumáticas y de mayor coste individual, familiar y social. La situación de riesgo debe ser el estadio normalmente previo al desamparo, salvo que el interés superior del menor exija otro abordaje, con el fin de respetar los intereses*

4.2.- Una de las cuestiones más frecuentes que se plantean en la Fiscalía, en los servicios de guardia, es la competencia para adoptar medidas inmediatas de protección.

Las actuaciones conocidas como “atención inmediata” de menores se prevén en el art. 14 LOPJM.

Ello es objeto de tratamiento en el Dictamen 7/10, *sobre competencia para proporcionar asistencia inmediata a los menores* que concluye que el ingreso provisional en un centro de acogida de menores, como actuación de asistencia inmediata, no necesita de autorización del Juez o del Fiscal, inadecuada y perturbadora en los casos en que la necesidad y la urgencia comprometen la actuación inmediata de las autoridades implicadas.

Ante la ausencia de un servicio de guardia de protección, se reciben llamadas al móvil del Fiscal de guardia, en que las fuerzas policiales piden “autorización” al Fiscal para llevar a un centro de protección a un menor al que consideran en situación de desamparo, por negarse los responsables de los centros a admitirlo sin esa autorización, o bien piden esa autorización de propia iniciativa.

Pese a que se les indica que no hace falta autorización y que su llamada es sólo a los efectos de conocimiento, examinando luego el atestado que nos remiten, observamos que se hace constar que ha sido por “orden” del Fiscal, lo que ha dado lugar a quejas y tensiones con el Servicio de protección que entendiendo que era por orden del Fiscal, no procedía a revisar la situación del menor en tanto en cuanto por la Fiscalía no se diera indicaciones.

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

Esa intervención que se lleve a cabo, debe como continuación a la atención inmediata prestada, ponerse en conocimiento del Fiscal en los términos del art. 14 LOPJM, a efecto de supervisión, y en su caso, impugnación.

5.- SOPORTE PROCEDIMENTAL.

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

La recepción, por cualquier medio, de la noticia de la existencia de un menor en situación de riesgo, que conforme a lo dispuesto en el art.16 LO 1/96, deba ser verificada, dará lugar a la incoación de unas Diligencias Preprocesales de investigación, soporte procedimental que permitirá el control y revisión periódica de la actuación de la administración, lo que conlleva un constante y mutuo intercambio de información y un apoyo en el ejercicio de la función protectora, sin que ello suponga invadir sus competencias ni llegar a suplantar a la propia administración.

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

Las diligencias preprocesales previstas en el artículo 5 del EOMF serán el soporte procedimental de los expedientes de protección que se abran ante la recepción por cualquier medio de la *notitia* de la existencia de un menor en situación de riesgo, 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.

Tampoco tales diligencias deberán entenderse sometidas al plazo máximo de duración de seis meses, propio de las Diligencias de Investigación del Fiscal, no siendo consecuentemente necesaria la petición de prórroga al Fiscal General del Estado cuando se rebase dicho periodo legal. Igualmente deben ser el soporte de la supervisión o actuación con menores en situación de riesgo.

En Córdoba, se denominan “Diligencias preprocesales de Investigación” y son de color determinado, distinto al de las Diligencias que controlan los menores en desamparo, llamados “Expedientes de protección”.

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

Sí dará lugar a su apertura los informes de los servicios sociales; la comparecencia de un padre manifestando situación de riesgo de su hijo; copia de testimonio de particulares que se han remitido a la entidad pública cuando se archivan diligencias preliminares por ser el autor menor de 14 años conforme al art. 3 de la LO 5/00; comunicaciones de servicios administrativos que trata a un menor supuesta víctima de abusos sexuales y no consta denuncia del progenitor; atestados o testimonio de declaraciones de menores en Expedientes de reforma que dan cuenta de venta de alcohol a menores; informes de pediatras, médicos,

docentes, alertando de la situación de riesgo de un menor; atestado de la policía dando cuenta del absentismo de un menor, del abandono temporal por parte de sus padres; fugas de menores de sus domicilios; intentos de suicidio, etc....un cajón de sastre que refleja situaciones de distinta gravedad y que lleva a distinta forma de actuación, conforme al sentido común y la carga de trabajo de las Fiscalías.

5.2. - Control de las Diligencias Preprocesales.

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

¿Cómo proceder con las Diligencias de riesgo? Aunque no es preceptivo, si queremos llevar un control y evitar paralizaciones, habrá de hacer un paralelo “Índice de unidades familiares en riesgo.” Si el índice de los menores tutelados se lleva por menor, en caso de riesgo considero más útil llevarlo por unidades familiares.

En el ejercicio de esa función de supervisión nos encontramos con el inconveniente de la inexistencia de un programa informático, que permitiera llevar un adecuado control de asuntos, priorizando lo urgente y controlando regularmente la actuación de la administración. Se hace todo con Word o con Open Office Calc.

En Andalucía, la versión de la aplicación informática Fortuny para el control de los expedientes judiciales, no es adecuada pues los campos a cubrir no se ajustan a las necesidades en esta materia. Así por ejemplo, en algunos casos exigen introducir el dato del DNI para continuar, dato que los menores no tienen.

Deberá no obstante, llevarse un registro informático de las Diligencias que se incoen, una base sencilla de menores donde con varias consultas pueda saberse en qué situación están. Este registro informático goza, a efectos de las exigencias establecidas en la LO 15/99 de 13 de diciembre, *de Protección de datos de Carácter personal*, de la cobertura que le proporciona la instrucción de la FGE 6/2001, de 21 de diciembre, sobre *Ficheros automatizados de datos personales gestionados por el Ministerio Fiscal*. Será preciso si queremos facilitar los datos estadísticos a que se refiere la precitada Instrucción 1/09, en su apartado 6. 3) *Expedientes de protección abiertos a menores en situación de riesgo*.

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

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

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

6.- CONTENIDO DE LA ACTIVIDAD SUPERVISORA.

El eficaz cumplimiento de esta función ha de ser un motor de impulso y mejora de los servicios de protección a la infancia. Son amplios y de diversa naturaleza los supuestos que se abordan y son amplios y de diversa naturaleza los problemas que surgen a la hora de solventar la enorme diversidad de casos que nos llegan al Servicio de Protección de Menores de las Fiscalías.

Según cómo esté organizado el servicio, la carga de trabajo y voluntad de los integrantes de las secciones, se abordará las cuestiones de forma más o menos intervencionista. El marco legal es el art. 174, que no dibuja los límites de la intervención. Señala SEGARRA⁵: *“Estos preceptos han convertido al Fiscal en una Magistratura defensora de los derechos de los niños, de forma que debemos poner nuestra imaginación al servicio de esta concepción”*.

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

Destacar la Instrucción 3/08 que ha hecho relación de competencias y funciones que corresponden al Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, y que hasta ahora por diferentes causas no tenían el relevante protagonismo que las leyes les asignan; la Instrucción 1/09 *sobre la organización de los servicios de protección de las Secciones de Menores* y la Circular 8/11 *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Protección de Menores*, que en su apartado I. Introducción, hace una relación de todos los instrumentos que abordan, desde la FGE la materia de menores. Hay que tener en cuenta también las Conclusiones de las distintas Jornadas de Fiscales Delegados de Secciones de Menores, principalmente, en materia de riesgo: Segovia, 2008; Toledo 2011 y Granada 2012.

La supervisión en materia de riesgo es a veces más compleja que la de los menores ya tutelados y nos jugamos más. Las funciones del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la misión encomendada debe ser:

- Impulso de la actividad protectora de las entidades públicas poniendo en conocimiento de las mismas cualquier situación de posible desprotección.
- Actuar frente a la inactividad administrativa.

6.1.- PUESTA EN CONOCIMIENTO. VIAS DE COMUNICACIÓN

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

- Solicitud de remisión de testimonios de actuaciones judiciales a esos organismos especializados. Cuando en el curso de las mismas se tiene conocimiento de éstas situaciones, si el riesgo para el menor es grave se deberá interesar directamente al amparo del art. 158 CC. las medidas necesarias para apartar al menor del peligro o evitarle

⁵ SEGARRA, Op. Cit.

perjuicios, pero en caso contrario corresponde a los organismos especializados evaluar la situación y en su caso, adoptar la medida más adecuada.

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

Al ser el Ministerio Fiscal un referente en lo relativo a todo tipo de problemas relativo a menores, son muchas las comparecencias y derivaciones para procurar nuestra intervención.

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

Y es que el Ministerio Fiscal tiene una posición privilegiada al encomendársele la protección de los intereses de los menores, lo que le permite estar presente en todas las esferas del ordenamiento en que se ventilan intereses de menores desprotegidos, desamparados o en situación de riesgo y ser receptor de “noticias” referentes a los mismos.

