



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

DICTAMEN 4/2010, SOBRE LA FUGA Y DESAPARICIÓN DE MENORES COMO CAUSA DE CESACIÓN EN LA TUTELA AUTOMÁTICA

I

La Ley 14/2002, de 25 de julio, de *Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León*, dictada en el ejercicio de la competencia en materia de tutela de menores que atribuía el artículo 32.1.19 de su Estatuto de Autonomía (hoy 70.1.10, tras la reforma operada por la LO 14/2007, de 30 de noviembre), dispone en su art 72, bajo la rúbrica *finalización de la actuación protectora* que *la actuación protectora cesará por los siguientes motivos: e) Por fallecimiento, desaparición o cambio de residencia con carácter estable fuera de la Comunidad del menor protegido.*

La Fiscal Delegada de Menores de Segovia se pregunta sobre la pertinencia de impugnar las resoluciones por las que la Junta de Castilla y León declara extinguida su tutela legal en supuestos en los que los menores desamparados se fugan de los centros en que residen y se colocan en paradero desconocido, resoluciones que se amparan en el reseñado art 72 de la Ley autonómica.

II

El art 72 Ley 14/2002, bajo la rúbrica *finalización de la actuación protectora* dispone que *la actuación protectora cesará por los siguientes motivos: e) Por fallecimiento, desaparición o cambio de residencia con carácter estable fuera de la*

1



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Comunidad del menor protegido

Este precepto no se refiere específicamente a la finalización de la tutela asumida por la Entidad Pública de Protección de Menores sino a la finalización de la actuación protectora.

La vocación de generalidad de la disposición comentada se visualiza con claridad a la vista de su ubicación sistemática en el capítulo IV (del procedimiento para la declaración de las situaciones de desamparo por la comunidad autónoma y para la adopción y ejecución de las medidas en situaciones de desprotección) del Título III de la Ley.

Para interpretar qué debe entenderse por *actuación protectora* ha de acudirse al art 75 del mismo texto, que bajo la rúbrica *Medidas y actuaciones de protección* dispone en su apartado primero que *a los efectos de la acción de protección se consideran medidas de protección las siguientes:*

- a) El apoyo a la familia cuando en la resolución que lo adopte se determine su carácter de medida.*
- b) La asunción de la guarda del menor por medio del acogimiento familiar, en las distintas modalidades contempladas en el Código Civil, y del acogimiento residencial.*
- c) La tutela.*
- d) La adopción.*



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

En su apartado segundo se establece que *se consideran actuaciones con efectos protectores*:

- a) *El apoyo a la familia en los casos no contemplados en el apartado 1.a) de este artículo.*
- b) *El ejercicio de las acciones civiles o penales que resulten procedentes.*
- c) *Cualesquiera otras de carácter compensatorio, de control, asistencial, educativo o terapéutico que se estimen convenientes, redunden en interés del menor y faciliten la adecuada atención de sus necesidades personales, familiares y sociales.*

El análisis sistemático de lo dispuesto en los arts. 72 y 75 arroja luz sobre el genuino significado de este régimen de la finalización de la actuación protectora: aunque el art 72 aborda la cuestión de forma genérica, es claro que debe utilizarse un canon hermenéutico de totalidad. Interpretando sistemáticamente ambos preceptos, cabe extraer una clara conclusión: no todas las causas de finalización de la actuación protectora son aplicables a todas las acciones de protección, medidas de protección y actuaciones con efectos protectores.

Si se entendiera por el contrario que todas las causas de finalización de la actuación protectora (art 72) son aplicables a todas las acciones de protección, medidas de protección y actuaciones con efectos protectores (art 75) - *reductio ad absurdum*- se llegaría a mantener *verbi gratia* que la adopción finaliza por cambio de residencia.

Este efecto indeseable debe, por tanto, superarse con una interpretación



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

sistemática y teleológica, de manera que ha de analizarse en cada caso qué causas de cese de entre las genéricas comprendidas en el art 72 son aplicables a cada una de las acciones de protección, medidas de protección y actuaciones con efectos protectores establecidas en el art 75.

III

Centrándonos en el objeto de la consulta (si es procedente declarar extinguida la tutela legal en supuestos en los que los menores desamparados se fugan de los centros en que residen y se colocan en paradero desconocido, al amparo de lo dispuesto en el art 72 de la Ley autonómica), hemos de partir, pues, de que el hecho de que la desaparición se prevea genéricamente como causa de cese de las actuaciones protectoras no es argumento suficiente para dar cobertura a tal actuación.

Deberá pues analizarse si tal supuesto puede fundamentar específicamente el cese de la tutela automática.

