



FISCALIA GENERAL  
DEL ESTADO

## Circulares

### DOCUMENTO ANALIZADO

Circular 8/2011, de 16 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores.*

### NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

Control de legalidad de la actuación de la Administración: arts. 174.1 y 232.1 CC

Vigilancia sobre todos los centros que acogen menores art. 21.4 LOPJM

Atención inmediata de menores art. 14 LOPJM

Guarda de hecho: art. 303 CC

Nombramiento de tutor: art. 239 CC

Procedimiento a seguir para la privación de la patria potestad: art. 249.2 LEC

Plazos de impugnación para las acciones de oposición al desamparo y acciones de revocación del desamparo, reguladas en el art. 172 CC

Determinación de la autoridad o institución competente para regular, suspender o restringir el régimen de visitas de los menores declarados en desamparo con su familia de origen: art. 161 CC

Acogimiento acordado por resolución judicial: art. 173.3 CC).

Ingreso en un centro para menores con trastorno de conducta: art. 271 CC

Rendición de cuentas al final de la tutela: sección 4ª del título X del CC

Impugnaciones sobre idoneidad para adoptar: art. 780.

Tratamiento de la kafala: art. 18.1 a) de la Ley 54/2007

Ensayos clínicos: art. 7.3 del RD 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos.

### MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

**AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS**

**AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS**

**AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES**

### **EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN**

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, como su propio enunciado adelanta, modifica profundamente las instituciones de protección y con ella, los contenidos de la Circular analizada. El Preámbulo de la Ley declara que “la presente ley tiene como objeto introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia.

Además, y de modo recíproco, esta ley incorpora algunas novedades que ya han sido introducidas por algunas normas autonómicas estos años atrás”.

En el artículo 20 se simplifica la constitución del acogimiento familiar, equiparándolo al residencial, incluso aunque no exista previa conformidad de los progenitores o tutores, sin perjuicio del control jurisdiccional del mismo.

En relación con la regulación del régimen de visitas y comunicaciones, se modifica el artículo 161 CC aclarándose la competencia de la Entidad Pública para establecer por resolución motivada el régimen de visitas y comunicaciones respecto a los menores en situación de tutela o guarda, así como su suspensión temporal, informando de ello al Ministerio Fiscal.

En el art. 172 CC se regula la posibilidad de asumir la guarda provisional sin declaración previa de desamparo ni solicitud expresa de los progenitores, mientras tienen lugar las diligencias precisas para la identificación del menor, la investigación de sus circunstancias y la constatación de la situación real de desamparo.

Se introducen igualmente innovaciones en relación con el procedimiento de adopción en general y con la declaración de idoneidad en particular.

Se modifica la regulación de la tutela ordinaria de menores y personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de desamparo prevista en los artículos 239 y 239 bis. En el artículo 303 se incluye la posibilidad de otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores de hecho. Se establecen además los supuestos de guarda de hecho que deben motivar la declaración de desamparo y los supuestos ante los que ha de procederse a

la privación de la patria potestad o nombramiento de tutor.

En relación con la kafala, la Ley 26/2015 ha modificado el párrafo cuarto del artículo 19 de la Ley de Adopción Internacional, disponiendo que " en el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública."

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio regula, como novedad importante, en el nuevo capítulo IV del título II, el ingreso de menores en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta en los que esté prevista, como último recurso, la utilización de medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales, así como las actuaciones e intervenciones que pueden realizarse en los mismos. En algunos puntos se confirman los criterios introducidos por la Circular y en otros se modifican.

#### **FICHA ELABORADA POR LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LA FGE**

---

### **TEXTO DEL DOCUMENTO ANALIZADO**

#### **CIRCULAR 8/2011 SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES**

I. INTRODUCCIÓN; II. SUPERVISIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA; III. COMPETENCIA PARA PROPORCIONAR ASISTENCIA INMEDIATA A MENORES; IV. TRATAMIENTO DE LA GUARDA DE HECHO; V. PLAZO PARA RECURRIR LAS RESOLUCIONES DE DECLARACIÓN PROVISIONAL DE DESAMPARO O DE TUTELA AUTOMÁTICA URGENTE; VI. EL DERECHO DE VISITAS DE LOS PADRES Y FAMILIARES DE MENORES DECLARADOS EN DESAMPARO; VII. CONSTITUCIÓN JUDICIAL DEL ACOGIMIENTO; VIII. INSPECCIÓN DE CENTROS DE PROTECCIÓN; IX. PAUTAS EN RELACIÓN CON LOS CENTROS DE MENORES CON TRASTORNOS DE CONDUCTA; X. CONSECUENCIAS DEL CESE DE LA TUTELA AUTOMÁTICA POR FUGA DEL MENOR; XI. RENDICIÓN DE CUENTAS; XII. INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO PARA IMPUGNAR LA RESOLUCIÓN DE INIDONEIDAD DEL ADOPTANTE; XIII. TRATAMIENTO DE LA KAFALA; XIV. ACTUACIÓN EN EXPEDIENTES SOBRE ENSAYOS CLÍNICOS E INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA; XIV. 1. Introducción; XIV. 2. Ensayos clínicos; XIV. 3. Investigación biomédica; XV.- CONCLUSIONES.

#### **I. INTRODUCCIÓN**

La doctrina de la Fiscalía General del Estado en materia de protección y derechos fundamentales de menores ha sido escasa, si se compara con el tratamiento dado al ámbito de la responsabilidad penal de los mismos. Ya la Consulta 8/1997, consciente de este déficit interpretativo declaraba que "esta Fiscalía General no abandona su propósito de abordar de una forma general mediante una Circular o Instrucción toda la temática de protección de menores...".

Aunque el propósito de abordaje general no ha cristalizado, quizás porque metodológicamente no es operativo,

se ha avanzado en la elaboración de pautas interpretativas.

Así, podemos reseñar los siguientes instrumentos: Circular 3/1984, *sobre actuación del Ministerio Fiscal ante los Tribunales Tutelares de Menores*; Instrucción 3/1988, *sobre persecución de malos tratos ocasionados a personas*

*desamparadas y necesidad de hacer cumplir las obligaciones alimenticias fijadas en los procesos matrimoniales*; Instrucción 6/1990, *sobre menores ingresados en los centros penitenciarios de mujeres con sus madres presas*; Instrucción 2/1993, *sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito*; Consulta 8/1997, *sobre algunas cuestiones en relación con la formalización del acogimiento familiar*; Consulta 2/1998, *sobre la asunción de tutela por personas jurídicas públicas*; Circular 1/2001, *sobre incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles* (apartado VII.5); Circular 3/2001, de 21 de diciembre, *sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería* (apartado IV); Instrucción 2/2001, de 28 de junio, *acerca de la interpretación del actual art. 35 de la L. O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*; Instrucción 3/2003, *sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo* (expresamente derogada por la Instrucción 6/2004); Circular 2/2006, *sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España* (apartado IV); Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, *sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados*; Instrucción 3/2005, *sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación* (apartado IX); Instrucción 2/2006, *sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores*; Instrucción 1/2007, *sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de menores*.

La Ley 24/2007, de 9 de octubre reformó el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, creando, entre otras, la figura del Fiscal de Sala Coordinador de Menores (art. 20.3) al que atribuye competencias tanto en reforma como en protección de menores. Desde su constitución, ha sido firme propósito de la Fiscalía General del Estado impulsar por medio de la misma la actividad de los Fiscales en el ámbito de protección, partiendo de su evidente trascendencia, de lo delicado de los intereses en juego y sobre la base de que el Legislador ha conferido a nuestra Institución importantes responsabilidades en la materia.

Partiendo de esta perspectiva, se ha atribuido a las Secciones de Menores, que legalmente sólo tenían expresamente encomendada la intervención en reforma, las funciones en el área de protección y de derechos fundamentales de los menores. La Fiscalía General del Estado, plenamente consciente de la necesidad de un fortalecimiento del área de protección, se propone ir elaborando sucesivamente criterios hermenéuticos que guíen a los Fiscales en el desempeño de esta trascendente y difícil misión que el ordenamiento jurídico le ha encomendado.

Uno de los frutos de este impulso ha sido el avance en la elaboración de criterios organizativos y doctrinales: pueden así citarse la Circular 1/2008, *sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tras la reforma operada por Ley 54/2007 de 28 diciembre*; Instrucción nº 3/2008, *sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores*; la Circular

3/2009, de 10 de noviembre, *sobre protección de los menores víctimas y testigos*; y la Instrucción 1/2009, *sobre la organización de los servicios de protección de las Secciones de Menores*.

El principio básico que informa la doctrina de la Fiscalía General del Estado consiste en que la especial vulnerabilidad en que se encuentran los menores determina la necesidad de dispensarles una singular protección jurídica y administrativa. Desde este entendimiento, las Entidades Públicas de Protección de Menores, a las que corresponde la protección de los menores, deben adoptar y arbitrar todas las medidas y mecanismos protectores necesarios. La Constitución Española, en su art. 39, hace beneficiario al menor de la protección que se le otorga en el orden internacional y obliga a los poderes públicos a asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y de los hijos.

En esta búsqueda de la máxima protección para los más vulnerables, la función del Fiscal como superior vigilante de las Entidades Públicas ha de ser impulsada, desde la caracterización de los menores como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad progresiva para protagonizar su propia vida, para tomar parte en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades, y para participar en la toma de decisiones que les afecten, desde la perspectiva de que el menor ha pasado de ser objeto de protección a ser sujeto de derechos, siendo la protección uno de los derechos que le amparan.

Las actuaciones del Ministerio Fiscal deben estar guiadas por el superior interés del menor, orientado a la consecución del desarrollo armónico, pleno y equilibrado del mismo, así como a la adquisición de su autonomía personal y su integración familiar y social. En la búsqueda de la concreción de este principio en cada caso debe reconocerse el papel del menor, potenciando la promoción y libre manifestación de su opinión y la valoración y atención de la misma como elemento para orientar las decisiones que para su atención y protección puedan adoptarse. El interés del niño deberá prevalecer ante cualquier otro interés en juego. El principio del superior interés del menor ha sido objeto de un interesante desarrollo jurisprudencial por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (vid. STS nº 565/2009, de 31 de julio).

Este papel protagonista del Fiscal mantiene su intensidad cuando por una vía u otra el expediente de protección se judicializa. Tanto en los procesos contenciosos como en los de jurisdicción voluntaria que versen sobre menores en protección el Fiscal es parte necesaria, debiendo asumir el papel de inflexible defensor del superior interés del menor.

Desde esta perspectiva, la estructuración funcional de la Fiscalía a través del Fiscal de Sala Coordinador y las Secciones de Menores de las Fiscalías ha generado en estos años de funcionamiento un *corpus* plasmado en conclusiones de Jornadas, Dictámenes y protocolos de actuación, siendo aconsejable incorporarlo en sus aspectos más relevantes a un instrumento que como la Circular, está específicamente destinada a unificar los criterios de actuación del Ministerio Fiscal.

## **II. SUPERVISIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA**

La singularidad funcional de la intervención del Fiscal en el ámbito de protección de menores radica en que se le encomienda una relevante función extraprocesal, la de superior vigilante de la actividad de las Entidades de

Protección, *extra muros* de su ámbito natural de actuación —la promoción de la acción de la justicia ante los Tribunales—, y en que tal función de supervisión excede del puro control de legalidad de la actuación de la Administración, con obligación de comprobación semestral de la situación del menor (arts. 174.1 y 232.1 CC), y de ejercer su vigilancia sobre todos los centros que acogen menores (art. 21.4 LOPJM), sin que ello suponga invadir las competencias de las Entidades Públicas de Protección ni llegar a suplantarlas. La especial posición del Ministerio Fiscal en el ámbito de menores exige un delicado ejercicio de equilibrio en el desempeño de sus funciones.

Tal asignación funcional lleva, entre otras consecuencias, a la necesidad de que las Secciones de Menores sean impulsoras de la actividad protectora de las Entidades Públicas, poniendo en conocimiento de las mismas cualquier situación de posible desprotección y actuando frente a la inactividad administrativa.

En esta función dinamizadora, las Secciones de Menores deben exigir no solo la notificación de las resoluciones en que se adopten medidas de protección sino también la de aquellas resoluciones en las que se acuerde no adoptar una medida de protección. En los casos en los que haya sido la propia Sección la promotora de actuaciones mediante la apertura de diligencias, se comprobará en un tiempo prudencial si se ha recibido o no la resolución. En el caso de detectar una posible inactividad a la hora de resolver sobre la información recibida, las Secciones de Menores deben instar el dictado de la resolución oportuna. Si la Entidad Pública comunica su intención de no intervenir en algún supuesto, habrá de valorarse la posibilidad de formular oposición conforme a los cauces previstos en el art. 780 LEC.

Por otra parte, en el acogimiento residencial los menores suelen ingresar en un centro de protección destinado a la acogida y observación mientras se realiza el estudio de su situación y las medidas adecuadas para su protección. En esta fase de la intervención protectora es frecuente que se den situaciones de especial vulnerabilidad. Ha de partirse del principio de que la estancia en estos centros no debe ser superior al plazo estrictamente necesario para la evaluación previa, debiendo las Secciones de Menores controlar que transcurrido el plazo el menor es trasladado a un centro adecuado a sus circunstancias y necesidades. Asimismo es conveniente que los Sres. Fiscales ejerzan una cualificada vigilancia sobre los menores ingresados en los Centros de Acogida Inmediata.

Tras la declaración de desamparo, la Entidad Pública debe seguir trabajando con el menor y su familia para, en su caso, lograr su reinserción, y de no ser posible, buscar la mejor alternativa para el futuro del mismo, debiendo las Secciones de Menores controlar que dicha función se realice de forma activa.

Cuando se esté sopesando la posibilidad de impugnar alguna resolución administrativa en materia de protección de menores, como regla general, si la madurez del menor lo permite, los Sres. Fiscales habrán previamente de oírlo y ponderar adecuadamente su opinión.