El impulso de la actividad administrativa, puede ir orientado a una asunción de guarda, a una resolución de desamparo y asunción de tutela o bien a un seguimiento de la evolución del menor en la familia, en línea de lo dispuesto en el art. 17 LO 1/96, párrafo 2º.

Respecto a los Servicios Sociales Comunitarios, cuya actuación estará dirigida a la prevención, detección y a la intervención que no conlleve separación familiar, hay que tener en cuenta que en los presentes tiempos de crisis, la sobrecarga de estos recursos y falta de destino de los recursos humanos y económicos necesarios hace que se limiten fundamentalmente a atender a las peticiones de los ciudadanos, en detrimento de las actividades de detección e intervención de oficio. La puesta en conocimiento de los mismos por el Ministerio Fiscal de situaciones de riesgo, puede conducir a detectar y abordar casos urgentes que han podido pasar desapercibidos, priorizando los mismos.

6.1.2.- Vías de comunicación.

6.1.2.1.-La forma de comunicación es por *oficios* dirigidos normalmente al Servicio de protección, como entidad pública especializada, pero por celeridad y eficacia, en muchos supuestos los oficios se dirigirán a los servicios públicos municipales, o a las Delegación territoriales de Educación, Salud o a los servicios sanitarios, e igualmente a los cuerpos policiales.

Todo oficio remitido debe recibir una respuesta de la entidad correspondiente, que debe controlarse y exigirse. Lo cierto es que esos oficios tardan en contestarse, y se tiene la sensación de que el Servicio de protección responde a los mismos como una carga.

Una forma de controlar la respuesta a esos oficios, es la de, además de dejar copia del mismo en su correspondiente archivador, al que se unirá el acuse de recibo devuelto, dejar otra copia en una carpeta que lleva el personal de la oficina de la Fiscalía, copia que se destruirá cuando sea contestado el oficio, de forma que el tramitador dará cuenta de los oficios no contestados en un periodo de tiempo.

En función de lo que resulte de esa información, se instará a la entidad pública que adopte las resoluciones que correspondan al objeto de corregir la situación deficitaria del menor, informándonos de la intervención con el menor en situación de riesgo o bien que asuma la tutela automática del menor mediante la declaración administrativa de desamparo del menor.

Las gestiones telefónicas lo serán sin perjuicio de su posterior documentación a través de oficio.

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

Es conveniente mantener una relación fluida con los servicios de protección correspondiente, a fin de evitar tensiones que se puede solucionar con un adecuado nivel de relación y colaboración, aunar criterios de actuación, solventar discrepancias y fomentar la búsqueda común de soluciones, pero siempre preservando la autonomía que permita ejercer correctamente las funciones de supervisión. Así se contempla en la Instrucción 1/09, apartado 5.

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

En las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales delegados de Segovia, se recoge asimismo: *“6º Además de la necesidad de una comunicación fluida con intercambio de información, es necesario establecer reuniones periódicas de trabajo con las Entidades Públicas a fin de intercambiar información y evaluar los casos más complejos.”*

6.1.2.3.- Es posible también la integración en órganos consultivos conforme a los criterios que se plasmaron en oficio de 14 de febrero de la Inspección Fiscal y en el art. 11.3 del EOMF, pasando de una posición contraria a esta integración a una posición favorable.

De esta forma se han admitido intervenciones en Observatorios, Comisiones provinciales de absentismo escolar y Consejo provincial de la infancia.

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

6.2.- ACTUACION FRENTE A LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.

En otras ocasiones la función de supervisión va a consistir en actuar frente a la inactividad administrativa.

Para ello debe exigirse la notificación de las resoluciones en las que se acuerde no adoptar una medida de protección. Las resoluciones deben ser motivadas. La falta de motivación puede dar lugar a un procedimiento de oposición al amparo del art. 780 Lec.

Si es el Fiscal el que ha solicitado las actuaciones mediante la apertura de diligencias, tras un plazo prudencial sin comunicación, se instará el dictado de la resolución correspondiente.

En el resto de los supuestos ha de realizarse un seguimiento de la intervención administrativa para controlar que se valoran todas las situaciones de las que la entidad pública tiene conocimiento y que se notifican las resoluciones, informándose adecuadamente en su caso, al interesado.

6.2.1.- Ello nos lleva a la cuestión de la inexistencia de una expresa “resolución de riesgo”.

La LO 1/96 parece considerarla al hablar de “situación de riesgo” de forma paralela a “situación de desamparo”. En Andalucía, la L. 1/98, en su artículo 22, parece también contar con ella al indicar que “la apreciación de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención individual y temporalizado que en todo caso, deberá recoger las actuaciones y recursos necesarios para su eliminación”.

Esta cuestión fue objeto de tratamiento en las últimas Jornadas de Fiscales de Menores Delegados, en Granada, aprobándose la siguiente conclusión: *“1ª La declaración formal de la situación fáctica de riesgo y la documentación de las actuaciones administrativas en esta fase, sin perjuicio de la flexibilidad característica del trabajo de los Servicios Sociales, es esencial de cara a futuros procedimientos de protección, en los que deba acreditarse el carácter progresivo de la intervención administrativa y los esfuerzos desplegados para reinsertar al menor en su familia”.*

Lo cierto es que, en la mayoría de las provincias, tal resolución o declaración de riesgo no se hace, al menos en Andalucía. A falta de ello, se cuenta con el cauce procedimental de “Información previa”, regulada en el art. 21 del decreto 42/2002 de 12 de febrero, anterior a la incoación de procedimiento de desamparo, que bien puede recoger lo que sería situación de riesgo, habiéndose exigido que se nos notifique la incoación y archivo de tales “Informaciones previas”.

Se hace referencia a una declarada situación de riesgo en A. Audiencia Provincial de La Rioja, sec. 1ª, A 25-8-2011, nº 84/2011, rec. 443/2011, FJ 3º.

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

Como dificultad, señalar que en la mayoría de las ocasiones, la única fuente de información con que contamos es el Servicio de protección y aunque la información que podemos recabar de otros sectores como puede ser comparecencias personales, asuntos de los Juzgados de familia o colegios indican una grave situación, raramente se adopta con carácter de urgencia alguna medida, pasando el tiempo sin que la situación cambie.

Se libran oficios dando cuenta de la situación al Servicio de protección y solicitando una valoración de la misma, pero al no contar con fuentes de conocimiento propios para contrastar la resolución administrativa, normalmente nos aquietaremos a la contestación. La presencia de informes contradictorios nos lleva a no plantear medidas del art. 158 CC. esperando que se decante la situación en uno u otro sentido. En caso de contar con elementos suficientes para discrepar de lo informado, se deberá INSTAR a la Entidad a adoptar determinada medida y en caso de resolución negativa o de falta de contestación en tiempo prudencial, promover el oportuno procedimiento al amparo del art. 780 LEC.

Cuando tras el informe final de intervención que emiten los servicios sociales municipales, proponiendo al Servicio de protección el desamparo, éste finalmente no lo acuerda, vuelve a remitir el asunto a las mismas instancias que daban por terminada su intervención. Estos a veces ya no actúan al haber dado por imposible su gestión y tampoco lo hace el Servicio de protección. Otras veces vuelven a intervenir, como imposición del Servicio, con lo que la problemática se enquistada.

Se produce pues una difícil situación cuando los servicios sociales cierran su intervención, entendida como actuaciones “en el propio medio”, lo que debiera llevar, agotada la intervención en este nivel, a la actuación del Servicio de Protección, sin embargo ello no sucede y no sólo no se inicia el procedimiento de desamparo, sino ni siquiera se apertura la llamada Información previa. Por lo que los menores quedan sin intervención alguna, interpretando cada una de las administraciones implicadas que no les corresponde la adopción de medidas.

Si alguno de estos menores tiene ya 14 años, o están próximos a esa edad, y tienen alguna denuncia por un hecho delictivo, lo más probable es que no se adopte medida de protección, intuyendo algo que no se dice abiertamente y es que es un menor de “reforma” y no de “protección”. La pasividad administrativa permite degenerar el problema hasta que estalla con una conducta delictiva del menor, que si es mayor de 14 años, determinará la intervención de la LO 5/00 y hasta la adopción de medidas cautelares de alejamiento del domicilio familiar.

Se debieran librar los correspondientes oficios al no admitirse que no haya forma ninguna de intervención. En algunos casos se ha tenido expresamente que indicar a la Entidad pública que no se iba a adoptar medida de reforma, para impulsar la inactividad de la administración.