A tales efectos ha de partirse de la Constitución Española de 1978, que al enumerar en el capítulo III del Título I los principios rectores de la política social y económica, hace mención en primer lugar a la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores.

Especial relevancia ha de darse a la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN) que en el apartado segundo de su art. 3 dispone que *los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y*



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Al máximo nivel se consagra, pues, un principio general de obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de los menores.

IV

Siguiendo esta línea argumental, debe también mencionarse la LO 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor* (en adelante LOPJM) que en su art 11. 2, asumiendo la previsión contenida en el art 3.1 CDN dispone que serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos *la supremacía del interés del menor*. La propia Ley autonómica, en su art 4 asume el principio de *primacía del interés del menor en la toma de decisiones y en la actuación, por encima de cualquier otro interés concurrente, por legítimo que éste sea*, declarando enfáticamente que este principio *guiará todas las actuaciones que tengan por objeto la atención a la infancia y orientarán la interpretación de las disposiciones de esta Ley y de sus normas de desarrollo*.

La LOPJM, en su art 18, apartado primero dispone que *cuando la entidad pública competente considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el art. 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal*.

El art 44 de la Ley autonómica en relación con la actuación administrativa en Castilla y León en materia de protección al menor, dispone que estará *orientada*



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

por el principio de prevalencia del interés de éste sobre cualquier otro concurrente y desde la observancia de los principios rectores contemplados en el art. 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor,

En este contexto, parece claro que si un menor desamparado, que está recibiendo atención en un centro se fuga del mismo, no es que desaparezca el desamparo, sino que bien al contrario, su situación de vulnerabilidad se incrementa exponencialmente. En estas circunstancias acordar el cese de la tutela es objetivamente una decisión contraria al superior interés del menor

V

La Conclusión IV.-3º de las Jornadas de Delegados de Menores celebradas en León, los días 5 y 6 de noviembre de 2009 consideraba *esencial que se erradique la práctica en ocasiones detectada consistente en que cuando un menor extranjero se fuga del centro de protección, la Entidad Pública dicta una resolución declarando extinguida la tutela. La extinción de la tutela solo es posible por las causas establecidas en el Código Civil, por lo que la Comunidad que en su día asumió la tutela debe seguir desempeñándola, aunque el menor sea localizado en una Comunidad distinta, sin perjuicio de que pueda ejercerse la guarda por delegación en una Entidad Pública distinta en virtud de acuerdos entre Comunidades.*

Tal conclusión es, por su propia naturaleza, trasladable a cualesquiera menores tutelados, con independencia de su nacionalidad.

Es claro pues, que ante la extinción de la tutela automática, los Sres. Fiscales deben desplegar un control riguroso de la fundamentación de la misma.

6



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Ha de tenerse presente que la tutela conforme al art. 172.1 CC es provisional y subsiste en tanto no cese la situación de desamparo. Puede extinguirse también cuando se alcanza la mayoría de edad, o por constitución de tutela ordinaria (art. 239.2.º del Código Civil) o por adopción. Sin embargo, la ilocalización del menor, el haberse fugado u otras circunstancias análogas en ningún caso justifican la extinción de la tutela.

Antes bien, tales fugas exigen una actuación diligente del tutor, en este caso, de la Entidad Pública, en la que como mínimo se pongan los hechos en conocimiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, junto con todos los datos identificadores del menor y de sus circunstancias familiares, a fin de que se practiquen todas las gestiones posibles para la localización del fugado.

VI

En todo caso, *ad abundantia maior*, aunque se partiera de la aplicabilidad de la desaparición como causa de cese de la tutela, tal concepto en ningún caso podría identificarse con la simple fuga. Deberían en todo caso exigirse requisitos adicionales, tales como el agotamiento de las gestiones de búsqueda y el transcurso de un período de tiempo suficiente para considerar racionalmente que el menor no va a ser localizado. En cierta medida habría de interpretarse a la luz de la referencia a la desaparición contenida en los arts. 181 y ss CC en relación con la declaración de ausencia.

CONCLUSIONES

1º No todas las causas de finalización de la actuación protectora previstas en el art 72 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Protección a la Infancia en Castilla y León son aplicables a todas las acciones de protección, medidas de protección y actuaciones con efectos protectores previstas en su art 75.

2º La tutela automática no se extingue por la fuga del menor sometido a la medida de protección.

3º Las resoluciones por las que la Entidad Pública de Protección de Menores declare extinguida la tutela legal en supuestos en los que los menores desamparados se fugan de los centros en que residen y se colocan en paradero desconocido deben ser impugnadas, por las razones expuestas *supra*.