### **III. COMPETENCIA PARA PROPORCIONAR ASISTENCIA INMEDIATA A MENORES**

Las actuaciones conocidas como "atención inmediata" de menores se prevén en el art. 14 LO 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor* (en adelante, LOPJM), conforme al cual, "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 sea necesario del Ministerio Fiscal".

La desjudicialización del sistema de protección de menores operada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y ratificada en 1996 por la LOPJM, tiende a agilizar la respuesta protectora y esta agilidad es, si cabe, más importante en la situación de necesidad que demande "atención inmediata" por parte de cualquiera de los sectores implicados. Esto descarta *a priori* el planteamiento de una previa intervención del Juez o Fiscal, inadecuada y perturbadora en los casos en que la necesidad y la urgencia comprometen la actuación inmediata de las autoridades implicadas.

La Administración, en estos casos, actúa *propria auctoritas*.

Lógicamente, habrán 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.

El ingreso provisional en un centro de acogida de menores, como actuación de asistencia inmediata no necesita por ello de autorización del Juez o del Fiscal, y puede y debe acordarlo la Administración en el ejercicio de las funciones que le son propias. 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.

De ahí que la Entidad Pública, tras la atención inmediata inexcusable, deba valorar si el menor se encuentra o no en situación de riesgo o desamparo.

#### **IV. TRATAMIENTO DE LA GUARDA DE HECHO**

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

La guarda de hecho es una institución que es contemplada por el ordenamiento jurídico partiendo de su provisionalidad y transitoriedad, pero sin desconocer su valor intrínseco como mecanismo de protección de los menores, lo que ha llevado incluso a que el Tribunal Constitucional reconozca la legitimación de los guardadores de hecho para recurrir en amparo una resolución judicial que consideren lesiva de los derechos fundamentales de la menor que tienen a su cargo (STC nº 221/2002, de 25 de noviembre).

Las lagunas y antinomias que nuestro ordenamiento presenta en el tratamiento de esta figura deberán superarse mediante una exégesis de los preceptos que la regulan, inspirada en el principio del superior interés del menor y

concretada en cuatro objetivos. En primer lugar, la necesidad de asegurar, en la medida de lo posible, que los menores afectados sean cuidados por personas idóneas que puedan proporcionarles seguridad y perspectivas de futuro, respetando su derecho a la estabilidad familiar. En segundo lugar, como regla general, preservar el vínculo de apego que pueda haberse generado entre el menor y sus guardadores. En tercer lugar, evitar que, a través de vías de hecho, se consoliden fraudulentamente vínculos con menores desamparados sin respetar las exigencias legalmente establecidas para garantizar la idoneidad de guardadores, acogedores y adoptantes. En cuarto lugar, promover la seguridad jurídica, evitando zonas de penumbra y situaciones confusas derivadas de la coexistencia de plurales personas con intereses contrapuestos y con simultánea habilitación legal para velar por el menor y representarlo.

La primera cuestión que se plantea se refiere a si cabe dar estabilidad a la situación de guarda de hecho. Ha de partirse de que la guarda de hecho es una situación provisional, tolerada por el ordenamiento pero preordenada a su extinción, que debe desembocar en otra institución más estable. No puede decirse con propiedad que sea una institución tutelar, sino que es más bien una situación fáctica no prohibida, pues la Ley, en tanto faculta al Juez para controlar su desenvolvimiento, revela una actitud favorable a la misma, dentro su provisionalidad.

Es más: la permanencia temporal de la guarda, al amparo de la previsión contenida en el art. 303 CC, que establece que el Juez adopte medidas de control y vigilancia, solamente podrá ser admisible cuando se llegue a la convicción en el caso concreto analizado de que el mantenimiento provisional de la guarda de hecho es más beneficioso para el menor que otras medidas provisionales que pueda adoptar la Autoridad Judicial.

A través de las medidas de control y vigilancia el Juez deberá asegurar que el menor sometido a guarda de hecho recibirá, en tanto se provee al nombramiento de tutor, la necesaria asistencia material y moral.

En todo caso, la remisión del art. 303 al art. 228 CC deja claro que los trámites para la constitución de la institución de protección permanente deben iniciarse en el momento mismo de tener el Juez noticia de la situación de guarda de hecho. Por tanto, su subsistencia provisional se limita al tiempo que pueda durar la sustanciación de esos trámites. El art. 228 CC establece que si el Ministerio Fiscal o el juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela.

Además, debe aquí recordarse el art. 299 bis CC, que dispone que cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela, y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal.

Consiguientemente, conocida la situación de guarda de hecho, la línea a seguir sería en todo caso la de promover la constitución de una institución de protección estable. Además, si ello conviene al interés del menor, podrá, como medida cautelar, promoverse y acordarse provisionalmente el mantenimiento de la guarda de hecho hasta tanto se constituya o restablezca la institución de protección estable, cuando las circunstancias en las que se desenvuelve la guarda pongan de manifiesto que el menor sometido a tal situación fáctica está recibiendo la necesaria asistencia material y moral. También cabrá, si las circunstancias concretas lo aconsejan, adoptar al amparo de los arts. 158 y 216 CC la constitución de una guarda judicial como medida cautelar.

Descendiendo un peldaño más, los interrogantes son de más difícil solución, debiendo darse respuestas matizadas.

Ha de partirse en primer lugar de que la guarda de hecho tiene desde un punto de vista axiológico una naturaleza neutra, de modo que bajo tal denominación pueden abarcarse tanto situaciones de encomiable altruismo, asentadas firmemente en el superior interés del menor (piénsese en el supuesto prototípico de abuelos que con enorme esfuerzo asumen la crianza del nieto, ante el abandono de los progenitores) como situaciones que bordean o entran directamente en el ámbito penal (personas que con el fin de satisfacer sus deseos se hacen cargo de menores con los que no tienen vínculos, mediando o no retribución, haciendo *tabula rasa* de los procedimientos legalmente establecidos).

Incluso podría decirse que la propia Administración, durante los trámites previos a la constitución de la tutela, se constituye como una *sui generis* guardadora de hecho, al dar cumplimiento a la previsión del art. 14 LOPJM en tanto le impone la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor.

Por ello, deben existir plurales soluciones jurídicas para legalizar la situación del menor sometido a guarda de hecho, atendiendo a las concretas circunstancias en que ésta se desenvuelva, y a fin de dar una respuesta lo más eficaz posible en cada caso.

Es desde esta perspectiva desde la que debe analizarse una cuestión que ha generado controversias y opiniones dispares tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencia: la de si el menor de edad que recibe asistencia de un guardador de hecho, es decir, de persona que no ostenta autoridad o poder jurídico alguno sobre el mismo, puede ser declarado en desamparo y sometido a tutela automática.

Ni el Código Civil ni la LOPJM resuelven esta cuestión. La legislación autonómica lo hace de forma dispar: en este sentido puede citarse el art. 6 de la Ley 4/1994 de 10 de noviembre de *Protección y Atención a Menores de la Comunidad Autónoma* de Extremadura, el art. 23 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de *los Derechos y la Atención al Menor*, de Andalucía; el art. 31 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de *Protección del Menor*, de Asturias; el art. 46 Ley 1/1997, de 7 de febrero, de *Atención Integral a los Menores de Canarias*; el art. 105 de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de *los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia*; el art. 17.2 Ley 3/1997, de 9 de junio, *gallega de la familia, la infancia y la adolescencia* y el art. 50 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre de *promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra*.

Del tenor 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.

Un análisis más profundo de la cuestión debe llevarnos a distinguir dos planos: por un lado la decisión de si el menor está o no en desamparo, y por otro la de si procede o no asumir la tutela automática por parte de la Entidad Pública.

En efecto, la guarda de hecho supone que el menor está siendo cuidado por quien no tiene título para ello, lo que

ya de por sí implica la necesidad de que los poderes públicos se preocupen de supervisar tal situación. Además, puede decirse que la guarda de hecho genera un vínculo jurídico extremadamente débil entre el menor y sus guardadores, pues por un lado éstos carecen de autoridad sobre aquél, quien no les debe obediencia, a diferencia de lo que ocurre con el menor sujeto a patria potestad o a tutela. Por otro lado, en principio no puede el guardador de hecho oponerse al requerimiento de entrega del menor proveniente de cualquier persona con potestad jurídica sobre el mismo, y ello aunque tenga la convicción de que esa entrega puede ser negativa para el niño, sin perjuicio de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la Autoridad Judicial, para que dispongan lo que proceda. Puede, pues, decirse que una prolongación temporal de la guarda de hecho puede generar un grave déficit de seguridad jurídica en el menor.

Deben distinguirse los casos en que la guarda de hecho se ejerce por personas ajenas al círculo familiar, de aquellos otros en que se ostenta por familiares del menor.

Así, debe tenerse en cuenta que cuando media compensación económica, la conducta de entrega de menores fuera de los cauces legales no solamente es antijurídica sino que también puede ser penalmente típica (vid. art. 221 CP). La necesidad de evitar conductas colindantes con el tipo penal, la conveniencia de impedir que a través de situaciones de hecho se vulnere la legalidad y la imperatividad de que en estos casos la Entidad Pública de Protección de Menores conserve un título que le permita controlar que el menor está siendo adecuadamente atendido en el *continuum* temporal, hace aconsejable optar por la declaración de desamparo del menor afectado, sin perjuicio de la constitución de un acogimiento familiar en favor de los guardadores de hecho, si ello redunda en el superior interés del menor.

Por tanto, en estos supuestos, siempre ponderando las singularidades de cada caso —la situación de desamparo es por esencia casuística- los Sres. Fiscales apoyarán la opción de declarar al menor entregado con carácter permanente a personas ajenas al círculo familiar en situación de desamparo, sin perjuicio de evaluar el tiempo y los resultados de la guarda de hecho para que -si así lo exige el interés del menor- los guardadores sean designados acogedores.

Debe, pues, partirse de que puede concurrir causa para declarar el desamparo o para suspender o privar de la patria potestad cuando el menor es abandonado por sus padres, aunque otra persona, desinteresadamente o no, pero sin obligación ni vínculo jurídico ni personal con el niño, lo recoja y cuide de él. La situación de desamparo derivaría, no de que el menor no esté recibiendo la atención precisa, sino de que no se la presta quienes por Ley tienen obligación de hacerlo, por lo que —en el mejor de los escenarios- la está recibiendo en condiciones de precariedad.

Algunas Leyes autonómicas consideran incluido dentro del concepto de desamparo los supuestos en los que no son los padres los que atienden al menor. Así puede citarse el art. 22 a) Ley 3/1995, de 21 de marzo, *de la Infancia de la Región de Murcia*, el art. 63.1 b de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, *integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears* y la reciente Ley 8/2010, de 23 de diciembre, *de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria* (art. 61.2).

Nótese que si los padres incumplen de modo permanente sus obligaciones para con el menor, la privación o

suspensión judicial de la patria potestad o la declaración de desamparo administrativa deviene en *conditio sine qua non* para establecer un mecanismo de protección estable. La asunción de la tutela automática por la Entidad Pública, la formalización de un acogimiento sin consentimiento paterno o la constitución de una tutela ordinaria es incompatible con el mantenimiento del ejercicio de la patria potestad.

La constatación de estos condicionantes apunta a la procedencia de promover, en aras a defender sus intereses, la declaración de desamparo del menor sometido a guarda de hecho cuando los padres no estén privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad y no estén ejercitándola respetando el *minimum* exigido por los arts. 154.1º y 172.1 CC. Alternativamente, en los casos en los que así lo aconsejen las circunstancias concurrentes (entre ellas la gravedad de la situación y su irreversibilidad) podría promoverse judicialmente la privación de la patria potestad como paso previo para la adopción de una medida de protección.

De este modo, ante supuestos de personas ajenas al círculo familiar o al círculo de allegados que, por las razones que fueren, hubiesen asumido la guarda, si se constata que los padres biológicos no existen, han desaparecido o no quieren o no pueden ejercer la patria potestad y proporcionar a los menores la necesaria asistencia material y moral, los Fiscales deberán promover la declaración de desamparo del menor y la asunción de la tutela automática por parte de la Entidad Pública. De esta manera se asegura la protección integral del desamparado por quien legalmente tiene atribuida con preferencia tal función. Esta solución instrumental tampoco condiciona la decisión respecto a la designación de los acogedores: si esas personas extrañas al menor han ejercido adecuadamente sus funciones de guardadores, han establecido un vínculo con el mismo, han actuado de buena fe, son idóneas y no han incurrido en conductas penalmente reprochables, podrá ser designadas como acogedores, pero siempre bajo la supervisión de la Entidad Pública como tutora del menor.

Un supuesto diferente es el de aquellos casos en los que un progenitor no puede transitoriamente cuidar de sus hijos y los encomienda a otra persona o entidad, con frecuencia, a la propia familia. Esto no es desamparo, ya que es el progenitor quien se está ocupando de que los hijos, de un modo u otro y a través de una persona interpuesta, sigan recibiendo la atención necesaria y conveniente, conforme a los usos sociales. Incluso cabe entender que este tipo de delegación paterna parcial de la patria potestad no genera propiamente una guarda de hecho.

Por tanto, en principio, el modo ordinario y común de reaccionar frente a guardas de hecho derivadas del abandono del menor por los padres, será el de promover la declaración de desamparo, la asunción de la tutela automática y, en su caso, acordar el acogimiento familiar nombrando a tales efectos a los guardadores. En otro orden de cosas, se plantea si puede constituir el Juzgado tutelas ordinarias de menores en situación de desamparo sin previa resolución administrativa de desamparo.

El art. 239 CC tras disponer en su párrafo primero que la tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172 CC, declara sin ambages en el párrafo segundo que se *procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste.*

El tenor literal del precepto apunta al nombramiento de tutor ordinario a menores desamparados.