Los que trabajamos en menores no nos resulta difícil relacionar menores con medida de reforma, que hubieran podido ver disminuidos sus factores de riesgo con una adecuada intervención en el ámbito de la protección.

Si la resolución notifica la decisión de no intervenir en algún supuesto y no es conforme al interés del menor, se valorará la posibilidad de formular oposición a la resolución a través del art. 780 LEC que permite impugnar cualquier resolución administrativa en materia de protección de menores. Las resoluciones de no desamparo son escuetas y en muchas ocasiones no contamos con el informe de los Servicios sociales que lo contradigan. Es posible reclamar el expediente completo para valorar la conveniencia de oponernos a una resolución de no desamparo o de acogimiento familiar con una familia que estimamos no idónea.

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

Es posible también la oposición ante la falta de respuesta *expresa* de la administración o bien ante la respuesta en escrito que no reviste formalmente la forma de resolución. Así A AP. Barcelona, secc. 18ª, de 14-03-2006, nº 66/2006, rec. 540/2005. El acto administrativo expreso permite la reacción de los particulares o el Ministerio Fiscal ante la jurisdicción civil pero su falta no puede impedir esa reacción. Se adjunta como ANEXO 1 un modelo de escrito de oposición ante un escrito que no reviste forma de resolución.

7.- RIESGO GRAVE O URGENTE. MEDIDAS DEL ART. 158 CC.

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

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

Si se detecta un riesgo grave o urgente que requiera la adopción inaplazable de una medida en interés del menor, el Ministerio Fiscal podrá solicitar la adopción de estas medidas. También puede adoptarse por el Juez de oficio o a instancia del menor o de cualquier pariente de éste.

Se regulan en el art 158 CC., que dispone:

“El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

2º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3º) *Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:*

a) *Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.*
b) *Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.*

c) *Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.*

4º) *En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.”*

El art. 216 CC., extiende la aplicación del anterior precepto a todos los supuestos “de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores o incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos”.

Estas medidas, inspiradas en el principio del superior interés del menor son de contenido abierto.

Se refiere a ellas la STS Sala 1ª de 23 noviembre 1999, nº 1017/1999, rec. 1048/1995⁶

“En suma, de acuerdo con la sentencia del tribunal Supremo de 11 de junio de 1998, que pondera la formación integral y la integración familiar y social del menor, debe mantenerse que las medidas que los jueces pueden adoptar, "ex artículo" 158 del Código civil, se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso, o después de cualquier procedimiento, conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, aplicable retroactivamente, por cuanto se ha dicho, por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas Convenciones internacionales vinculan a España (ver Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990).”

Así, podrán adoptarse medidas relativas a:

Bienestar material:

- Retención de pago de prestaciones o bloqueo de los saldos positivos que queden en las cuentas titularidad de los menores, en supuestos de mala administración por parte de padres (art. 167 y 164.1º Cc.) o tutores. Se adjunta como ANEXO 2, en un supuesto de deficiente gestión de la herencia por parte del padre, estando la menor acogida de hecho con un tío materno.

- Anotación de prohibición de disponer.
- Anotaciones de demanda en los Registros de la Propiedad y Mercantil, para preservar el uso de la vivienda familiar o la prestación de alimentos.
- Anotación registral del derecho de uso de vivienda concedido en sentencia, etc.

Aseguramiento personal:

- Prohibición de salida del territorio nacional y otras, en supuestos de riesgo de sustracción de menores (art. 158.3º CC) o riesgo de mutilación genital⁷.

- Sometimiento a autorización judicial previa el cambio de domicilio o medidas complementarias de control. Se adjunta en ANEXO 3. Se ha utilizado en relación a menores a que se refiere el Dictamen 2/12, *sobre tratamiento a dar a menores extranjeros acompañados cuya filiación no consta.*

- Autorización a guardadores de hecho para realización de pruebas médicas urgentes.

⁶ EDJ 1999/35039

⁷ AAP Zaragoza sec. 5ª, de 13 de Mayo 2005. EDJ 2005/61356

- Resolución de conflictos de intereses relativos a intervenciones médicas sobre menores de edad, en los casos en los que el médico, como garante de la salud e integridad del paciente menor, ponga en conocimiento de la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal tales conflictos en función de la voluntad expresada por ellos o sus representantes legales. Objeto de tratamiento de la Circular 1/12 *sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave*.

- Conflicto de intereses en materia de internamiento psiquiátricos⁸.

- Atribución provisional de guarda a los guardadores de hecho. Adjunto un supuesto en ANEXO 4.

- Atribución provisional de guarda, excepcionalmente a uno de los padres en casos de crisis particularmente conflictiva concurriendo circunstancias graves, asesorando en este caso al progenitor sobre la necesidad de presentar su reclamación ante el Juzgado de Familia⁹.

- La medida prevista en el art. 103.1ª párrafo 2º Cc., que permite encomendar la guarda de los hijos a otra persona¹⁰ o institución idónea, en tanto la Administración tutelante adopte una resolución sobre los mismos, constituyéndose la guarda judicial referida en el art. 172.2 último párrafo CC. Se adjunta modelo de solicitud de guarda judicial en el ANEXO 1, ante la “resolución” de no desamparo articulada en un escrito del Servicio de protección.

Todas estas medidas, de naturaleza civil, podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, cauce que permitirá adoptarlas con agilidad e inmediatez, evitando los perjuicios que se derivan de la rigidez de procedimientos judiciales o administrativos.

Normalmente tiene carácter de cautelar, accesoria de un procedimiento principal civil o penal, y sin que exista limitación temporal para pedir las o adoptarlas, ni para mantenerlas en el tiempo. Ello no obstante si se piden como accesorias de un proceso principal, participan del carácter provisional de las medidas cautelares y decaen cuando recae la sentencia firme.

Como refiere MADRIGAL MARTINEZ PEREDA¹¹ cabe por esta vía la adopción de medidas en el ámbito penal que dejen sin efecto o modifiquen anteriores pronunciamientos civiles, bajo ciertas condiciones (se desprenden de resoluciones como los AAP Sevilla, sec. 7ª, nº 193/2004, de 30 de abril y AAP Sevilla, sec. 3ª, nº 354/2003, de 20 de noviembre):

- Que se haya producido una variación de las circunstancias que hubieran determinado la precedente resolución judicial, ponderadas debidamente y con cautela para evitar resoluciones injustificadamente contradictorias.

- Que concurren razones de urgencia, como justificación de la decisión en sede penal.

- Que se remita testimonio de la resolución penal al Juzgado civil que conoce del asunto, para que ratifique o rectifique la decisión penal.

⁸ AAP de La Rioja, sec. 1ª, A 25-8-2011, nº 84/2011, rec. 443/2011. EDJ 2011/204882

⁹ AAP Gerona, sec. 3ª 257/2005 de 5 de mayo.

¹⁰ S.Tribunal Supremo Sala 1ª, S 29-3-2001, nº 308/2001, rec. 972/1996 EDJ 2001/4723.

¹¹ MADRIGAL MARTINEZ PEREDA. Actividad procesal del Fiscal de protección de menores. Referencia a distintos procedimientos. Apartado II. Curso CEJ mayo 2012.

No precisa ajustarse a la tramitación fijada en los art. 721 y ss. de la LEC que regula las medidas cautelares en el proceso civil, pero son aplicables por analogía, a falta de previsión expresa.

Es posible acordarlas en la 2ª instancia, así si se estima la oposición a resoluciones de desamparo, a fin de asegurar el completo bienestar de los menores. A título de ejemplo, se hace uso de esta facultad de oficio, la S. Audiencia Provincial de Navarra, sec. 2ª, S 3-2-2004, nº 19/2004, rec. 303/2003. Pte: Cobo Sáenz, José Francisco, FJ tercero¹²; AP Barcelona, sec. 18ª, S 19-11-2003, rec. 426/2003. Pte: Anglada Fors, Enrique, en aplicación del art. 134 de la derogada Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña.

En la S. Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 2ª, nº 230, de 3-10-12, Pte. Magaña Calle, lo fue a instancia del Ministerio Fiscal:

“SUBSIDIARIAMENTE Y para el supuesto de que la sala confirmara la sentencia recurrida, al amparo del art. 158. 4º Cc., teniendo en cuenta la necesidad de intervención sicosocial con la madre y su pareja, y el riesgo de abandonar la localidad con interrupción de la intervención, INTERESA la adopción de las siguientes medidas:

- Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio de la unidad familiar.
- Seguimiento por parte del servicio de protección o de servicios sociales de la situación familiar, debiendo emitir informes trimestrales al Juzgado de primera instancia sobre la evolución.