Este precepto es desarrollado o reproducido por algunas Leyes autonómicas: así, el art. 83 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de *Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León*; el art. 61.2 b) de la Ley vasca 3/2005, de 18 de febrero, de *Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia*; el art. 104 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de *la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana*; el art. 63 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de *la infancia y la adolescencia en Aragón*; el art. 26 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de *la Infancia de la Región de Murcia*; el art. 38 de la Ley asturiana, el art. 66 de la de la Ley Foral de Navarra, el ya reseñado art. 49.3 de la ley de La Rioja, y el art. 55 de la Ley canaria.

Las normas citadas (salvo la Ley canaria) omiten regular el *status* jurídico de los padres. Si éstos hubieran fallecido o hubieran sido judicialmente privados de la patria potestad (ya por la jurisdicción civil, ya por la penal), no se plantearía problema alguno en cuanto al nombramiento de tutores conforme a las reglas ordinarias.

Por el contrario, si los padres biológicos viven y no han sido privados ni suspendidos de la patria potestad, el nombramiento de un tutor ordinario sin más daría lugar a una colisión por incompatibilidad de dos instituciones que no pueden coexistir simultáneamente: la patria potestad y la tutela ordinaria.

En este sentido, el AAP Álava, de 15 junio 1992 (rollo de apelación 295/1992) declara que "la existencia física de unos padres que ostentan obligadamente, por imperio de la ley, la patria potestad... es incompatible con la constitución de la pretendida tutela, únicamente viable legalmente de intentarse y obtenerse judicialmente previamente la privación de la patria potestad".

Tal pronunciamiento debe completarse con el contenido en el AAP Asturias Sec. 4a, nº 139/1998, de 13 julio que admite la constitución de tutela ordinaria sobre un menor declarado en desamparo por la administración.

De nuevo, la vía para resolver la aparente antinomia y para dotar de eficacia a la norma jurídica analizada vendrá dada por la interpretación del precepto en el sentido de que previa o simultáneamente a la designación judicial de tutor ordinario, deberá declararse administrativamente la situación de desamparo del menor, o, en su caso promoverse judicialmente la privación de la patria potestad. En este sentido se pronuncian el AAP Sec. 1a de Jaén de 23 de julio de 1998 y la SAP Cádiz, Sec. la nº 181/2004, de 22 de diciembre, que se decanta por la procedencia de instar el procedimiento de constitución de la tutela, "que deberá ir unido y en paralelo, en su caso, al de posible privación o suspensión de la patria potestad sobre el menor". Si se declara por la Entidad Pública el desamparo, en tanto éste supone la suspensión de la patria potestad de los padres, no hay obstáculo para la constitución de la tutela ordinaria. Con la construcción propuesta se clarificaría la situación jurídica del menor, del tutor, y especialmente de los padres biológicos: éstos seguirían siendo titulares de la patria potestad pero la tendrían suspendida en su ejercicio. En este caso, una eventual cesación o revocación de la resolución por la que se declara el desamparo traería consigo la extinción de la tutela.

En estos supuestos de menores declarados en desamparo, el procedimiento para el nombramiento de tutor será el de jurisdicción voluntaria, conforme a la Disposición Adicional Tercera de la LOPJM, que dispone que, con excepción de las declaraciones de incapacitación y de prodigalidad, las demás actuaciones judiciales previstas en los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil se ajustarán al procedimiento previsto para la jurisdicción voluntaria. Este procedimiento de jurisdicción voluntaria es el regulado por la LEC de 1881 en sus art. 1811 y

siguientes, en vigor conforme a la Disposición Derogatoria Única de la LEC de 2000.

Esta vía mixta de declaración de desamparo y posterior nombramiento de tutor ordinario debe reservarse para supuestos en los que pueda razonablemente preverse un desenvolvimiento pacífico de la tutela ordinaria, teniendo en cuenta las relaciones del guardador con los padres del menor desamparado. En otro caso, será preferible optar por la declaración de desamparo, asunción de la tutela automática por la Entidad Pública y constitución de acogimiento. La opción por esta última vía garantizaría el respaldo y apoyo de la Administración a los acogedores y clarificaría otros extremos potencialmente conflictivos como el del régimen de visitas para los padres. Por lo demás, a través del art. 173 bis apartado segundo del CC podrá atribuirse a los acogedores las facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, a petición de la Entidad Pública y previa resolución judicial.

Esta solución jurídica de nombramiento de tutores ordinarios sería aplicable a supuestos en los que el menor desamparado dispusiera de personas allegadas que pudieran desempeñar las funciones tutelares con garantía de idoneidad. Aquí el listado de personas potencialmente idóneas para ejercer las funciones tutelares vendría predeterminado por las previsiones de los arts. 234.5 y 235 CC: ascendientes, hermanos u otras personas especialmente idóneas.

Por tanto, a través de la tutela ordinaria podrá darse estabilidad jurídica a las frecuentes situaciones en las que los parientes próximos y en especial los abuelos se están encargando de la crianza de nietos cuyos padres han hecho dejación de sus funciones. En estos casos, la profunda vinculación entre abuelos y nietos, si aquellos están desempeñando adecuadamente la guarda, aconseja legalizar la situación a través de la propia familia, en coherencia con el principio de reinserción familiar (arts. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 172.4 CC y SSTC n° 143/1990 y 298/1993) sin necesidad de que la Administración, por otra parte siempre limitada en sus recursos, asuma funciones de protección.

Alternativamente, en los casos en los que así lo aconsejen las circunstancias concurrentes (entre ellas la gravedad de la situación y su irreversibilidad) cabrá promover *un* procedimiento para la privación de la patria potestad de los padres. Debe entenderse que en los mismos autos, por economía procesal, puede acordarse el nombramiento de tutores. Tal interpretación puede defenderse por aplicación analógica del art. 759.2 LEC, que permite acumular al proceso de incapacitación el nombramiento de las personas que vayan a ejercer la tutela o curatela.

Como ya en su día postuló la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, de 5 de abril, el procedimiento a seguir para la privación de la patria potestad será, conforme a la regla del art. 249.2 LEC, el juicio declarativo ordinario.

Ni la LEC ni el CC regulan la legitimación para el ejercicio de las acciones para privar de la patria potestad. Debe mantenerse, dando por reproducidos sus argumentos, la interpretación dada por la Circular 1/2001, de 5 de abril, en orden a defender la legitimación del Fiscal.

Del mismo modo, -como declara expresamente el art. 55 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, *de Atención Integral*

a los Menores de Canarias- debe reconocerse legitimación a tales efectos a la Entidad Pública de Protección de Menores, por ser quien asume la tutela automática sobre el menor en situación de desamparo.

Tanto cuando se opte por la declaración de desamparo y constitución de tutela ordinaria como cuando se siga el procedimiento de privación de patria potestad y constitución de tutela ordinaria, deben evitarse tiempos muertos que puedan perturbar el superior interés del menor o la seguridad jurídica. Para ello, podrá promoverse ante el Juzgado, al amparo de las previsiones contenidas en el art. 158 CC, por el Fiscal o por la Entidad Pública, al inicio del proceso judicial o incluso con anterioridad al mismo, el dictado de auto posibilitando actuar a los guardadores como representantes de los menores en tanto culmina el procedimiento.

## **V. PLAZO PARA RECURRIR LAS RESOLUCIONES DE DECLARACIÓN PROVISIONAL DE DESAMPARO O DE TUTELA AUTOMÁTICA URGENTE**

Las legislaciones autonómicas prevén la posibilidad de dictar resoluciones de declaración provisional de desamparo o de tutela automática urgente como medidas cautelares previas a la resolución de declaración de desamparo y asunción de tutela automática.

En ambos casos, deberá entenderse que los plazos de impugnación para las acciones de oposición al desamparo y acciones de revocación del desamparo, reguladas en el art. 172 CC e interpretadas en la Circular 1/2008, comienzan a correr tomando como referencia la notificación de la resolución por la que se asume la tutela con carácter urgente.

Para la aplicabilidad de tal previsión debe exigirse en todo caso la notificación de la resolución con información respecto de las posibilidades de impugnación (art. 4.1 EOMF).

El Fiscal, en sus funciones de vigilancia de la actuación administrativa, debe supervisar tanto el contenido como la forma en que se realizan las notificaciones a los progenitores. Es necesario controlar la efectividad de la información que se les ofrece. Ha de recordarse que el inciso final del apartado primero del art. 172 CC dispone que siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial.

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

## **VI. EL DERECHO DE VISITAS DE LOS PADRES Y FAMILIARES DE MENORES DECLARADOS EN DESAMPARO**

Los padres son titulares del *ius visitandi* aunque no ejerzan la patria potestad, siempre que conserven su titularidad, como sucede en los supuestos de imposibilidad o incapacidad (art. 156 párrafo 4.º CC), o cuando el hijo convive con uno solo de sus progenitores (art. 156 párrafo 5.º CC); no así en los supuestos de privación total por sentencia judicial del art. 170 CC, que excluye no sólo el ejercicio sino también la titularidad, en tanto no proceda su recuperación en virtud de una nueva resolución judicial.

Ha sido objeto de discusión la determinación de cuál sea la autoridad o institución competente para regular, suspender o restringir el régimen de visitas de los menores declarados en desamparo con su familia de origen.

La Fiscalía General del Estado abordó el régimen de visitas en el acogimiento familiar en su Consulta 8/1997, si bien no trató la cuestión específica que ahora se analiza.

Nótese que se trata de supuestos en los que los padres por regla general siguen siendo titulares aún de la patria potestad, aunque su ejercicio esté suspendido (arts. 172, 160 y 161 CC).

La Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 9.3 dispone que los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor.

El art. 172.4 CC, al regular la tutela automática y la guarda, establece que *se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.*

Por su parte, el art. 173.2.3º a) CC, al regular el documento de formalización del acogimiento familiar, recoge como contenido del mismo la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido.

El marco legal debe completarse con lo dispuesto en dos artículos: el art. 160 CC, según el cual, *el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en la resolución judicial.*

*No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados.*

*En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculden la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.*

Y el art. 161 CC, que dispone que *tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor.*

Del tenor literal del art. 161 CC podría entenderse que en todo caso la competencia tanto para suspender como para simplemente regular las visitas radica en la autoridad judicial.

Algunas Leyes autonómicas han desarrollado la regulación del régimen de visitas de menores tutelados. Las regulaciones autonómicas adoptan posiciones completamente distintas, moviéndose entre la posición tendente a la administrativización de la decisión (art. 116 Ley 14/2010, de 27 de mayo, *de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña*, art. 39 Decreto 42/2000 de 9 de junio *de familia, infancia y adolescencia de Galicia*) y la de judicialización de la misma (art. 13.3 Decreto 42/2002 de 12 de febrero de la

Junta de Andalucía), no faltando las que se mueven en una zona de -aparentemente deliberada- ambigüedad, quizá derivada de la propia redacción del art. 161 CC (art. 19 Ley 8/1997 de 18 de diciembre de *Competencias en materia de Tutelas, Acogimiento y Adopción de Baleares*, art. 86 Ley 14/2002 de 25 de julio de *Promoción, Atención y Protección a la Infancia de Castilla y León*).

Algunas resoluciones judiciales, siguiendo el tenor literal del art. 161 CC han optado por considerar que para suspender las visitas, debe la Entidad Pública, aún sin oposición de los padres, impetrar la autorización judicial (vid. AAP Sevilla Sec. 5ª de 25 de septiembre de 2003).

Pese a ello, una interpretación sistemática de la Ley debe llevar a mantener la tesis contraria, esto es, considerar a la Entidad Pública habilitada para decidir sobre el régimen de visitas, quedando a salvo el preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, cuando los interesados ejerciten sus acciones de oposición a aquélla y sin perjuicio de la intervención supervisora del Ministerio Fiscal. (vid. AAP de Sevilla Sec. 2ª n° 198/2003, 133/2005, 154/2006, 67/2007, 69/2007 y 86/2007, SAP Burgos, Sec. 2a, n° 365/2002, de 4 de julio e implícitamente SSAP Cádiz, Sec. 3a, n° 7/2005, de 24 de enero, y Jaén, Sec. 3a, n° 43/2008, de 21 de febrero).

En efecto, es necesario convenir la posibilidad de que la regulación de las visitas y las relaciones del menor con la familia biológica se acuerde por la propia Entidad Pública, a fin de garantizar el éxito de la medida de protección adoptada, conforme al superior interés del menor. Ello debe coherenciarse con las previsiones del art. 161 CC, lo que deriva en que, junto a la competencia que tienen los juzgados y tribunales para fijar el régimen de visitas del menor declarado en desamparo con los parientes y allegados, concurre la habilitación genérica de la Entidad Pública para que fije el régimen o lo suspenda hasta tanto recaiga una resolución judicial en sentido contrario.

Pese a la redacción literal del art. 161 CC existen poderosos argumentos para reconocer la competencia a estos efectos de la Entidad Pública: ésta tiene la obligación de velar por el menor y si está facultada para la más trascendental decisión jurídica en relación con la patria potestad (suspenderla y separar a los hijos de sus progenitores) con mayor razón deberá tener la posibilidad de determinar el régimen de visitas, limitarlo o incluso impedir las relaciones que resulten perjudiciales (argumento *a maiori ad minus*). Habrán de ser los padres que se crean perjudicados por la decisión administrativa quienes la impugnen ante el juez civil.

El aparente escollo del tenor literal de la previsión contenida en el art. 161 CC puede fácilmente salvarse, partiendo de que, lógicamente, cuando es necesaria intervención judicial para constituir el acogimiento, será el Juez el que tenga la última palabra en la determinación del régimen de visitas. Por ello, cuando la Entidad Pública o, en su caso el Fiscal, promuevan la constitución de un acogimiento judicial, en la propuesta habrán de incluir el régimen de visitas de los menores a fin de que la aprobación judicial se extienda a este extremo (vid. arts. 173.3 en relación con el art. 173.2.3a a) CC).

*A fortiori*, carece de sentido judicializar la cuestión si no existe oposición por la familia o por el Ministerio Fiscal.

Por lo demás, el tenor literal del art. 161 CC autoriza al Juez a regular o suspender el régimen de visitas pero no

le atribuye tal habilitación con carácter exclusivo o en régimen de monopolio.

Esta interpretación tendría además su apoyo en la regulación contenida en la LEC en materia de reclamaciones frente a resoluciones de las entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones, en materia de tutela o guarda. En efecto, el párrafo primero del art. 779 al fijar el ámbito de estos procedimientos se refiere genéricamente a los procedimientos en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Siguiendo esta delimitación extensiva, conforme al párrafo segundo del apartado primero del art. 780 LEC, en su redacción dada por Ley 54/2007, de 28 de diciembre, *de Adopción internacional*, se dispone que la oposición a la resolución administrativa por la que se declare el desamparo de un menor podrá formularse en el plazo de tres meses desde su notificación, y en el plazo de dos meses la oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores.

De los preceptos transcritos se desprende que el Legislador somete al régimen jurídico previsto en el capítulo V del Título Primero del Libro IV de la LEC (de la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y del procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción) también las decisiones que pueda adoptar la Entidad Pública en el ámbito de protección en relación con el régimen de visitas de los padres biológicos de menores declarados en desamparo.

La misma conclusión puede extraerse del tenor del art. 174.2 CC cuando establece con gran amplitud los extremos que deben ser puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal en relación con sus funciones de superior vigilante de las actuaciones en materia de protección.

También la doctrina de la Fiscalía General del Estado reconocía implícitamente la posibilidad de impugnar ante la jurisdicción civil conforme a los arts. 779 y siguientes LEC las resoluciones administrativas sobre régimen de visitas. En efecto, en el apartado VII.5.A de la Circular 1/2001, de 5 de abril de 2001, *sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles* se mantenía que "el proceso especial será el cauce procesal... no sólo para la impugnación de las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela ministerio legis (objeto expresamente reconocido en el art. 172.6 CC), sino que se extenderá con carácter general a todas las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (art. 780.1 LEC), o...a cualesquiera otras reclamaciones frente a las resoluciones de las entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o guarda de menores", resoluciones cuyo contenido puede ser muy variado, dadas las amplias facultades que las autoridades administrativas tienen reconocidas en esta materia. Por otra parte, nada permite deducir que la voluntad de la nueva LEC es limitar las posibilidades hasta ahora existentes de impugnación directa ante la jurisdicción civil de todas las resoluciones administrativas dictadas en esta materia".

Esta doctrina es corroborada por la reciente Circular 1/2008, de 22 de diciembre, *sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tras la reforma operada por ley 54/2007 de 28 diciembre* que citaba como resoluciones que podían recurrirse por este cauce, entre otras, la resolución denegatoria de la petición de modificación del régimen de visitas y la resolución administrativa que acuerda la reducción o supresión del régimen de visitas del menor acogido.

En cuanto al plazo para formular oposición a las resoluciones sobre régimen de visitas, habrá de estarse a las previsiones del apartado primero, párrafo segundo, inciso final del art. 780 LEC, que dispone que la oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores (distintas de la declaración de desamparo) se habrá de formular en el plazo de dos meses desde su notificación (en el mismo sentido, Circular 1/2008). Este plazo será aplicable cuando la acción tiene por objeto atacar la propia resolución recurrida. No es ésta la vía adecuada para formular pretensiones por cambio de circunstancias.

Por otro lado habrá de admitirse la legitimación de abuelos, familiares o allegados para solicitar de la Entidad Pública el reconocimiento del derecho de visitas y la posibilidad de formular oposición ante la denegación expresa o presunta.

El párrafo segundo del apartado séptimo del art. 172 CC dispone que igualmente están legitimados (los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida) durante el mismo plazo (dos años desde la notificación de la resolución administrativa) para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor. Pasados dos meses y hasta tanto transcurran los dos años estas resoluciones de protección podrán ser impugnadas a causa un cambio en las circunstancias que presidieron su adopción, pero no en virtud de la situación existente en el momento de su dictado.

También respecto de las resoluciones relativas a la determinación por la Entidad Pública del régimen de visitas serán aplicables las previsiones de la Circular 1/2008: El párrafo tercero del apartado séptimo del art. 172 CC establece que pasado dicho plazo (dos años desde la notificación de la resolución administrativa) decaerá su derecho (el de los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida) de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo. Transcurrido el plazo de dos años los padres no tienen legitimación ni para impugnar las resoluciones de protección ni para instar su revocación por causas sobrevenidas. Simplemente se les reconoce el derecho de poner en conocimiento hechos que pudieran justificar una modificación de las resoluciones de protección. Esta puesta en conocimiento es extrajudicial, pudiendo alternativamente plantearse ante la Entidad Pública o ante el Ministerio Fiscal.

En todo caso, a la hora de fijar una postura procesal en los supuestos en los que exista controversia entre la familia biológica y la Entidad Pública, es conveniente partir del principio de preferente reinserción en la familia biológica, criterio exegético básico para el correcto entendimiento de las instituciones de protección, en conexión con la subsidiariedad que debe presidir la intervención pública, y con la provisionalidad de las medidas de protección. Este principio también propicia una interpretación favorable a los procesos de participación de la familia de la que es extraído el menor en su atención y educación mientras duren la tutela o guarda públicas. Esta orientación al retorno conlleva también, en principio, la obligación de mantener los vínculos del menor con su familia de origen, básicamente a través del establecimiento de un régimen de visitas. Todo ello en el entendimiento de que en el caso concreto, el superior interés del menor no exija otra toma de posición.

Desde luego, no es un criterio admisible la drástica restricción de las visitas de los progenitores a sus hijos en

base a criterios estrictamente organizativos de los Centros, como en alguna ocasión han detectado las Fiscalías (Vid. Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2009).

En este punto es conveniente reseñar el estudio elaborado por el Observatorio de la Infancia en 2008, en el que se pone de manifiesto que en un alto porcentaje las visitas de los padres biológicos a los menores acogidos eran nocivas o tenían consecuencias negativas para el niño (41% de los casos según los acogedores). Estas consecuencias se manifestaban en nerviosismo y alteración antes y después del encuentro (38%), tristeza y abatimiento (24%), miedo, lloros, enuresis y encopresis (19%), olvido de normas y educación (16%) y rechazo a las visitas (3%). El informe también refleja que las familias acogedoras se quejan de que, a pesar de estas consecuencias, las visitas no se limiten.

Estos datos obligan a un especial esfuerzo de supervisión. Es importante que los Sres. Fiscales recaben información sobre los resultados de las visitas, instando en caso necesario su restricción o cesación.

Un elemental respeto al principio de seguridad jurídica debe llevar a los Sres. Fiscales a vigilar que desde el primer momento en que la Entidad Pública asume la tutela automática de un menor, se determine con un mínimo de precisión el régimen de visitas de la familia de origen, ya en la resolución de desamparo, ya en resolución administrativa aparte.

Sólo en los casos de irreversibilidad fundamentada de la situación familiar que ha dado origen al desamparo, puede y debe ceder el derecho de relación familiar, en la medida en que su ejercicio perjudique otras vías de protección estable que impliquen desvinculación definitiva.

## **VII. CONSTITUCIÓN JUDICIAL DEL ACOGIMIENTO**

El acogimiento acordado por resolución judicial tiene lugar cuando los padres o el tutor no consienten o se oponen al mismo (art. 173.3 CC).

El Título II del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 continúa vigente conforme a la disposición derogatoria única 1ª de la Ley 1/2000 de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil a efectos de dar un cauce procedimental a la constitución de los acogimientos judiciales.

La sección segunda se dedica específicamente al acogimiento. El art. 1828 dispone que la constitución del acogimiento, cuando requiera decisión judicial, será promovida por el Ministerio Fiscal o por la Entidad Pública correspondiente.

En los casos en que sea el Ministerio Fiscal el promotor, el Juez deberá recabar el consentimiento de la Entidad Pública, de las personas que reciban al menor y de éste desde que tuviera doce años, oír a los padres que no estuvieran privados de la patria potestad ni suspendidos en su ejercicio, o al tutor, en su caso, y al menor de doce años que tuviera suficiente juicio, y dictará auto en el término de cinco días, resolviendo lo procedente en interés del menor.

A pesar del tenor literal del art. 1828 LEC, del que parece deducirse que no es necesario oír a los padres

suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, debe entenderse que sólo exime de la audiencia una resolución judicial privativa de la patria potestad, dictada bien en la vía civil, bien en la vía penal.

Esta interpretación se confirma por la redacción del art. 173.2 CC (*lex posterior*), que únicamente prescinde de la voluntad de los progenitores en supuestos de privación de la patria potestad.

Se prevé también el supuesto de que no haya podido conocerse el domicilio o paradero de los padres o tutores y el caso de que, pese a ser citados, no comparecieran. En ambos casos se prescindirá del trámite y el Juez podrá acordar el acogimiento.

Deberá partirse de que no es suficiente la indicación por la Entidad Pública de tal desconocimiento, sino que el Juez habrá de apurar al máximo los medios a su alcance para la localización de los progenitores, incluso a través del correspondiente oficio para que se proceda por la Policía a la averiguación del paradero de los mismos, evitando en todo caso las dilaciones. La STC n° 143/1990, de 26 de septiembre, en relación con el procedimiento de adopción pero con argumentos trasladables al de acogimiento, declara que *resulta especialmente necesaria la comparecencia de los padres biológicos del menor... lo que le obliga a rodear de las mayores garantías y del más escrupuloso celo los actos judiciales de comunicación con estos últimos que se practiquen en tales procedimientos.*

El procedimiento se iniciará, pues, ordinariamente, a propuesta de la Entidad Pública, propuesta que debe contener todas las menciones impuestas por el art. 173.2 CC. Si se inicia a instancias del Fiscal, como ya pusiera de relieve la Consulta de la Fiscalía General del Estado 8/1997, de 8 de octubre, *sobre algunas cuestiones en relación con la formalización del acogimiento familiar*, no será exigible con el mismo carácter la cumplimentación y mención de todos los datos enumerados en el art. 173, aunque sí aquellos de los que el Fiscal pueda disponer.

Ciertamente la vía de la jurisdicción voluntaria para constituir acogimientos resulta anacrónica y hasta cierto punto incoherente con la reforma operada en el CC y en la LEC por Ley 54/2007, de 28 diciembre. Ello obliga a un esfuerzo interpretativo orientado a conseguir soluciones armónicas y coherentes con la finalidad perseguida por el ordenamiento.

Como declara nuestro máximo intérprete constitucional, "en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia (tanto) los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, (que) son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen...Es lógico, pues, que dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad (pues) lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado" (SSTC n° 187/1996, de 25 de noviembre, 58/2008, de 28 de abril).

Esta pauta interpretativa sentada por el TC proporciona una guía de extraordinario relieve para alcanzar

soluciones ante los concretos problemas que puedan presentarse en la tramitación de los procedimientos de acogimiento, optando por el antiformalismo cuando ello sea necesario para conseguir que la resolución se adopte tras una tramitación respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva y sea acorde en todo caso con el superior interés del menor.

La audiencia a los padres en el expediente judicial, a diferencia de lo que ocurre en el expediente administrativo, en el que aquéllos tienen que consentir, tiene por finalidad la de ser simplemente oídos, y la de exponer por qué no han querido consentir ante la Entidad. El Juez puede por tanto, constituir el acogimiento pese a la oposición de los padres. La oposición de éstos no torna el expediente en formalmente contencioso. No será, por tanto, aplicable lo dispuesto en el art. 1817 LEC (vid. AAP Segovia Sec. única, n° 49/2002 de 1 febrero, AAP Bizkaia Sec. 2a, n° 2/1999, de 3 febrero, AAP Cantabria Sec. 2a n° 53/1997 de 25 abril), sino que tal oposición se ventilará en el mismo procedimiento. Se desnaturaliza en estos casos la esencia del procedimiento de jurisdicción voluntaria pues en realidad existirá contienda entre las partes. El Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de señalar que la tramitación del acogimiento por los cauces de la jurisdicción voluntaria y la no conversión en contencioso por la oposición del padre no genera indefensión si se ha disfrutado de una posibilidad real de defender sus derechos e intereses legítimos, mediante los medios de alegación y de prueba suficientes (SSTC n° 75/2005, de 4 de abril, 298/1993, de 18 de octubre, 4/1982 y 14/1992).

Sin embargo, se plantean interrogantes en relación con las posibilidades de oposición en el expediente judicial de constitución del acogimiento. De la nueva regulación de los mecanismos impugnatorios de las resoluciones dictadas por la Administración en protección de menores cabe extraer algunas consecuencias: no podrá plantearse en esta vía si hubo o no causa de desamparo, pues para ello los progenitores tienen un procedimiento y disponen de unos plazos específicos. Tampoco, por las mismas razones, cabrá plantear la cuestión de si ha mediado rehabilitación por parte de los padres.

Si los padres acreditan que se ha impugnado en tiempo y forma la declaración de desamparo (que la Circular 1/2008 denomina acción de oposición) o se ha promovido un procedimiento a efectos de rehabilitación (que la misma Circular denomina acción de revocación), debiera promoverse la suspensión del procedimiento de acogimiento hasta tanto se resuelva sobre tales extremos. Los progenitores deberán ser informados, si aún están en plazo, de que disponen de estas posibilidades, que pueden ejercitar a través de las vías previstas en nuestro ordenamiento, al margen del procedimiento de constitución del acogimiento. Debe repararse en la extraordinaria importancia de transmitir a los padres una información inteligible sobre las vías de impugnación, a fin de conjurar cualquier posibilidad de indefensión. Si no se acredita el ejercicio de acciones para oponerse al desamparo o para instar la rehabilitación, el procedimiento judicial de constitución del acogimiento deberá seguir su curso, aún con la oposición de los progenitores.