De forma que una evolución negativa o el incumplimiento de la primera medida, pudiera determinar en ejecución de sentencia la posibilidad de adoptar por el juez “a quo” las medidas oportunas para evitar perjuicios a los menores.”

En el seno de un procedimiento *penal*, son muy variadas las medidas que se pueden adoptar en protección de un menor bien víctima, o bien afectado de alguna forma por el proceso, como en el caso de menores que queden desprotegidos por la privación de libertad de sus padres (Auto de la AP de Madrid, secc. 22ª, 121/2009 de 20 de abril. FJ 4º¹³).

Puede acordarse la guarda judicial si se detecta situación de grave riesgo en el seno del procedimiento de la Responsabilidad penal del menor para aplicación de la medida de convivencia en grupo familiar o de la medida de alejamiento de sus padres. Si no hay riesgo grave o urgente se procederá conforme dispone el art.7 i), remitiendo testimonio de particulares a la entidad pública de protección del menor.

También pueden solicitarse de forma autónoma, a través de un expediente de *jurisdicción voluntaria* para interesar y obtener resoluciones judiciales urgentes en que resulta esencial actuar de forma inmediata, evitando las dilaciones o reticencias de la administración tutelante. Este será el supuesto más frecuente en las Secciones de Menores de Protección de la Fiscalía que permite actuar ante reticencias o dilaciones de la Administración o en supuesto de riesgo grave e inminente, como el supuesto de riesgo de matrimonio concertado, mutilación genital, ante un caso grave y urgente respecto a menores sujetos a guarda de hecho, salida del territorio nacional de un progenitor con sus hijos, con riesgo de éstos y en perjuicio del otro progenitor. Es el supuesto que se adjunta como ANEXO 3.

Este cauce procesal, regulado en los art.1881 y ss. de la LEC de 1881, vigente conforme a la Disposición Derogatoria única 1.1º de la LEC 1/2000, es rápido y permite presentar pruebas y solicitar audiencia de personas vinculadas al menor. El Juez tiene

¹² EDJ 2004/23534

¹³ EDJ 2009/305500

amplias facultades para acordar diligencias de prueba que considere oportunas como dictamen sociofamiliar o sicosocial.

Deberá oírse al menor si es mayor de 12 años o tuviera suficiente juicio. También a la parte frente a o respecto a la que se pide la adopción de la medida aunque en situaciones urgentes o cuya naturaleza aconseja no alertar a la fuente de riesgo, podrán adoptarse *inaudita parte*, conforme permite el art. 733.2 in fine.

Cabe recurso de apelación en un solo efecto conforme a lo dispuesto en el art. 1820 LEC 1881.

8. GUARDA DE HECHO

La guarda de hecho es aquella situación en la que una persona asume funciones de protección respecto a un menor de edad o incapaz sin que concurra un específico deber establecido en el ordenamiento jurídico.

Al Ministerio Fiscal se comunica, art. 230CC., bien por los mismos guardadores, bien por la misma Administración local o por la policía, situaciones de guardas de hecho: normalmente vecinos o parientes que cuidan al menor, por motivos de salud o por ausencia de los padres. La casuística es muy variada y deben existir plurales soluciones jurídicas para legalizar la situación del menor, dando una respuesta lo más eficaz posible.

8.1.- Provisionalidad.

Como la guarda de hecho no es una institución de protección del menor, no cabe un pronunciamiento judicial que dé estabilidad para el futuro a una situación de hecho que es provisional, siendo obligación de la autoridad judicial y fiscal, conforme recoge el art. 228 Cc., el promover las instituciones tutelares y de protección del menor. Su subsistencia provisional se limita al tiempo que duren la sustanciación de estos trámites. Entre tanto, conforme al art. 299 bis CC. el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa del menor. Con este fundamento se ha solicitado pensión de orfandad al menor y demandado alimentos al progenitor.

Hay algunas resoluciones contradictorias, el A.AP Barcelona de 23-01-07, sec. 18^a, A 23-1-2007, nº 20/2007, rec. 677/2006, en expediente de Jurisdicción voluntaria a instancia de la abuela para el nombramiento de tutor, resuelve estimar el recurso, y “legítima” la situación en base al art. 253 CF y 303CC, nombrando guardadora de hecho a la abuela. Hay margen para esa posibilidad con arreglo al art. 225.3 Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

La S. AP Cádiz, 22-12-04, nº 181/2004, rec. 133/2004. Pte: Río Fernández, Lorenzo del, FJ Sexto, último párrafo), por el contrario, recoge: “*al tener conocimiento de la guarda de hecho la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal lo que éstos deben hacer, no es perpetuarla en el tiempo, como así ha sucedido, sino de forma inmediata promover las instituciones tutelares, sin perjuicio, claro está, de las inherentes y coetáneas medidas de control y vigilancia en interés del menor*”.

El Código Civil no regula la guarda de hecho como una medida de protección de segunda categoría o menos estricta, se limita a contemplar la posibilidad de que existan situaciones de hecho y dicta unas pocas normas para su control y la protección del menor reconociendo la transitoriedad de la situación y dando pie a un procedimiento jurisdiccional, conforme al art. 228CC: “*pedirá el primero (MF), y dispondrá el segundo (Juez), incluso de oficio, la constitución de tutela*”.

8.2.- Actuación.

Ante la noticia de una guarda de hecho, habrá de poner las circunstancias que nos consten en conocimiento del Servicio de protección, para que evalúen la situación y si además, hay una situación de peligro grave o urgente para el menor, plantear ante el Juzgado la adopción de medidas cautelares al amparo del art. 158 CC.

La referencia al artículo 228CC indica que hay que poner en marcha los mecanismos del artículo 172CC, no limita la petición de tutela a tutela ordinaria, pudiendo solicitar el Ministerio Fiscal de la Administración la constitución de una tutela administrativa cuando tenga conocimiento de tal situación, dado que el mismo texto del art. 222CC contempla la tutela ex lege como una modalidad más de tutela, junto a la tutela ordinaria.

Conforme al Art. 303 CC., el Juez puede pedir informes al guardador (la situación actual del menor como bienes, escolarización, relaciones con su familia biológica, etc.) y establecer mecanismos de control y vigilancia. Y procede requerir a la Administración para que en ejercicio de sus competencias, constituya el acogimiento que corresponda, declarando en su caso el desamparo o asumiendo la guarda administrativa.

La intervención de la Administración permitirá comprobar si ha existido una dejación del cumplimiento de sus deberes por los progenitores, bien absoluta, bien no ejercitando el mínimo exigido en los art. 154.1º y 172 Cc., asumiendo terceros la guarda de hecho del menor, que resulta estar cuidado por quien no tiene título para ello y en base a un vínculo jurídico extremadamente débil, generando un grave déficit de seguridad jurídica. En estos casos, el Ministerio Fiscal deberá instar a la Entidad pública de protección de menores a que proceda a la asunción de la tutela ex lege, previa declaración de desamparo, sin perjuicio de constituir un acogimiento provisional a favor del guardador, en tanto se valora la idoneidad del mismo.

O bien permitirá comprobar si estamos ante una delegación de guarda, en que por razones justificadas, temporales, los padres solicitan el auxilio de terceras personas, conforme a los usos sociales, no desentendiéndose de sus deberes de protección, cuya titularidad es intransmisible¹⁴, conservando contacto personal y manteniendo su poder de decisión y dirección en su proceso de formación.

Será posible, al amparo del art. 158 CC. y 216 CC., solicitar la constitución de una guarda judicial, y en analogía a la medida prevista en el art. 103.1ª párrafo 2º CC., designar como acogedores a los acogedores de hecho, preservando el vínculo de apego que pueda haber surgido con sus cuidadores y otras medidas que preserven el interés del menor. Es el supuesto que se recoge en el ANEXO 4.

¹⁴ Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 2ª, S 20-1-2006, nº 4/2006, rec. 119/2005. FJ 4º

8.3. Desamparo y tutor ordinario

Una de las cuestiones más controvertidas es la de si es preciso declarar en desamparo a un menor que está asistido bajo la figura de una guarda de hecho. Ello fue tratado en el Dictamen 6/11, *sobre el tratamiento de la guarda de hecho* que después de relacionar distintas disposiciones autonómicas expone: *“De estas disposiciones pudiera parecer que los legisladores autonómicos parten de la idea de que no toda situación de guarda de hecho debe dar lugar a la intervención administrativa a través del desamparo y de la tutela automática, que solo deberá operar cuando no quepa otra solución más acorde con el interés del menor.”*

Concluye que en estas situaciones el menor está en desamparo, y ello deriva no de que el menor no esté recibiendo la atención precisa, sino de que ésta se presta por quien no tiene título para ello, con grave déficit de seguridad jurídica en el menor. Las conclusiones han sido acogidas en la Circula 8 /2011, ya citada.

Cabe, una vez declarado en desamparo nombrar al acogedor tutor ordinario, cuando pueda preverse un desenvolvimiento pacífico de la tutela. El procedimiento será el de Jurisdicción voluntaria conforme a la D.A. 3º de la LOPJM. Será conveniente cuando los acogedores sean parientes próximos o abuelos.

En otro caso, será preferible acordar un acogimiento familiar pues la Administración garantiza apoyo y respaldo a los acogedores, pudiendo delegarse conforme al art. 173 bis apartado 2º CC las facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus obligaciones.

En los casos más graves puede promover un procedimiento de privación de patria potestad.

9.- GUARDA ADMINISTRATIVA O VOLUNTARIA.

Se regula en el art. 172.2 del Cc.:

“Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que esta asuma su guarda durante el tiempo necesario”.

Debe concurrir una circunstancia grave que impida a los padres ejercer los deberes básicos que integran la patria potestad, que se definen en el art. 154 Cc.: *“Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”*. Lo que son alimentos se definen en el art. 142 CC y comprende lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y la educación e instrucción del alimentista.

Constituida la guarda administrativa, los padres siguen ostentando la patria potestad, manteniendo los derechos de representación legal, de administración de bienes y de visitas sobre el menor. Normalmente se acuerda por tiempo determinado y cualquier variación se comunica al Ministerio Fiscal.

Contra estas resoluciones que acuerdan la guarda o la deniegan cabe oposición conforme al art. 780 LEC.

Se ha demandado por los padres la asunción de guarda administrativa por ausencias temporales de los padres en otros países o provincias por razones laborales o bien por hospitalización temporal del progenitor, no pudiendo delegar en otro adulto la guarda temporal de los menores.

También en casos en que los mismos no pueden garantizar la asistencia educativa o médica a sus hijos, con grave riesgo en su proceso de formación personal, como en el supuesto de menores con graves trastornos de conducta, pues los recursos específicos existentes acogen a menores bajo la guarda de la Administración. Serían supuestos contemplados en el art. 17 de la LO 1/96, situación de riesgo que perjudica el desarrollo personal y social del menor, que no requiere (salvo en casos graves) de la asunción de la tutela.

A las secciones de menores acuden padres de hijos con trastornos de conducta o de comportamiento, desesperados, tras un peregrinar por las instituciones, sin respuesta en los ámbitos educativo, social y sanitario, ante la ausencia de recursos sanitarios o sociales específicos. Cuando acuden a la Fiscalía, el conflicto se halla en niveles insostenibles, pudiendo existir riesgo real para la integridad física de los padres o del hijo.

La realidad es que hoy por hoy, quien da mejor respuesta a estas situaciones es la entidad pública de protección, que dispone de recursos para menores tutelados.

Las opciones que se representan esos padres son conseguir que los declaren en desamparo, a lo que suelen ser reacios por las connotaciones que tiene, ignorando que un menor puede ser declarado en desamparo sin que ello implique negligencia por parte de los padres, sino imposibilidad imputable a ellos o al propio menor, y que ven como última solución, o bien esperar que cumpla 14 años y un Juzgado de Menores acuerde una medida que implique la separación de su familia.

Esta problemática fue abordada por el Defensor del Menor de Andalucía, en su informe especial al Parlamento en noviembre de 2007,¹⁵ que recomienda el acceso a los recursos especializados de menores no tutelados y que en su presentación, recoge la situación que se nos presenta en la Fiscalía: “Sorprende cómo algunas familias acuden desesperadas a nuestra oficina solicitándonos que hagamos algo por su hijo o hija. Saben que su destino no augura nada bueno ya que el historial creciente de sus “hazañas” así lo demuestra, pero nadie parece darse por aludido. Han pedido ayuda a los servicios sociales de su localidad, han pedido ayuda a los profesores y a la Dirección del centro educativo, han acudido a las citas en los servicios de salud mental y seguido al pie de la letra sus instrucciones, han solicitado el auxilio de los servicios de protección de menores, e incluso se han entrevistado con la Fiscalía en solicitud de ayuda, y la respuesta siempre ha sido la misma, comprenden su situación pero la posible solución excede sus posibilidades”.

La opción de solicitar la guarda administrativa es una posibilidad que solemos explicar a esos padres que llegan a la Fiscalía, considerando que el diagnóstico del trastorno

¹⁵ DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA

Menores con trastorno de conducta en Andalucía /Defensor del Pueblo Andaluz, Defensor del Menor de Andalucía. - 1ª ed. - Sevilla: Defensor del Pueblo Andaluz, 2007.- 274 p. - 24 cm.ISBN: 978-84-89549-97-5.
<http://www.defensor-and.es>

conductual que precise de intervención específica, y la imposibilidad de soportar la convivencia con su hijo, es una de las “circunstancias graves” que justificarían una guarda administrativa.

ANEXO 1. Escrito de oposición frente a escrito de entidad pública que no reviste la forma de resolución en que se deniega el desamparo y petición de medidas cautelares con atribución de guarda a la administración.

AL JUZGADO DE 1º INSTANCIA QUE POR TURNO DE REPARTO CORRESPONDA.

El Fiscal, en la representación que ostenta al amparo de lo dispuesto en los art. 3.6 y 3.7 del E.O.M.F. y art. 228 Cc., comparece ante el Juzgado y formula escrito de oposición a la resolución administrativa de fecha X, dictada por la Entidad pública de Protección de menores de la Delegación Provincial de Córdoba de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, con domicilio en Y de Córdoba, en la que se acuerda el no desamparo, ni inicio de expediente alguno respecto a la menor N. T. R., en base a las siguientes consideraciones:

HECHOS

PRIMERO.- N. T. R., menor de edad, nació el X, hija de D. A. y D^a A., con domicilio en X.

SEGUNDO.- Con fecha X se ha dictado una resolución en la que expresamente se indica que no procede “la medida de la declaración de desamparo de la menor”, pese a reconocer el carácter “anómalo” de la situación de la menor, por:

PRIMERO

a.- La suspensión de la patria potestad es perjudicial para los progenitores al ser “figuras protectoras adecuadas”.

b.- No tienen recursos para garantizar asistencia material y moral a una menor respecto a la que “es lógico prever” que protagonice fugas, siendo ello contrario al principio de eficacia de la Administración.

SEGUNDO

a.- Que el desamparo se predica, en su caso, de la familia donde están, no de los padres por lo que “no podrían ser causa de la declaración de desamparo”.

TERCERO

No descarta la posibilidad de que la menor permanezca en compañía de los padres.

Se adjunta copia como doc. N^o 1

TERCERO.- Dicha resolución tiene la naturaleza de una “resolución administrativa” dictada en el ejercicio de las funciones legalmente encomendadas y es hábil para interponer contra la misma los recursos que corresponden, por cuanto:

1º.- Fue dictada en contestación a un oficio de esta Fiscalía de fecha X, con Registro de salida n^o X, en el que, ante la gravedad de la situación, expresamente se le insta a adoptar medidas de protección respecto a la menor. Se acompaña como doc. N^o 2 copia de dicho oficio que obra en nuestros archivos.

2º.- En antecedentes del caso, figura otros oficios remitidos desde esta Fiscalía, dirigidos a lograr la intervención del Servicio de Protección. Así, oficio de X, con Rgto. de salida n^o Y.

- de X, Rgto. de salida n^o Y.

3º.- Expresamente indica que no procede “la medida de la declaración de desamparo de la menor”, argumentando las razones que le llevan a desestimar la petición realizada por el Ministerio Fiscal.

La doctrina constitucional, ha establecido que “al abordar la tarea de examinar ex art. 24.1 CE, las resoluciones “judiciales” que cierran el acceso a la jurisdicción y, por tanto, impeditivas de la obtención de una primera respuesta judicial sobre el fondo de los derechos e intereses sometidos a tutela, despliega su máxima

eficacia el principio pro actione, exigiéndose por su virtud que los órganos judiciales cuando interpreten los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto..”(SSTC 63/1999, de 26 de abril, 142/2004, de 13 de septiembre, FJ2, entre otras)

Conforme al contenido del escrito de la Delegación, y la doctrina constitucional citada, podemos afirmar que estamos ante una “resolución” en materia de protección de menores, frente a la que se puede formular oposición por los trámites previstos en los art. 779 y 780 Lec, pues en caso de no tenerse como tal, se impediría el acceso a la vía judicial para oponerse a la inactividad de la administración, que no dicta formalmente una resolución, fuente generadora de indefensión en perjuicio de la protección de los menores, que privados de la atención inmediata a que tiene derecho conforme al art. 14 de la LO 1/96, se ven perjudicados por la omisión de la actuación debida.