La suspensión de los autos de acogimiento cuando los padres formulen oposición a la declaración de desamparo no es aceptada pacíficamente. Algunas resoluciones consideran que en todo caso los autos de acogimiento deben continuar su curso, sin perjuicio de los efectos que puedan desplegarse con posterioridad si se estiman las pretensiones de los padres biológicos (AAP Toledo Sec. 1ª n° 40/2005, de 10 de mayo) mientras que otras parten de la necesidad de la suspensión hasta tanto se resuelva la acción ejercida contra la declaración de

desamparo (AAP Cádiz Sec. 1ª 18/2005, de 7 junio). Parece preferible esta última opción, en aras a evitar resoluciones contradictorias y a fin de coadyuvar a una tramitación de las actuaciones más coherente y ordenada.

Únicamente cabrá plantear en el procedimiento de constitución del acogimiento motivos de oposición basados en cuestiones referidas específicamente al acogimiento, tales como que no procede la medida de acogimiento familiar, que la modalidad de acogimiento proyectada por la Entidad pública no es la más adecuada, que no es procedente el régimen de visitas propuesto o que debieran ser designados unos familiares concretos. A tales efectos, podrán los progenitores y demás legitimados personarse con Letrado o solicitar el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita ante el propio Juzgado (arts. 6.3, 12 y 16 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, *de Asistencia Jurídica Gratuita*) y realizar alegaciones y proponer la prueba que estimen oportuna (arts. 1825 y 1826 LEC 1881). Si el Juzgado no activa directamente la asistencia letrada (posibilidad que parece la más adecuada, a fin de evitar situaciones de indefensión), deberá como mínimo informarse a los legitimados de tales posibilidades.

Lógicamente, si como suele ser habitual en la práctica, se acuerda en un mismo acto la declaración de desamparo, la asunción de la tutela automática y la propuesta de acogimiento y los legitimados promueven oposición a todas las medidas, en el procedimiento judicial podrán alegarse tanto cuestiones atinentes a la no concurrencia de la situación de desamparo como cuestiones relativas específicamente al acogimiento. Incluso, aplicando la doctrina sentada por la STS nº 565/2009, de 31 de julio, en relación con la oposición al desamparo podrá tenerse en cuenta tanto la situación concurrente en el momento en que se declaró el desamparo como las variaciones que pudieran haber tenido lugar con posterioridad en cuanto a la situación de los padres y del menor.

Estas posibilidades de defensa de los progenitores en nada obstan a que, a modo de medida cautelar extraprocesal, la Entidad Pública pueda acordar un acogimiento familiar provisional susceptible de mantenerse hasta que se produzca la resolución judicial sobre el acogimiento.

El acogimiento familiar provisional será susceptible de impugnación directa, en el plazo de dos meses, ante la autoridad judicial. También estará sometido al mismo régimen de impugnación el acogimiento acordado por la Entidad Pública de Protección de Menores cuando quienes accionen sean personas legitimadas distintas a los progenitores o tutores (vid. epígrafe 8 de la Circular 1/2008).

La opción de acumular el expediente de acogimiento a los autos de oposición al desamparo (que podría tener fundamento al amparo de la regla especial de acumulación prevista en la Disposición Final Vigésima LOPJM) no parece procedente, a la vista de la previsión del art. 1823 LEC 1881 y teniendo en cuenta que se trata de procedimientos no homogéneos (art. 77 LEC 2000) que se sustancian a través de juicios de distinta clase (art. 73 LEC 2000).

No obstante, a fin de potenciar la necesaria celeridad, parece preferible la opción de no oponerse a las acumulaciones que pudieran acordarse por los Juzgados.

Es notorio que en la práctica habitual de nuestros Juzgados, quizás con el fin de evitar indefensiones, suele

admitirse en el propio expediente judicial de constitución de acogimiento la alegación y proposición de prueba respecto a la improcedencia de la declaración de desamparo o respecto a la rehabilitación de los padres. Pese a que como se expuso *supra* tal proceder no es técnicamente correcto, con la finalidad de evitar dilaciones y preservar el principio de economía procesal, será preferible no oponerse a tal ampliación del objeto del proceso, sin perjuicio de controlar que no han transcurrido los plazos que la ley establece para el ejercicio de la acción de oposición o de la acción de revocación del desamparo.

También habrá de controlarse que tales acciones no se hayan promovido con anterioridad en otro procedimiento. Si los plazos se han agotado o las acciones están tramitándose en procedimiento aparte, tal ampliación del objeto de los autos sería claramente improcedente, no ya por razones de forma sino por motivos de fondo.

## **VIII. INSPECCIÓN DE CENTROS DE PROTECCIÓN**

Conforme al nº 12 del epígrafe III.-4 de la Instrucción 3/2008, de 30 de julio *sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores*, se atribuye a las Secciones la función de visitar periódicamente los Centros de Protección de Menores (art. 21.4 LOPJM), inspeccionando las instalaciones, las medidas de seguridad e higiene y entrevistándose reservadamente con los menores que así lo soliciten, promoviendo la corrección de las deficiencias que se observen.

La Instrucción 3/2008, de 30 de julio encomienda al Fiscal de Sala Coordinador de Menores la función de impulso y participación en la adopción de Protocolos.

En las Jornadas de Delegados de Secciones de Menores, celebradas en Segovia, los días 3 y 4 de noviembre de 2008 se acordó la elaboración por parte del Fiscal de Sala Coordinador de Menores de un Protocolo de Inspección a Centros de Protección de menores.

El Protocolo, ya aprobado, declara en su Exposición de Motivos que sus pautas "tienen como fin ser un instrumento de guía y ayuda en la actividad inspectora de los Fiscales, teniendo un carácter orientativo, sin que deba entenderse que constriñe o encorseta las singularidades del *modus operandi* de cada Sección de Menores. Además, debe partirse de que algunas de las recomendaciones sobre extremos que conviene que sean verificados, son comprobaciones que no tiene sentido realizar en todas las visitas."

Ese carácter orientativo del Protocolo hace aconsejable abordar las inspecciones en la presente Circular para subrayar aspectos cuya relevancia hace que deban configurarse como vinculantes.

En este sentido, en primer lugar las Secciones de Menores elaborarán un listado de los centros de protección de su territorio, conforme a la información facilitada por las entidades públicas, listado que deberá estar siempre actualizado. A tales efectos debe tenerse presente que los centros de menores han de estar autorizados y acreditados por la entidad pública, que los inscribirá en el registro correspondiente (arts. 11.1 y 21.2 LOPJM).

En las distintas normativas autonómicas se suelen contener clasificaciones de los distintos tipos de centros. Todos ellos deben ser objeto de visitas de inspección. Tal conclusión puede extraerse con claridad de la lectura combinada del art. 21. 2 LOPJM que dispone que todos los servicios, hogares funcionales o centros dirigidos a

menores, deberán estar autorizados y acreditados por la entidad pública y del art. 21.4 del mismo texto, conforme al cual, el Ministerio Fiscal deberá ejercer su vigilancia sobre todos los centros que acogen menores.

En caso de detectar centros de menores no acreditados, los Sres. Fiscales instarán que se proceda a su legalización o a su clausura, con garantía en uno u otro caso, de los derechos de los menores.

En relación con las visitas a los centros de protección es competente la Sección de Menores de la Fiscalía de la provincia donde se encuentra el centro. Esta competencia se extiende para conocer la situación de todos los menores, incluyendo aquellos cuyo expediente de protección ha sido abierto en provincia distinta a la del centro en el que están internados. Ello sin perjuicio de que el Fiscal del territorio donde se encuentra el centro deba informar al Fiscal que hace el seguimiento del expediente de protección del menor sobre cualquier aspecto relevante detectado en la visita de inspección.

Las Secciones de Menores deberán programar periódicamente las visitas de inspección, sin perjuicio de aquellas visitas que por razones urgentes fueran necesarias para la mejor protección de los menores ingresados en dichos centros. De este modo la programación facilitará la realización de las visitas ordinarias y su cómputo con el resto de servicios a desempeñar por el conjunto de las Fiscalías (particularmente con los señalamientos).

Las visitas de inspección deben, como regla general, ser objeto de previo aviso con antelación, tanto por cortesía institucional como para posibilitar que los internos menores residentes sean informados a efectos de que puedan formular peticiones de audiencia. Las visitas sin previo aviso no han de quedar descartadas *a limine* si existe un motivo que lo justifique, pero no deben convertirse en norma de actuación.

No obstante, la regla general en la inspección de los denominados Centros de Acogida Inmediata o de Recepción y de los Centros de Protección de Menores con Trastornos de Conducta, teniendo en cuenta sus singularidades, habrá de ser la de llevar a cabo la visita sin previo aviso.

Es indispensable que los Sres. Fiscales mantengan entrevistas con los menores que así lo deseen y que las documenten. La inspección tendrá en cuenta el horario escolar del menor con objeto de hacer coincidir la visita del Fiscal en horario compatible con la estancia de los menores en el centro. Se informará a los menores que pueden pedir comunicarse con Fiscalía para la defensa de sus derechos (art. 10.21) LOPJM).

Del mismo modo es necesario que los Fiscales concierten una entrevista con la Dirección del Centro, recabando información sobre la plantilla de personal del mismo. En la entrevista se le informará a la Dirección de que, al margen de los cauces jerárquicos de la entidad pública, puede comunicar directamente con la Fiscalía cualquier cuestión que afecte a la protección de menores.

Los Sres. Fiscales que participen en la inspección, cuando lo consideren oportuno para conocer mejor la situación de los menores ingresados, se entrevistarán con los profesionales del Centro al tiempo que abrirán un cauce de comunicación con los mismos en orden a que puedan comunicar a la Fiscalía cualquier cuestión que afecte a la protección de los menores.

Asimismo es conveniente velar por que las instalaciones guarden las medidas de seguridad e higiene necesarias

para la protección de menores, realizando una inspección ocular y haciendo las observaciones correspondientes para instar la modificación de las deficiencias que se advirtieren.

En el caso de que se detecte el ingreso de menores para el cumplimiento de medidas impuestas en aplicación de la LORPM en centros destinados a protección, conforme a las previsiones del art. 54.1 LORPM y 21 LOPJM, y la interpretación que de los mismos realiza el punto VII.5 de la Circular 1/2007, de 23 de noviembre, será necesario promover las acciones pertinentes para la reubicación del menor en el centro que corresponda.

Las inspecciones deben preferiblemente llevarse a cabo por dos Fiscales. Es conveniente que los distintos Fiscales encargados del servicio vayan turnándose en dicho cometido.

Las visitas deben constar de tres partes. La primera consistirá en una entrevista con los responsables del centro en la que se examinará la documentación que obligatoriamente deben presentar, se formularán preguntas sobre las condiciones materiales y personales del centro, forma de funcionamiento e incidencias que puedan afectar a los derechos de los menores. En la segunda se llevará a cabo la inspección ocular del centro y se describirán detalladamente las deficiencias que puedan apreciarse. La tercera debe consistir en la entrevista personal y confidencial con aquellos menores que lo soliciten y, en su caso y de estimarse oportuno, con miembros del personal del centro o familiares o allegados que así lo soliciten. Esta última intervención puede dar lugar a diligencias o actuaciones procesales posteriores.

En relación con la inspección a Centros de Acogida Inmediata o de Recepción ha de velarse por que en estos centros sólo ingresen niños y adolescentes que precisen de una atención inmediata por encontrarse en situación de desamparo o alto riesgo. Debe controlarse que la estancia de los menores en estos centros sea lo más breve posible y orientada a buscarles un recurso específico en atención a sus necesidades.

Aunque no es conveniente fijar pautas generales, teniendo en cuenta las grandes diferencias en el número de centros y hogares funcionales dedicados a acoger a menores en protección, en la medida de lo posible se tenderá a que la periodicidad de las inspecciones sea al menos semestral.

En todo caso, debe ejercerse una especial supervisión tanto sobre los Centros de Protección de Menores con Trastornos de Conducta como sobre los Centros de Acogida Inmediata, por ser los que potencialmente pueden generar mayores riesgos para los derechos de los internos. Por ello, estos centros deben ser visitados con una periodicidad al menos trimestral.

También se desplegará una especial vigilancia por parte del Fiscal respecto a los Centros de Acogida de Menores Inmigrantes no Acompañados, en atención a las características de particular vulnerabilidad de los niños y jóvenes que acogen.

Los Sres. Fiscales, cuando lo estimen pertinente para el adecuado ejercicio de su función inspectora, podrán recabar las actas levantadas por los servicios de inspección interna de las Comunidades Autónomas.

Es necesario que los Sres. Fiscales integrantes de la Comisión inspectora comprueben que el centro tenga un proyecto educativo general, así como proyectos educativos individualizados para los menores.

De cada inspección se levantará un acta con un contenido mínimo: identificación de los Fiscales intervinientes, fecha de la visita, carácter de la visita (ordinaria o, en su caso, el motivo concreto de la misma), nombre del centro y dirección, titularidad, gestión, fecha de autorización, fecha de inicio de la actividad, número total de plazas y rango de edades. En el acta también se reseñará, atendida la naturaleza del centro, la normativa autonómica específicamente aplicable al mismo.

En caso de que se detecten deficiencias, tras la visita deberán remitirse los oficios necesarios al Director del Centro y a la Entidad Pública a fin de que se corrijan las disfunciones y, en su caso, ejercitar las acciones oportunas en protección de menores ante el Juez, a tenor de los arts. 174.2 y 158.3 CC, si fuera necesario.

Conforme al epígrafe 3.4 12) de la reseñada Instrucción 3/2008, de 30 de julio, en caso de que las disfunciones comunicadas a la Autoridad Autonómica competente no sean corregidas en plazo razonable, atendidas las circunstancias en cada caso concurrentes, la Sección, a través del Fiscal Jefe, lo pondrá en conocimiento del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma y del Fiscal de Sala Coordinador de Menores.