Así se resuelve para un supuesto similar, en A AP. Barcelona, secc. 18ª, de 14-03-2006, nº 66/2006, rec. 540/2005.

CUARTO.- La situación actual de la menor es de “desprotección total”, según la califica los Servicios sociales comunitarios, en contestación a oficio de esta Fiscalía, en informe de fecha X, servicios que han estado interviniendo con la menor y que ya han dado por finalizada la intervención. Se adjunta copia como doc. ° 3

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- En cuanto a la competencia objetiva y territorial, art. 779 de la LEC
- En cuanto al procedimiento, art.780 y siguientes de la LEC.,
- En cuanto a la legitimación del Ministerio Fiscal, art. 3.6 y 3.7 del E.O.M.F. y art. 174.2 párrafo 2º CC y 749.2 de la LEC.
- En cuanto al fondo, art. 172 y siguientes del Cc.

Por todo lo anteriormente expuesto,

El FISCAL, interesa al Juzgado que se tenga por presentado este escrito con los documentos acompañados, tenga instado el procedimiento de oposición a la resolución administrativa de no desamparo de la menor N. y reclame testimonio completo del expediente administrativo a la Entidad pública de protección de menores, y una vez recibido, emplace al Ministerio Fiscal para interponer la correspondiente demanda.

OTROSI DIGO.- Que interesa al Juzgado, en uso de la legitimación que le conceden el Art. 3.7 y 3.16 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en relación al art. 158.3º Y 4º del Código Civil, y de la L.O. 1/96 de Protección jurídica del Menor que exige del Ministerio Fiscal el ejercicio de las oportunas acciones en defensa de sus derechos (art. 10.2 b), acuerde como **MEDIDA CAUTELAR**, la guarda de la menor por parte de la Entidad pública de protección de menores, en base a los siguientes:

HECHOS

PRIMERO. La menor se encuentra en una grave situación, viviendo en un entorno sociofamiliar desfavorable, privada de asistencia material y moral, habiendo hecho los padres dejación de sus funciones, aquietándose a la situación presente.

La menor abandonó el domicilio familiar, sito en C/, a primeros del mes de Agosto de X, y contando todavía con 14 años, pasó a residir en el domicilio de quien considera su pareja, R., sito en Y.

SEGUNDO.- Respecto a los padres, familia de origen que vive y está integrada socialmente en un entorno normalizado, bien sea por ignorancia o imposibilidad, no ejercen las funciones inherentes la patria potestad

descritas en el art. 154 CC: “1º velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2º Representarlos y administrar sus bienes”.

Pese a que en los primeros momentos formularon denuncia por fuga de su hija, ya en atestado n° 176 G. civil, el padre de la menor manifiesta el X, que ha consentido que su hija, viva con “R.” en Y. Tiene 14 años. Se adjunta copia de la referida comparecencia como doc. n° 1.

Según informe de los servicios sociales comunitarios, por imposibilidad o temor, consienten la situación actual (...). Demandan el auxilio de las autoridades para resolver la situación frente a la que se encuentran impotentes existiendo total incapacidad para imponer su criterio y autoridad. Ya por ignorancia, dejación, pasividad, imposibilidad, por temor a la familia o a la “pareja” de la hija, por defecto de aptitudes educativas o sociales, y sin considerar que se han producido o buscado de propósito por los padres tales circunstancias, e incluso pese a su buena voluntad, lo cierto es que los padres carecen de los recursos y competencias adecuados para ejercer las funciones tuitivas inherentes a la patria potestad y la menor se encuentra viviendo en un entorno sociofamiliar desfavorable, con absentismo escolar, deficiencias en el hogar, drogadicción e inmersa en un mundo delictual, que la ha alcanzado al estar imputada en un procedimiento penal, Expediente de reforma n° Y de la Fiscalía de menores.

Situación ésta que viene dándose desde que dejara el hogar paterno, si bien, se ha agravado con el cierre de la intervención de los servicios sociales comunitarios, a finales del mes de mayo, tras el fracaso de las medidas que dentro de sus competencias, se habían puesto en marcha para mejorar la situación.

Así mismo se informa por el Equipo técnico de apoyo a la Fiscalía, que, “en este momento y tras varios intentos fallidos de intentar persuadir a N. para que regrese al domicilio familiar, la postura de los padres es de desesperanza e impotencia, sintiéndose incapaces de recuperar a su hija, de modo que han desistido y abandonado la dinámica activa que han venido manteniendo hasta ahora”.

TERCERO.- En cuanto a la familia “acogedora”, la misma Entidad pública reconoce que la situación de la menor es anómala. Esa unidad familiar es sobradamente conocida en el Servicio de Protección por cuanto cinco de sus menores hijos fueron sujetos de una resolución de desamparo de fecha Y, ingresando todos ellos en Centros de Protección de Menores, en base a la escasez de recursos económicos y desorganización de la vida familiar, desatención de las necesidades básicas de los hijos, inexistencia de pautas educativas concretas e imposibilidad por parte de los Servicios Sociales Comunitarios de llevar a cabo una intervención positiva con la familia. En la actualidad sigue siendo menor de edad sólo M., la cual continúa en Acogimiento Familiar Permanente, siendo su acogedor su hermano J., bajo la tutela de la Entidad pública.

La unidad de convivencia donde se encuentra N. en la actualidad no dispone de los recursos suficientes para cubrir sus necesidades materiales y morales más básicas, apareciendo graves dificultades y problemas en la historia de esta familia que han afectado a la adecuada evolución de sus propios hijos cuando eran menores de edad, como se ha expuesto y que, de igual modo, pueden afectarle a ella. Se trata de una familia multiproblemática, usuaria desde hace muchos años de los Servicios Sociales de Y y con la que se han realizado intervenciones de diversa índole con escaso o nulo resultado.

La pareja sentimental de N., R., de Y años de edad y al parecer toxicómano, se encuentra en busca y captura por varios causas pendientes. Se adjunta como doc. n° información al respecto, del Juzgado de Instrucción n° 2 de C.

El padre de R. presenta una larga problemática relacionada con el alcohol y la madre está parapléjica tras sufrir un accidente de tráfico.

La situación económica es muy precaria, al igual que la higiénica y sanitaria, presentando la vivienda en la que reside condiciones deficientes de habitabilidad. Se adjunta copia de algunas de las fotografías obrantes en el Expediente de Reforma n° 157/08, por un presunto delito de receptación, a raíz de una diligencia de entrada y registro efectuada en el domicilio de su novio, a resultados de la cual se intervinieron numerosos efectos procedentes de diversos hechos delictivos, así como sustancias estupefacientes, habiéndose iniciado varios procedimientos penales contra los moradores de la vivienda.

Por último, la menor no asiste a ningún centro educativo desde septiembre de X.

En el informe emitido por el Equipo Técnico de Apoyo adscrito a esta Fiscalía de Menores, cuya copia se adjunta con el presente escrito como doc. n° 2, se describe la “situación de alto riesgo de la menor, sobre la que se debería intervenir de forma inmediata, teniendo en cuenta que los padres han perdido la capacidad de control sobre su conducta, que convive con una pareja que se encuentra fugado de la prisión, en un núcleo familiar altamente disfuncional, en el que existen consumo de tóxicos y modelos de conducta entre algunos de sus miembros absolutamente inadecuados para la formación de una adolescente de quince años”.

CUARTO.- Se solicita como medida CAUTELAR a fin de hacer cesar de inmediato la situación en que se encuentra la menor, que si bien tuvo inicio en Agosto de X, se ha agravado notoriamente puesto que la Unidad de Trabajo Social de B. (Instituto Provincial de Bienestar Social de Y), en informe emitido con fecha X concluye que la situación de la menor, que sigue viviendo en Y, **es de desprotección total**, dando por finalizadas las intervenciones realizadas por esos profesionales al no obtenerse resultados favorables. Igualmente se remite copia de este nuevo informe, lo que hubiera debido llevar, a juicio del Ministerio Fiscal, agotada la intervención en este nivel, a la intervención del Servicio de Protección, como se demandó en oficio con Rgto. de salida nº Y, a lo que se ha resuelto con el escrito que ha sido objeto de oposición, acordándose la no adopción de medida alguna de protección, que lleva a la menor a permanecer en la situación actual de desprotección total.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.-En cuanto al fondo:

-Art. 158 CC. , que dispone que “El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

2º.- Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

4º.- En general, las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarles perjuicios.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria”.

-Art. 216CC., que extiende la aplicación del anterior precepto a todos los supuestos “de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores o incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos.

- Art. 172.2 último párrafo que permite que el juez acuerde la guarda a cargo de la entidad pública.

2.- En cuanto al procedimiento, por analogía conforme al art. 4.1 Cc., los artículos 733 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento de la LEC, a falta de previsión expresa en el art. 158Cc.

EN SU VIRTUD, interesa al Juzgado que teniendo por formulada la pretensión precedente, dicte AUTO por el que se acuerde la atribución provisional de la guarda de la menor a favor de la entidad pública de protección de menores, para en principio, el acogimiento residencial, adoptando medidas de custodia y vigilancia para asegurar su presencia física en el mismo, arbitrando un régimen de visitas respecto a los progenitores.

OTROSI 1º: Para el caso de celebrarse vista, de conformidad a lo dispuesto en el art. 14.1 LEC. interesa sea ofrecida la intervención en el proceso de los representantes legales de la menor, sin perjuicio de la condición de demandados que pudieran ostentar en su día.

ANEXO 2.- Medidas cautelares de carácter patrimonial

OTROSI.- Que interesa al Juzgado, en base al art. 158.1º, 2º y 4º del Código Civil, y 167 CC. y con arreglo a la documentación señalada en el apartado anterior, que se acuerde como **MEDIDAS CAUTELARES**, las siguientes:

1.- Se acuerde el bloqueo de los saldos positivos que todavía queden en las cuentas a nombre de la menor, de las que el padre esté autorizado para disponer y que pudieran corresponder a las siguientes, de la entidad X con nº

YYY

de tal forma que el padre no pueda disponer de ellos sin autorización judicial y se informe a ese Juzgado de los saldos bloqueados y, si las cantidades han sido transferidas a otras cuentas, que indique a cuáles, para que inmediatamente se entiendan tales diligencias con el director de la agencia en que se encuentren.

2.- Se libre oficio a X para que informe:

A- Del estado de la cuenta Y, de D^a A., fallecida y si ha habido algunos movimientos desde el mes de enero de 2010 y en su caso, acuerde el bloqueo de la misma.

B- Cuotas hipotecarias pendientes de pago del préstamo que grava la finca C en el que figura como cotitular, D^a A. y que se carga en la cuenta Y y a cuanto asciende a día de hoy la mensualidad.

3.- Se proceda, a recabar de la Agencia Tributaria los datos de otras cuentas de las que fuera titular la fallecida, o la menor de las que el padre esté autorizado para disponer. En todo caso, solicitamos que, en cuanto haya datos de existencia de la misma, se proceda al bloqueo inmediato en la forma arriba apuntada.

4.- Se libre oficio a la TGSS para que proceda a la retención del pago de la prestación de orfandad correspondiente a la menor o bien se acuerde igualmente el bloqueo de la cuenta Y, donde se ingresa actualmente la misma, cuya titularidad desconocemos.

5.- Se requiera al arrendatario de la cochera, D. J., con domicilio en la C/, para que efectúe los pagos correspondientes en la cuenta titularidad de la menor que designe la administradora de la herencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.-En cuanto al fondo:

-Art. 158 CC., que dispone que “El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1º.- Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres.

2º.- Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

4º.- En general, las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarles perjuicios.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria”.

-Art. 216CC., que extiende la aplicación del anterior precepto a todos los supuestos “de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores o incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos.

-Art 167 CC. que permite la adopción de medidas cuando la administración de los padres pone en peligro el patrimonio del hijo.

-art 164.1º Cc., que excluye de la administración paterna los bienes adquiridos a título gratuito si así lo ordenare el disponente.

2.- En cuanto al procedimiento, conforme al art. 158 Cc., se pueden adoptar en un expediente de jurisdicción voluntaria, art. 1811 y ss. LEC.

Por analogía a lo dispuesto en el art. 726.1 Lec., es preciso la adopción de la medida cautelar prevista en el art. 158.1 y 4 Cc., como medio de garantizar la eficacia de la ulterior decisión que se adoptara para la gestión de la herencia, y además no es susceptible de ser sustituida por otra menos gravosa al ser la única para evitar la gestión por el padre de una herencia con vulneración de lo dispuesto en el art. 164.1º y 165 Cc. dado el tiempo transcurrido desde que se le hicieron las correspondientes advertencias, y que de no proceder de esta forma, pudiera ser imposible o de difícil restitución el capital de la menor. Es además proporcionada a la cuestión planteada, dado la nula aportación por el padre al mantenimiento de la menor y la opacidad de la administración de su dinero, incluida la pensión de orfandad que ha pasado a ser abonada en otra cuenta sin contar para nada con la menor.

Interesa que dada la urgencia de la medida que se solicita y que la audiencia previa del padre, puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, se provea por el Juzgado conforme dispone el art. 733.2, resolviendo **“inaudita parte”**.

EN SU VIRTUD, interesa al Juzgado que teniendo por formulada la pretensión precedente, dicte AUTO por el que se acuerde:

1º.- Requerir al padre para que proceda a la partición de la herencia y se abstenga de administrar la herencia al haberlo previsto la testadora.

2º.- Designar como defensor judicial a D. J., con atribución provisional de la guarda de la menor a favor del mismo.

3º.- Adoptar las medidas cautelares solicitadas.

ANEXO 3.- Medidas cautelares de carácter urgente

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº Y DE X

EL FISCAL DE MENORES, en uso de la legitimación que le conceden el Art. 3.7 y 3.16 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en relación al art. 158.3º Y 4º del Código Civil, y de la L.O. 1/96 de Protección jurídica del Menor que exige del Ministerio Fiscal el ejercicio de las oportunas acciones en defensa de sus derechos (art. 10.2 b), se dirige a ese Juzgado, solicitando con **CARÁCTER URGENTE la adopción de medidas cautelares en relación a menores conforme al art. 158, 3º y 4º Cc.** art 156CC., en base a los siguientes:

HECHOS

PRIMERO.- En este Juzgado se siguieron **Autos Y**, en los que recayó sentencia de fecha Y, en la que se estimaba la demanda de divorcio interpuesta por Dª N. contra D. M., aprobándose el convenio regulador presentado, otorgando la guarda y custodia de dos de los hijos menores: R., n/ y A., n/ a Dª N., quedando la menor R., n/ con el padre, siendo la patria potestad compartida. Se adjunta copia de la sentencia como **doc. nº 1** y copia del libro de familia como **doc. nº 2**.

La hija mayor, N., n/, quedaba también con el padre.

SEGUNDO.- En el día de hoy ha comparecido en esta Fiscalía D. M., exponiendo lo que obra en comparecencia que se aporta como **doc. nº 3**.

TERCERO.- En la misma expone que:

1º.- (...)

2º.- Que mantiene buena relación con su mujer, no habiendo surgido problemas en cuanto al ejercicio de la patria potestad hasta ahora, teniendo el compareciente la guarda de hecho de su hija menor, R., , por interesarle a la menor residir en su domicilio, dada la proximidad del centro escolar.

3º.- Que el sábado pasado, día 24 de mayo, su exmujer le comunicó que debía quedarse con los hijos menores al quedarse ésta en precaria situación económica, hasta el próximo lunes pues tenía intención de trasladarse el próximo **LUNES DÍA 2 DE JUNIO A ARGELIA**, haciéndose acompañar por su hija R., A FIN DE ESTABLECERSE DEFINITIVAMENTE EN AQUEL PAÍS CON SU FAMILIA.

4º.- Que el compareciente le comunicó su oposición a ese viaje, así como a que se estableciera en Argelia, no atendiendo a ello su exmujer, quien le comunicó que podría no volver a ver más a sus hijos.

5º.- Que pese a que el compareciente le ha pedido a su exmujer que reconsidere su decisión, que no comparte, ella le ha manifestado que ya tiene los billetes, saliendo desde Madrid inminentemente, por lo que tiene gran temor de que esto suceda así, siéndole imposible volver a ver a sus hijos, habiendo manifestado su hija R. su deseo de quedarse con el padre y R., como condición para acompañar a su madre en ese viaje, su regreso en septiembre para continuar en Córdoba, no teniendo el compareciente garantías de ese regreso de su hija menor, que está además bajo su guarda legal.

6°.- Tiene además temor por cuanto fue a raíz de un viaje a Argelia, por la influencia de su familia, y alegando preceptos de su religión musulmana, cuyo cumplimiento radicalizó desde entonces, por lo que su exmujer le solicitó el divorcio, que el declarante se vio obligado a aceptar, de mutuo acuerdo, por el bien de sus hijos.