## **IX. PAUTAS EN RELACIÓN CON LOS CENTROS DE MENORES CON TRASTORNOS DE CONDUCTA**

La mayoría de las Comunidades Autónomas disponen de centros de protección destinados a menores con conductas inadaptadas o de alto riesgo. El diseño, la normativa autonómica o propia y aún la denominación de estos centros es muy variada, pero la especial vulnerabilidad de los menores que acogen reclama una singular atención por parte del Fiscal en el ejercicio de las funciones de superior vigilancia que le encomiendan los arts. 174 CC y 21.4 LOPJM.

Pese al diferente diseño, estructura y régimen que adoptan estos centros en los distintos puntos del territorio nacional, y a la inexistencia de una calificación administrativa de "centro de seguridad", algunos de ellos presentan rasgos específicos, tales como elementos constructivos de aislamiento y de seguridad (ubicación alejada de núcleos urbanos, vallas, rejas...), restricciones de libertad y movilidad de los residentes, medidas activas y pasivas de control (registros personales y de enseres y vigilancia), régimen disciplinario más severo, medidas de contención, presencia de vigilantes; perfil de los destinatarios (alteraciones de conducta, adicciones...sumisión a tratamientos médicos y/o farmacológicos...).

Teniendo en cuenta que la diferencia entre restricción y privación de libertad no es cualitativa sino sólo cuantitativa, la concurrencia de todas estas características o de la mayor parte de ellas cuestiona seriamente el carácter abierto del establecimiento y demanda su consideración de "establecimiento de formación especial", aun cuando esa condición no se les haya atribuido específicamente en la normativa autonómica o en la de régimen interior.

La consideración de un centro concreto como "de formación especial" deberá hacerse con carácter restrictivo, sólo cuando, por presentar todos o la mayoría de los rasgos específicos apuntados, sea claramente perceptible su diseño como centro de seguridad.

Para evitar una calificación en tal sentido, excesiva y alejada de la realidad, y para obtener un censo de este tipo

de centros en el territorio nacional, los Sres. Fiscales Delegados darán parte al Fiscal de Sala Coordinador de Menores de aquellos centros ubicados en sus respectivos territorios que por sus características y régimen interno deben merecer la consideración de "centros de formación especial".

Dado su carácter y su programación educativa, estos centros no deben ser utilizados en casos de patologías psíquicas graves que requieran un abordaje específico.

Debe distinguirse el tratamiento jurídico de estos ingresos cuando el menor afectado se encuentra bajo la patria potestad de su o sus progenitores, de los supuestos en los que el menor se encuentra sometido a tutela, bien ordinaria, bien administrativa.

Cuando el menor está bajo la patria potestad de sus progenitores, la decisión de ingreso en un centro para menores con trastorno de conducta entra dentro del radio de facultades y deberes integrados en la patria potestad. Por tanto, la decisión compete a los padres, sin necesidad de autorización por parte de los poderes públicos y sin perjuicio de que tal decisión deba adoptarse en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica (art. 154 párrafo segundo CC), salvaguardando el derecho de los hijos a ser oídos (art. 154 párrafo sexto CC). Además, en ejecución de tal decisión los padres podrán recabar el auxilio de la autoridad (art. 154 párrafo séptimo CC).

Distinto tratamiento debe darse al supuesto en el que el menor necesitado de ingreso en un centro para menores con trastorno de conducta se encuentre bajo tutela ordinaria o administrativa. En estos casos será de aplicación la previsión contenida en el art. 271.1 CC conforme al cual, el tutor necesita autorización judicial para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. Este precepto se inserta en la sección tercera del capítulo II (de la tutela) del Título X (de la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados) del Libro I. Teniendo en cuenta que el capítulo II se abre con un precepto en el que se incluye tanto la tutela ordinaria como la constituida respecto de los menores que se hallen en situación de desamparo, parece claro que la previsión del art. 271.1 CC ha de aplicarse tanto a unos como a otros. Deben entenderse por tanto aplicables los preceptos que regulan el ejercicio de la tutela civil ordinaria (arts. 259-275 CC) a la tutela automática, en cuanto no resulten incompatibles con su especificidad y con su finalidad, que no es otra que la de evitar que los menores de edad queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Este argumento no es sin embargo definitivo, pues existen disposiciones referidas a la tutela ordinaria que no pueden trasladarse sin más a la tutela administrativa.

No obstante, el argumento sistemático se ve reforzado por una interpretación teleológica, que no hace sino confirmar esta exégesis, al concurrir la misma *ratio*: a la vista de lo delicado de la decisión, cuando afecta a menores no sometidos a la patria potestad debe aplicarse una garantía adicional que favorezca el acierto y el control de la medida a través de la intervención judicial.

El procedimiento para solicitar la autorización judicial debe ser el de jurisdicción voluntaria innominado, previsto en el art. 273 CC, y no el del art. 763 LEC, puesto que no se trata de menores con "trastorno psíquico".

Deben entenderse competentes los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la entidad protectora, por concurrir la misma *ratio* que justifica esta atribución de competencia en el art. 779 LEC.

Dada la ubicación de los arts. 271.1 y 273 en el Título X del Libro I CC, resulta aplicable la disposición adicional tercera de la LOPJM, y se ventilará la eventual oposición en el mismo procedimiento de jurisdicción voluntaria, que no por ello se convierte en contencioso.

Excepcionalmente, se admitirá el ingreso de urgencia cuando la medida no permita demora.

En el expediente de jurisdicción voluntaria habrán de incluirse necesariamente la audiencia no vinculante del menor (arts. 273 CC, 12 CDN y 9 LOPJ) y el dictamen del Ministerio Fiscal (arts. 273 CC y 1815 LEC de 1881), que se emitirá siempre previo examen del expediente de protección del menor y de su trayectoria institucional, así como de las razones que exponga la Entidad Pública para el ingreso. Podrán practicarse las pruebas pertinentes y podrán ser oídos familiares y personas interesadas.

El dictamen del Fiscal en estos expedientes analizará necesariamente si la situación de riesgo del menor y sus dificultades de adaptación justifican la adopción de la medida, si ésta responde al principio de prohibición de exceso y con qué periodicidad debe ser revisada.

En todo caso, el ingreso de un menor en estos centros deberá fundamentarse en un diagnóstico que lo justifique.

En punto a la justificación de la medida se mantendrán criterios restrictivos, dado el carácter difuso que los presupuestos del ingreso y el perfil del usuario tienen en la mayoría de las regulaciones autonómicas. El principio de inclusión, propio del ámbito educativo, abona también el carácter absolutamente excepcional del recurso a la concentración residencial en el abordaje de los trastornos del comportamiento.

En aplicación del principio de prohibición de exceso el Fiscal debe analizar la adecuación cualitativa (en relación a las necesidades del menor) y cuantitativa (intensidad y duración) de la medida, su necesidad por inexistencia de otro recurso menos restrictivo que pudiera ser aplicado con igual resultado y su proporcionalidad.

En todo caso, regirá el carácter de intervención extraordinaria, temporal por períodos concretos y con duración determinada. La medida de protección debe ser revisada periódicamente a fin de que en ningún caso se prolongue más de lo estrictamente necesario, conforme al principio del superior interés del menor, valorándose en cada revisión la posibilidad de aplicar medidas menos restrictivas de derechos.

El auto que ha de dictar el Juez autorizando el ingreso o denegando autorización deberá ser suficientemente motivado y contra el mismo podrán interponer apelación (art. 456.2 LEC) la Entidad Pública de Protección de Menores, el Fiscal, y los padres, tutores o guardadores de menores, aunque estén suspendidos de la patria potestad o de la tutela ex art. 172.1 CC.

Debe entenderse que el recurso de apelación no tiene efectos suspensivos, conforme al artículo 456.2 LEC, por lo que, si el internamiento es autorizado o ratificado, la interposición no da lugar al cese de la medida, permitiendo su continuidad.

La intervención judicial es sólo uno de los múltiples controles que demanda la naturaleza de estos centros, siendo imprescindible la permanente supervisión del Fiscal, tanto de las condiciones de los centros y los procedimientos aplicados, como de la situación de cada uno de los menores residentes.

El Proyecto Educativo no sólo constituye la misión de estos Centros, sino que se erige en el primer presupuesto de validez de las medidas de seguridad y del régimen disciplinario. Por ello, la supervisión deberá extenderse a la comprobación de la existencia y corrección del Proyecto Educativo específico y de la Programación pedagógica individual que ha de desarrollarse con cada menor residente.

Igualmente deberá comprobarse el respeto al derecho de los menores a formular peticiones y quejas al Director del Centro, a la Entidad de Protección, al Fiscal y a las Defensorías de la infancia.

Habrà de promoverse que los métodos disciplinarios se utilicen como último recurso, dando prioridad a los sistemas restaurativos de resolución de conflictos e interacción educativa frente a los procedimientos formales y a los castigos, tal como recomienda la moderna pedagogía y expresamente, el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación (2008)<sup>11</sup> sobre Reglas Europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas, exponiendo un criterio que debe hacerse extensivo, con mayor fundamento si cabe, cuando se trata de intervenciones de protección y no de reforma.

Es necesario que los Sres. Fiscales supervisen los Reglamentos de Régimen Interno y su aplicación, a fin de comprobar que el aislamiento se utiliza correctamente. A tales efectos debe partirse de que ha de ser una medida de carácter absolutamente excepcional, en prevención de actos violentos o autolesiones, o de graves riesgos para otros menores residentes en el Centro, para el personal del mismo o para terceros o de daños graves a las instalaciones; que sólo puede aplicarse como medida de contención cuando el menor haya perdido de forma intensa el control de su conducta, sin que responda a las indicaciones de los educadores; que ha de llevarse a cabo en un espacio que tendrá que reunir las mismas condiciones de habitabilidad que el resto de los espacios o habitaciones que se utilicen en el centro, sin perjuicio de estar dotado de las condiciones necesarias para que el menor no pueda atentar contra su integridad física o la de otras personas; que su duración no debe exceder de seis horas; que ha de darse explicación al menor de los motivos que han justificado esa actuación; que durante el período de tiempo en que el menor permanezca en aislamiento debe estar acompañado o supervisado por un educador y que a tales efectos, la totalidad de la habitación habrá de ser visible desde el exterior.

## **X. CONSECUENCIAS DEL CESE DE LA TUTELA AUTOMÁTICA POR FUGA DEL MENOR**

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.

Por ello es preciso promover la erradicación de la práctica en ocasiones detectada consistente en que cuando un menor 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.

Cuando sea notificada la resolución de extinción de la tutela automática, los Sres. Fiscales deben desplegar un control riguroso de la fundamentación de la misma. 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, por constitución de tutela ordinaria (art. 239.2° CC) o por adopción. Sin embargo, la ilocalización del menor, el haberse fugado u otras circunstancias análogas no 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.

Por consiguiente, como regla general, deben ser impugnadas las resoluciones por las que la Entidad Pública de Protección de Menores declare extinguida la tutela legal en base a que el menor desamparado se ha fugado y colocado en paradero desconocido.

## **XI. RENDICIÓN DE CUENTAS**

La rendición de cuentas al final de la tutela es regulada en la sección 4ª del título X del CC. A diferencia del tratamiento de la prestación de fianza por el tutor (sección 3ª del Título X del CC), obligación de la que se exime a la Entidad pública, no hay ninguna salvedad en cuanto al cumplimiento de la obligación de rendir cuentas.

Por tanto, la Entidad Pública debe rendir cuentas. Para la aprobación final de estas cuentas y antes de proceder a la entrega del saldo a los beneficiarios, una vez alcanzada la mayoría de edad debe promoverse por la Entidad Pública expediente de jurisdicción voluntaria ante los Juzgados de Primera Instancia.

Aunque habitualmente los menores tutelados carecen de patrimonio propio, pueden tener derecho a percibir prestaciones públicas.

En este sentido, deben tenerse en cuenta los ingresos procedentes de la prestación económica por hijo o menor acogido a cargo, prevista en el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, *por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social*.

El art. 10.3 del Real Decreto dispone que serán, asimismo, beneficiarios de la asignación *quienes no sean huérfanos y hayan sido abandonados por sus progenitores o adoptantes, siempre que no se encuentren en régimen de acogimiento familiar, permanente o preadoptivo*.

## **XII. INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO PARA IMPUGNAR LA RESOLUCIÓN DE INIDONEIDAD DEL ADOPTANTE**

La introducción del requisito de la declaración previa de idoneidad entronca con lo dispuesto en el art. 21 de la Convención de los Derechos del Niño, conforme al cual los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea consideración primordial.

El Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 mayo 1993, ratificado por España en 30 de junio de 1995, introduce expresamente este requisito en su art. 15.

El art. 10 del Convenio Europeo en materia de adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 (instrumento de ratificación BOE 13 de julio de 2011) regula con detalle la valoración de la idoneidad de los adoptantes, declarando en su apartado primero que la autoridad competente sólo podrá declarar una adopción tras haber llevado a cabo investigaciones adecuadas acerca del adoptante.

Desde el punto de vista de nuestro Derecho interno, la LOPJM en su Exposición de Motivos declara que *en materia de adopción, la Ley introduce la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes, que habrá de ser apreciado por la entidad pública, si es ésta la que formula la propuesta, o directamente por el Juez, en otro caso.*

La LOPJM daba nueva redacción al art. 176 CC en los siguientes términos: *1. La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.*

*2. Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta.*

La regulación de la idoneidad para adoptar también se contempla en la legislación autonómica en los siguientes preceptos: art. 77 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, *de la infancia y la adolescencia en Aragón*, art. 73 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, *de Atención Integral a los Menores* (Canarias), art. 78 de la Ley 8/2010, de 23 de diciembre, *de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia* (Cantabria), art. 33 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, *gallega de la familia, la infancia y la adolescencia* y arts. 77 y ss del Decreto 42/2000, de 7 de enero; art. 58 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, *del Menor de Castilla-La Mancha*, arts. 97 y ss de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, *de Protección de Menores de La Rioja*; art. 126 Ley 12/2008, de 3 de julio, *de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana*, arts. 42 y ss del Decreto Foral 7/2009, de 19 de enero, *por el que se aprueba el reglamento de desarrollo parcial de la ley foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y la adolescencia*; art. 104 Ley 14/2002, de 25 de julio, *de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León*; arts. 70 y ss del Reglamento de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción (Decreto 127/1997, de 27 de mayo, Cataluña), art. 33 Ley 1/1998, de 20 de abril, *de los Derechos y la Atención al Menor* (Andalucía); art. 83 Ley 3/2005, de 18 de febrero, *de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia* (País Vasco); art. 57 Ley 1/1995, de 27 de enero, *de Protección del Menor* (Asturias); arts. 7 y ss del Decreto 372/2007, de 30 de noviembre, *por el que se regulan los procedimientos administrativos en materia de adopción de menores en la Región de Murcia*; arts. 8 y ss del Decreto 5/2003, de 14 de enero, *por el que se establece el procedimiento de valoración de las solicitudes*

*de adopción y acogimiento familiar y de selección de adoptantes y acogedores* (Extremadura); arts. 59 y ss de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, *de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid* y arts. 25 y ss del Decreto 40/2006, de 21 de abril, *por el cual se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de idoneidad* (Baleares).

Estas decisiones sobre idoneidad son susceptibles de ser impugnadas por los administrados ante los Tribunales de Justicia, como es consustancial al Estado de Derecho (SAAP Coruña, Sec. 4ª, n° 15/2010, de 15 de enero, Cuenca, n° 5/2003, de 15 de enero, Toledo Sec. 2a n° 195/2004, de 13 de mayo, y Barcelona Sec. 18ª n° 708/2005, de 7 noviembre).

Tras la promulgación de la LEC de 2000, hubo consenso en entender que las impugnaciones de las resoluciones sobre idoneidad debían tramitarse conforme al procedimiento previsto para la oposición a resoluciones sobre protección de menores, previsto en el art. 780.1 LEC.

El propio art. 780.1 LEC, en redacción dada por la Ley 54/2007, cuando regula los plazos de presentación de la demanda de oposición, alude a la resolución administrativa por la que se declara el desamparo "y a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores", otorgando un plazo de tres meses a las primeras y de dos meses a las segundas.

La Circular 1/2008, *sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tras la reforma operada por Ley 54/2007 de 28 diciembre*, aclara qué debe entenderse por las restantes resoluciones administrativas en materia de protección de menores, considerando *ad exemplum*, que podrán entenderse comprendidas, entre otras, la resolución que declara la no idoneidad del solicitante para la adopción.

También las legislaciones autonómicas parten de que las impugnaciones de las resoluciones de idoneidad deben ventilarse ante la jurisdicción civil (*vid.* art. 98.4 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, *de Protección de Menores de La Rioja*, art. 43.5 del Decreto Foral 7/2009, de 19 de enero, *por el que se aprueba el reglamento de desarrollo parcial de la ley foral 15/2005*, art. 30.3 del Decreto 40/2006, de 21 de abril, *por el cual se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de idoneidad* (Baleares).

Como con claridad refiere el ATS (Sala especial de conflictos de competencia) n° 15/2011, de 15 de abril, cuando se trata de materias relativas a protección de menores "no obsta a la competencia de la jurisdicción civil el que la reclamación judicial sea contra un acto de la Administración Pública, sea o no acto administrativo".

Por tanto, una primera cuestión debe quedar ya zanjada: para conocer las impugnaciones sobre idoneidad es competente la jurisdicción civil, y el procedimiento a aplicar es el proceso de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (art. 780).

La idoneidad para adoptar es una cuestión que directamente afecta a la protección de los menores. Ello justifica el cauce procesal que se sigue para atacar las impugnaciones que se planteen frente a las resoluciones dictadas y las consiguientes singularidades procesales.

El art. 749.2 LEC, dentro del capítulo primero (disposiciones generales) del Título primero del Libro IV, en el que se regulan los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, dedica una disposición a la intervención del Fiscal, en la que, tras imponer en todo caso su intervención en los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación, establece que en los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.

Entre los procesos a los que se refiere el Título primero se encuentran, en el capítulo V los procesos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (arts. 779 y ss).

Pues bien, en este contexto, pese a que en el procedimiento para impugnar la resolución de idoneidad no se ventilan pretensiones en relación con ningún menor concreto, es claro que lo que en el mismo se decida va a afectar a los menores, bien en general (si finalmente se confirma la no idoneidad de los solicitantes éstos no van a poder adoptar) bien de forma individualizada (si se revoca la resolución y por tanto, se acuerda la idoneidad los solicitantes, éstos pueden llegar a adoptar a un menor, por lo que éste resultará directamente afectado por lo acordado).

La trascendencia de la materia se pone de manifiesto si reparamos en que un control adecuado de la idoneidad de los adoptantes reduce el porcentaje de adopciones fracasadas o disfuncionales. Por ello, esta cuestión no puede ser ajena al Fiscal.

La propia denominación del procedimiento aplicable, oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, revela con claridad que la pretensión que se deduce afecta a los menores. En este sentido, el AAP Toledo, Sec. 1ª, nº 42/2009, de 29 de junio califica al proceso para impugnar resoluciones de idoneidad de proceso de menores, lo que le lleva a considerar que debe articularse sobre el interés del menor.

Expresamente declara la SAP Cuenca, nº 5/2003, de 15 de enero que el Ministerio Fiscal es "parte necesaria en esta clase de procedimientos".

No puede además olvidarse que la intervención del Ministerio Público, aunque nada se dijera en el art. 749.2 LEC, se fundamentaría *ratione materiae* en lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. El nº 7 de este precepto le asigna la función de intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores. Qué duda cabe que, como se expuso *supra*, estos procesos pueden afectar a personas menores, y además, a personas menores desamparadas.

La resolución de idoneidad no es un acto administrativo declarativo de derechos, sino un requisito legalmente establecido para tratar de preservar el interés superior del menor. Por ello, el Ministerio Fiscal, como superior garante de este interés, no sólo debe intervenir necesariamente en los procedimientos en los que los declarados no idóneos impugnen la resolución sino que tendría incluso legitimación para impugnar declaraciones de idoneidad improcedentes.

Por lo demás, la asignación al Fiscal de la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores desamparados (art. 174.1 CC) apunta en la misma dirección.

### **XIII. TRATAMIENTO DE LA KAFALA**

La *kafala*, institución tradicional de Derecho Islámico, ha sido reconocida en la Convención de Derechos del Niño en su art. 29.

También debe mencionarse el Convenio de La Haya el 19 de octubre de 1996 *relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, que expresamente se refiere a la *kafala* en sus arts. 3 e) y 33.

La *kafala* es una institución propia del Derecho de los países de inspiración coránica (art. 83.3 de la Mudawana marroquí y arts. 2 y 17 del Dahir núm. 1-02-172 de 13 de junio de 2002 relativo a la promulgación de la Ley núm. 15-01 relativa a la toma a cargo -*kafala* - de niños abandonados y artículos 116 a 125 del Código de Familia argelino), que no crea un vínculo de filiación entre la persona que asume la *kafala* del menor y este último y se limita a fijar una obligación personal por la que los adoptantes se hacen cargo del adoptando y se obligan a atender su manutención y educación, de forma similar al prohijamiento o acogimiento del Derecho Español, dado que el Corán (versículos 4 y 5 de la Sura XXXIII) prohíbe que el hijo adoptivo se integre en la familia con los mismos apellidos y los mismos derechos sucesorios que los hijos naturales.

El art. 116 del Código de Familia argelino define la *kafala* como el *"negocio jurídico a través del cual una persona toma a su cargo a un menor, de manera voluntaria, para mantenerlo, educarlo y protegerlo como lo hiciera un padre para su hijo"*. Esta obligación surge a partir de un acto jurídico. Conforme al artículo 117, la *kafala* *"se constituye ante el juez o el notario con el consentimiento del niño, cuando tiene padre o madre"*.

La nueva regulación de la *kafala* en ordenamientos como el marroquí o el argelino se ha inspirado en la Convención de Derechos del Niño, por lo que puede decirse que, en principio, no existen inconvenientes para que despliegue efectos en territorio español, de conformidad con las disposiciones del Convenio de La Haya el 19 de octubre de 1996.

En todo caso, a la hora de determinar la eficacia jurídica de la *kafala* en nuestro país no debe perderse de vista el principio del superior interés del menor, debiendo optarse, dentro del respeto a la legalidad vigente, por soluciones que tiendan a favorecer la estabilidad, la seguridad jurídica y la integración del menor en un entorno familiar adecuado.

Acerca de la naturaleza jurídica de la *kafala*, la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de julio de 2006, *sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales*, declaraba que *"el Derecho islámico clásico no regula ninguna institución como la adopción plena del Derecho español, esto es, equiparando la posición jurídica del hijo adoptivo con la propia de la filiación natural en cuanto a la creación de vínculos de parentesco y cambio subsiguiente en el estado civil de las personas. Ello se debe a que el Corán prohíbe que el hijo adoptivo se integre en la familia con los mismos*

*apellidos y los mismos derechos sucesorios que los hijos naturales... tan sólo se admite que el niño acogido, que no adoptado, se beneficie de los cuidados materiales y de la educación que le proporciona la nueva familia de acogida. No se producen, en consecuencia, ni la modificación del orden sucesorio en la herencia causada por cualquiera de los miembros de la nueva familia, ni el nacimiento de vínculo de parentesco alguno ni, en consecuencia, impedimentos para el matrimonio".* Esta Resolución-Circular declara que la *kafala* constituye una situación similar al acogimiento o prohijamiento del Derecho español "que produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral...pero que ni crea vínculos nuevos de filiación, ni rompe los anteriores, ni priva de la patria potestad a los padres". Se declara también que la *kafala* "es una situación que puede ser reconocida en España si ha sido válidamente constituida por autoridad extranjera, siempre que no vulnere el orden público internacional español y si los documentos en los que consta se presentan debidamente legalizados y traducidos a idioma oficial español".

La Resolución de la DGRN de 27 de febrero de 2006 pese a que parte de que la *kafala* "no implica en modo alguno que su eficacia haya de ser precisamente la de la adopción española" reconoce también que esta singular institución marroquí surte "determinados efectos conforme a esta legislación y conforme a las normas españolas de Derecho internacional privado".

En la práctica, se plantean algunos interrogantes en cuanto a la posición que ha de adoptar el Fiscal en supuestos en los que españoles o residentes en España, tras residir durante más de un año junto a un menor respecto del que se ha constituido la *kafala*, promueven judicialmente un expediente de adopción.

Concretamente, se plantean dudas en relación a si puede la *kafala* ser base para la constitución de una adopción por los Tribunales españoles, si resulta de aplicación la Ley española, si el hecho de que el Derecho islámico prohíba la adopción se torna en un obstáculo insalvable y si los acogedores en virtud de la *kafala* pueden por sí mismos promover la adopción.

En cuanto a la competencia de los Tribunales españoles, la cuestión queda claramente resuelta en el art. 14 de la Ley 54/2007, de 28 diciembre, *de Adopción internacional* en cuanto dispone que, con carácter general, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la constitución de la adopción en los siguientes casos:

- a) Cuando el adoptando sea español o tenga su residencia habitual en España.
- b) Cuando el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España.

En segundo lugar debe partirse del art. 18.1 a) de la Ley 54/2007 que al regular la Ley aplicable a la constitución de la adopción dispone que la adopción constituida por la autoridad competente española se registrará por lo dispuesto en la ley material española cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción.

Por tanto, es claro que en supuestos como el analizado en los que se plantea la constitución de la adopción de

un menor residente habitual en España, sometido a la *kafala* de una persona española o residente habitual en España, los Tribunales españoles son competentes y además, deben aplicar la Ley española.

Ello despeja otra de las dudas planteadas: si la Ley sustantiva que se aplica es la española, la posible prohibición o desconocimiento por parte del Derecho del país de origen del menor de la institución de la adopción, no será óbice a la constitución de ésta.

Por lo que se refiere a la última de las cuestiones, relativa a si los acogedores en virtud de la *kafala* pueden por sí mismos promover la adopción, pese a que alguna resolución se ha pronunciado en contra (vid. AAP Tarragona, Sec. I<sup>a</sup> n° 67/2008, de 23 de junio, AAP Cádiz, Sec. 5<sup>a</sup>, n° 154/2008, de 11 de diciembre), existe base para mantener la solución contraria.

En efecto, si se parte de que el adulto respecto del que se ha constituido la *kafala* es el representante legal — tutor- del menor, será aplicable la excepción que el art. 176 del Código Civil establece a la necesidad de propuesta previa de la entidad pública para iniciar el expediente de adopción: no se requiere tal propuesta cuando en el adoptando concurre la circunstancia de llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo.

Así, cuando la *kafala* ha sido constituida por la autoridad pública competente del país de origen con fundamento en una previa situación de abandono debe partirse de la atribución de la representación legal del menor a su acogedor.