Además en estos días ha advertido, sin certeza, que su menor hijo ha sido circuncidado, sin que ello le haya sido comunicado, ni teniendo constancia de su necesidad por razones médicas, así como ha advertido, al comprobar el listado de llamadas que él abona al realizarse desde el móvil de su menor hija R., que hay mensajes enviados a Irak, diciéndole su hija que las hace su madre, temiendo el declarante que no viajen a Argelia como dice su exmujer, sino a Irak. Muestra en esta Fiscalía el referido listado.

7°.- Que ha acudido al Colegio de Abogados donde le han comunicado la designación de D. D. M. con domicilio en la c/, PERO ANTE LA URGENCIA DEL CASO y la dificultad de contactar con el letrado, acude a esta Fiscalía, interesando se soliciten las medidas adecuadas para impedir la salida del territorio de sus menores hijos, en interés de los mismos, sin perjuicio de lo que se acordara más adelante por cauces no urgentes.

8°.- Que no es intención del compareciente perjudicar a su exmujer, a quien reconoce todos los derechos que como madre le corresponden, con quien no hay mala relación ni problemas, pero no quiere verse privado de la guarda de sus hijos ni del ejercicio de la patria potestad por lo expuesto.

CUARTO.- Siendo D. M. titular junto con su esposa de la patria potestad de sus menores hijos, teniendo además la guarda legal de su menor hija R., así como, parece ser la de hecho de su hija R., constando con indicios para considerar que la madre pudiera establecerse en Argelia, sin garantizar la vuelta de los menores a España, no contando con ello con la voluntad del padre de las menores, es procedente la aplicación de lo dispuesto en el art. 156, párrafo 2° del CC., debiendo resolver el Juzgador, si bien siendo inminente la salida de los menores del territorio nacional procede la adopción de una medida cautelar que frustre la decisión que se adoptara en su momento.

QUINTO.- Conforme dispone el art. 726.1 Lec., es preciso la adopción de la medida cautelar prevista en el art. 158.3 y 4 Cc., como medio de garantizar la eficacia de la ulterior decisión que se adoptara conforme al art. 156 Cc., sobre el domicilio de los menores, y la menos gravosa o perjudicial para el futuro demandado, además no es susceptible de ser sustituida por otra menos gravosa al ser la única para evitar el proyectado e inminente viaje, que de realizarse haría imposible o de difícil ejecución la eventual decisión que se adoptara al respecto. Es además proporcionada a la cuestión planteada, por cuanto la permanencia de los menores en este país, donde tiene su residencia legal, en nada les perjudica, sino todo lo contrario, pudiendo terminar el curso escolar tanto R. como R., ya que no consta escolarización del menor A.

Por todo ello, y en base a los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- En cuanto al procedimiento, por analogía conforme al art. 4.1 Cc., los artículos 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento de la LEC, a falta de previsión expresa en el art. 158Cc, y, habiéndose tramitado en este Juzgado los Autos 988/07, el art. 723 Lec. en relación al párrafo último el art. 158 CC.; art 156 CC.

- Los artículos 158.3 y 4 Cc. en relación al art. 156Cc. en cuanto al Derecho material aplicable.

SOLICITA:

Se ACUERDE la prohibición de salida del territorio nacional de los menores R., R. Y A., así como el sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio de los menores, en defecto de

acuerdo de los padres, a fin de evitar a los mismos el peligro y el perjuicio de privarles de su relación con el padre, a la mayor brevedad, dada la inminencia del viaje proyectado, **el próximo día 2 de Junio**.

OTROSI: Interesa que dada la **URGENCIA** de la medida que se solicita y que la audiencia de la madre, cuyo domicilio exacto se desconoce, pudiendo ser localizada en el nº de móvil Y podría suponer una demora que frustre la finalidad de la petición si se produce efectivamente el traslado, se provea por el Juzgado conforme dispone el art. 733.2, resolviendo **“inaudita parte”**.

Se adelanta por fax, sin perjuicio de su ulterior remisión por vía ordinaria.

Córdoba, 28 de mayo de Y
EL FISCAL DE MENORES

ANEXO 4. Medida cautelar para atribución de guarda a los guardadores de hecho en expediente de jurisdicción voluntaria.

EL FISCAL, en la representación que ostenta y al amparo de lo dispuesto en el artículo 3º.7 y 3.16 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, , y de la L.O. 1/96 de Protección jurídica del Menor que exige del Ministerio Fiscal el ejercicio de las oportunas acciones en defensa de sus derechos (art. 10.2 b), insta la incoación de EXPEDIENTE de Jurisdicción voluntaria para adopción de medidas respecto a un menor, J., que se encuentra bajo la guarda de unos guardadores de hecho, en base a los siguientes

(...)

Por todo lo anteriormente expuesto:

EL FISCAL INTERESA al Juzgado que se tenga por presentado este escrito, con los documentos que se acompañan, se le dé el curso legal para que en su día por el Juzgado se incoe expediente de jurisdicción voluntaria y, se proceda a:

1ª.- Requerir a los guardadores, para que informe de la situación actual del (bienes, escolarización, relaciones con su familia biológica, etc.), ratificando las manifestaciones ya vertidas en la Fiscalía, así como la documentación que se acompañó. En tanto no recaiga resolución administrativa, tal información será facilitada cada 4 meses.

2º.- Se requiera a la Entidad pública para que informe periódicamente de la situación legal del menor, y se le solicite se proceda a la resolución del expediente a la mayor brevedad, pudiendo proceder, entendiéndose aplicable lo dispuesto en el art. 40, apartado 3 del Decreto 282/02 de acogimiento familiar y adopción, la constitución de un acogimiento temporal de los menores a favor de los guardadores, en tanto se valora la idoneidad de los mismos, se declara el desamparo o se constituye el acogimiento que se hubiere propuesto, actuando, en su caso, conforme a lo dispuesto en el Art. 48 del mismo Decreto.

3º.- Procede la audiencia del menor conforme al art. 9.1 LO 1/96.

OTROSI.- Que interesa al Juzgado, en base al art. 158.2º y 4º del Código Civil, acuerde como **MEDIDA CAUTELAR**, la **guarda** del menor por parte de LOS ACTUALES ACOGEDORES DE HECHO, y la limitación de las relaciones con sus padres en tanto por la Entidad pública de protección de menores se adopta la resolución que corresponda, en base a los siguientes:

HECHOS

PRIMERO. El menor se encuentra en una grave situación, pues viviendo en un entorno sociofamiliar favorable, se ve expuesto a verse obligado a marchar con los padres biológicos, ante la inexistencia de resolución alguna que de facultades tutelares a los que considera como padres, interrumpiendo con ello un proceso terapéutico iniciado en la USMIJ.

SEGUNDO. Pese a la manifestación contraria del menor, los padres insisten en llevarse al mismo en fecha indeterminada, llevando en esta situación unos 4 meses, desde que el menor volvió de una estancia en China con la madre en el pasado verano, situación que ha desestabilizado al menor anímica, escolar y terapéuticamente.

TERCERO.- Se solicita como medida CAUTELAR a fin de hacer cesar la situación de interinidad en que se encuentra el menor, que se ha agravado notoriamente ante el empeñamiento de los padres biológicos de desconocer la realidad familiar y terapéutica en que se encuentra su hijo.

CUARTO.- Conforme dispone el art. 726.1 Lec., es preciso la adopción de la medida cautelar prevista en el art. 158.3 y 4 Cc., como medio de garantizar la eficacia de la ulterior decisión que se adoptara, y la menos gravosa o perjudicial para el futuro demandado, además no es susceptible de ser sustituida por otra menos gravosa al ser la única para evitar el proyectado viaje, que de realizarse haría imposible o de difícil ejecución la eventual decisión que se adoptara al respecto. Es además proporcionada a la cuestión planteada, por cuanto la permanencia del menor con sus acogedores, en nada les perjudica, manteniendo la situación consentida hasta ahora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.-En cuanto al fondo:

-Art. 158 CC. , que dispone que “El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

2º.- Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

4º.- En general, las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarles perjuicios.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria”.

-Art. 216CC., que extiende la aplicación del anterior precepto a todos los supuestos “de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores o incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos.

-Art 103. 1º último inciso CC. y art.172.2 último inciso, por analogía.

- Art 161 Cc. que determina que el juez puede regular las relaciones de padres e hijos.

2.- En cuanto al procedimiento, conforme al art. 158 Cc., se pueden adoptar en un expediente de jurisdicción voluntaria, art. 1811 y ss. LEC.

EN SU VIRTUD, interesa al Juzgado que teniendo por formulada la pretensión precedente, dicte AUTO por el que se acuerde la atribución provisional de la guarda de la menor a favor de sus acogedores de hecho Dª M. y D. P., en el domicilio sito en C/ y que las visitas entre el menor y sus padres se realicen en B., bajo la supervisión de sus acogedores legales.