Debe también tenerse en cuenta a la hora de calibrar los efectos de la *kafala* que el art. 34 de la Ley 54/2007, en el que claramente se encuadra esta institución, dispone por lo que ahora interesa que:

*1. Las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que según la ley de su constitución no determinen ningún vínculo de filiación, se equiparán al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, regulados en el Derecho español, si concurren los requisitos siguientes:*

*1° Que los efectos sustanciales de la institución extranjera sean equivalentes a los del acogimiento familiar o, en su caso, a los de una tutela, previstos por la ley española.*

*2° Que las instituciones de protección hayan sido acordadas por autoridad extranjera competente, sea judicial o administrativa. Se considerará que la autoridad extranjera que constituyó la medida de protección era internacionalmente competente si se respetaron los foros de competencia recogidos en su propio Derecho.*

En este sentido, el AAP Barcelona, Sec. 18a, n° 181/2008, de 8 de julio declara en un caso de constitución *ex novo* de una adopción de un menor extranjero en régimen de *kafala* que "no se requiere la propuesta previa de la entidad pública. Dicha propuesta previa se exige en los supuestos de adopción de un menor que ha sido previamente declarado en situación de desamparo por la entidad pública, como resulta coherente con la regulación en materia de protección de menores y con las atribuciones o competencias que en esta materia tiene la Administración.... Estos supuestos son totalmente diferentes a los que se plantean en la constitución de una adopción de un menor extranjero, cuya situación de acogimiento viene determinada por resolución de la

*autoridad competente del país de origen del menor. La intervención de la entidad pública en estos supuestos se limita a garantizar la concurrencia de las condiciones de idoneidad del adoptante o adoptantes y el positivo seguimiento del acogimiento una vez el menor se traslada a España, pero no es la institución o autoridad que ha constituido el acogimiento o ha solicitado su constitución y su intervención no viene determinada por su condición de tutora legal del menor extranjero. Si la medida de protección de menores adoptada por la autoridad competente extranjera es asimilable a una tutela, el propio artículo 120 del Codi de Família no exige la propuesta previa, permitiendo a los adoptandos la petición directa ante los Juzgados, sin perjuicio de que en estos casos, como en los demás, debe valorarse por el Juez las condiciones de idoneidad de los adoptantes o adoptante y la concurrencia de las demás condiciones y requisitos exigidos en la ley...."*

También el AAP Málaga Sec. 6ª de 20 de marzo de 2007 considera que la tutela dativa que la *kafala* representa, es institución adecuada y suficiente para, concurriendo los demás requisitos legalmente exigibles, habilitar la posibilidad de constitución judicial de la adopción por aplicación del derecho interno español. En el mismo sentido, el AAP Barcelona, Sec. 18ª, nº 86/2006, de 28 de marzo entiende que la *kafala* "*bien puede entenderse equiparable...a la tutela.... a fin de poder dar lugar a una adopción nacional*".

Debe, pues, entenderse que si el régimen de *kafala* constituido por autoridad judicial o administrativa competente se ha prolongado por más de un año, no es necesaria propuesta previa de la Entidad Pública, bastando la solicitud de los acogedores para iniciar el expediente judicial de adopción.

Esta interpretación refuerza el principio de favor *negotii vel validitatis*, concretado en los principios de *favor adopcionis* y *favor minoris*.

Ello no obsta, desde luego, para que la entidad pública, conforme a lo establecido en el art. 177.4º CC, deba informar sobre la idoneidad del o de los adoptantes.

Lógicamente, la aplicación de la Ley española llevará a la necesidad, según los casos, de obtener el asentimiento o simplemente de oír a los padres biológicos. Será, pues, necesario solicitar el asentimiento o audiencia a través de comisión rogatoria. La falta de contestación a la comisión rogatoria no puede equipararse en principio a la imposibilidad de dar cumplimiento a la audiencia, sin perjuicio de que en determinados supuestos en los que, pese a los esfuerzos desplegados se constante un obstáculo insalvable, pueda prescindirse del trámite atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes (especialmente, cuando la documentación de origen refleje con claridad que la constitución de la *kafala* se fundamentó en el desamparo del menor). Podrá, por tanto, aplicarse, *mutatis mutandis*, el régimen contenido en el párrafo tercero del art. 1831 de la LEC 1881 conforme al cual, cuando no hayan podido conocerse el domicilio o paradero de alguno que deba ser citado, o si citado no compareciere, se prescindirá del trámite y la adopción acordada será válida, a salvo, en su caso, el derecho que a los padres concede el art. 180 del Código Civil.

#### **XIV. ACTUACIÓN EN EXPEDIENTES SOBRE ENSAYOS CLÍNICOS E INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA**

##### **XIV.1 Introducción**

La Instrucción 3/2008, de 30 de julio, encomienda al Fiscal de Sala Coordinador de Menores la función de impulso y participación en la adopción de Protocolos en el ámbito de su especialidad.

Por su parte, la misma Instrucción, en su epígrafe III.4, dedicado a los cometidos de la Sección de Menores en materia de protección y derechos fundamentales, atribuye a la misma la función de proteger los derechos de los menores en supuestos de ensayos clínicos y en investigaciones que impliquen procedimientos invasivos sin beneficio directo. En ejecución de las anteriores previsiones, la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores de la Fiscalía General del Estado, ha elaborado un Protocolo de actuaciones que sigue vigente. Sin perjuicio de ello, se incorporan a la presente Circular los aspectos más relevantes del mismo.

#### **XIV.2 Ensayos clínicos**

El art. 7.3 del RD 223/2004, de 6 de febrero, *por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos*, dispone que el promotor pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal las autorizaciones de los ensayos clínicos cuya población incluya a menores. Esta autorización tiene la naturaleza jurídica de acto administrativo, y ha de otorgarla la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS) (art. 20) en un expediente en que debe constar el dictamen favorable del Comité Ético de Investigación Clínica (CEIC) (art. 22.1 Decreto 223/2004).

La puesta en conocimiento del promotor dará lugar a la apertura por el Fiscal de un expediente de protección utilizando el cauce de las diligencias preprocesales (vid. art. 5 EOMF e Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2009, epígrafe 2).

El Ministerio Fiscal habrá de asegurarse de que se han observado todos los requisitos que la legislación establece, oponiéndose al ensayo en caso contrario. Concretamente deberá examinar la documentación remitida por el promotor y que ésta comprende la resolución de la AEMPS, el dictamen del CEIC y una copia del protocolo.

Es necesario comprobar que el protocolo está aprobado por el CEIC y que además, este organismo, conforme al art. 4 del RD 223/2004, ha contado con expertos en pediatría o ha recabado asesoramiento sobre las cuestiones clínicas, éticas y psicosociales en el ámbito de la pediatría.

En las ocasiones en que la información remitida se estime insuficiente, el Fiscal puede requerir al promotor a fin de recabar los datos necesarios para asegurar la protección del interés superior de los menores que van a participar en el ensayo.

El Fiscal, si la documentación examinada es adecuada, habrá de acusar recibo a fin de que el promotor tenga constancia de la recepción.

El Fiscal elaborará igualmente una ficha resumen. El contenido mínimo de la ficha deberá integrar los siguientes datos: 1) Breve descripción del objeto del ensayo; 2) Nombre y domicilio del promotor; 3) Intervenciones previstas en el protocolo del ensayo (toma de muestras de sangre u orina, administración graduada de fármaco etc.); 4) Fecha de la autorización de la AEMPS; 5) Fecha del dictamen favorable del CEIC 6) Período de la

investigación previsto y 7) Observaciones.

Desde un punto de vista teórico, cabrá la posibilidad de promover judicialmente una medida de protección al amparo del artículo 158 del Código Civil, si durante la ejecución del ensayo se tiene conocimiento de algún dato del que pueda inferirse un riesgo para los derechos de los menores, a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.

Esta posibilidad ha de reservarse para los supuestos en los que existan motivos claros para proceder, teniendo en cuenta el amplio número de garantías y cautelas que se exigen para la realización del ensayo, así como la existencia de órganos independientes cualificados para controlar la aprobación y ejecución del ensayo.

En cuanto al cierre del expediente de protección, deberá esperarse un año con posterioridad a la fecha de finalización del ensayo.

Tras la promulgación del RD 223/2004, ya no se exige la puesta en conocimiento del Fiscal de cada otorgamiento del consentimiento con carácter previo, sino que sólo se exige la puesta en conocimiento de la "autorización" de los ensayos que incluyan dentro de su población a menores. Por ello, no es necesario comunicar a la Fiscalía ni la identidad de los menores sujetos a ensayo ni el consentimiento prestado, por lo que no es preciso comprobar *a priori* que concurre el consentimiento informado de los representantes legales del menor y del menor maduro.

El legislador no ha querido en esta materia, como sí lo ha hecho en otras (por ejemplo el honor, la intimidad y la imagen) establecer la garantía de la comunicación al Fiscal de las decisiones de los padres o tutores sobre los ensayos clínicos. Ello no obstante, si a través de cualquier vía llega a conocimiento del Fiscal que se ha incluido como sujeto de ensayo a un menor prescindiendo de su consentimiento (si es maduro) o del de sus representantes legales, o que existen motivos bastantes para cuestionar en concreto la decisión de éstos, podrá, previas las averiguaciones pertinentes, promover las correspondientes medidas para velar por el superior interés del menor.

A tales efectos, ha de recordarse que el art. 10.2 b) LOPJM reconoce a los menores el derecho a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que consideren que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas. Por su parte, el art. 13 de la misma Ley, establece que toda persona o autoridad, y especialmente aquellos que por su profesión o función, detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise.

En algunas Fiscalías se recaba informe del médico forense sobre la naturaleza, beneficios y efectos del ensayo clínico. Tal diligencia no es necesaria, teniendo en cuenta que en el expediente se va a contar con el dictamen del CEIC y la autorización de la AEMPS. No obstante, tampoco existe impedimento para recabar opinión pericial, en caso de que algún extremo del expediente pueda suscitar dudas.

Teniendo en cuenta que con el actual marco jurídico solo se prevé que se comunique la autorización del ensayo

clínico, será en principio competente

para tramitar las Diligencias Preprocesales la Fiscalía del domicilio del promotor y ello con independencia de que el o los centros y los menores tengan su domicilio en otros territorios.

Este criterio de competencia despeja las dudas para los supuestos de ensayos multicéntricos: seguirá siendo competente la Fiscalía del domicilio del promotor.

Por tanto, cada ensayo debe dar lugar a un solo expediente que ha de ser tramitado por la Sección de Menores de la Fiscalía del domicilio del promotor. Si otras Secciones reciben comunicaciones relativas al ensayo, deberán remitirlas a la Sección competente, conforme a los criterios expuestos.

### **XIV.3 Investigación biomédica**

Deben ser comunicadas a las Secciones de Menores de la Fiscalía las autorizaciones de investigaciones biomédicas que afecten a menores cuando la investigación no vaya a producir resultados de beneficio directo.

Para que pueda autorizarse en estos casos la investigación, ésta debe tener por objeto contribuir, a través de mejoras significativas en la comprensión de la enfermedad o condición del individuo, a un resultado beneficioso para otras personas de la misma edad o con la misma enfermedad o condición, en un plazo razonable y que entrañe un riesgo mínimo para el individuo participante, entendiéndose por tales los impactos en la salud y las molestias que puedan sufrir los sujetos participantes cuyos efectos sólo podrán ser de carácter temporal (art. 20.2 c).

Será necesario en estos supuestos, una vez recibida la comunicación, abrir un Expediente de Protección a través del cauce formal de las Diligencias Preprocesales. Es aquí aplicable lo expresado *supra* para los ensayos clínicos, esto es, obligación formal de acusar recibo y elaborar ficha resumen.

Igualmente debe darse por reproducido lo relativo a las posibilidades de judicialización y sus límites.

Deberá comprobarse que entre la documentación remitida se encuentra la evaluación positiva del Comité de Ética de la Investigación y la autorización del órgano autonómico competente (art. 16 de la Ley).

De la documentación remitida debe desprenderse: 1) que no se puede realizar una investigación de eficacia comparable en individuos capaces de otorgar su consentimiento, 2) que la investigación tiene el objeto de contribuir, a través de mejoras significativas en la comprensión de la enfermedad o condición del individuo, a un resultado beneficioso para otras personas de la misma edad o con la misma enfermedad o condición, en un plazo razonable y 3) que la investigación entraña un riesgo y una carga mínimos para el individuo participante.

## **XV.- CONCLUSIONES**

### **XV.1 SUPERVISIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA**

1ª. Ha de impulsarse la actividad protectora de las Entidades Públicas, poniendo en conocimiento de las

mismas cualquier situación de posible desprotección y actuando frente a la inactividad administrativa.

2ª. En esta función dinamizadora, las Secciones de Menores deben exigir no solo la notificación de las resoluciones en que se adopten medidas de protección, sino también la notificación de las resoluciones en las que se acuerde no adoptar una medida de protección interesada.

En los casos en que haya sido la propia Sección la promotora de actuaciones mediante la apertura de diligencias, habrá de comprobarse en un tiempo prudencial si se ha recibido o no la resolución. En el caso de detectar una posible inactividad a la hora de resolver sobre la información recibida, las Secciones de Menores deben instar que se dicte la resolución oportuna. Si la Entidad Pública comunica su intención de no intervenir en algún supuesto, habrá de valorarse la posibilidad de formular oposición conforme a los cauces previstos en el art. 780 LEC.

3ª. Resulta necesario ejercer una cualificada vigilancia sobre los menores ingresados en los Centros de Acogida Inmediata, por las propias características de los mismos. La estancia no debe prolongarse más allá del plazo estrictamente necesario para la evaluación previa, debiendo ser trasladados los menores en el menor tiempo posible a un centro adecuado a sus circunstancias y necesidades.

## **XV.2 COMPETENCIA PARA PROPORCIONAR ASISTENCIA INMEDIATA A MENORES**

1ª. El ingreso provisional en un centro de acogida de menores como actuación de asistencia inmediata no necesita de autorización del Juez o del Fiscal, y puede y debe acordarlo la autoridad administrativa en el ejercicio de las funciones que le son propias.

2ª. Este ingreso del menor en un centro no implica necesariamente 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, cesando una vez se establezca contacto con los padres o representantes legales y éstos ofrezcan toda la asistencia moral y material que el menor precise.

## **XV.3 TRATAMIENTO DE LA GUARDA DE HECHO**

1ª. Conocida una situación de guarda de hecho, es preciso promover la constitución de una institución de protección estable. Además, si ello conviene al interés del menor, podrá promoverse y acordarse provisionalmente el mantenimiento de la guarda de hecho como medida cautelar y hasta tanto se constituya o restablezca la institución de protección estable, cuando las circunstancias en las que se desenvuelve dicha guarda de hecho pongan de manifiesto que el menor está recibiendo la necesaria asistencia material y moral.

2ª. Puede ser causa para declarar el desamparo o para suspender o privar de la patria potestad el abandono del menor por sus padres, aunque otra persona, desinteresadamente o no, pero sin obligación ni vínculo jurídico ni personal con el niño, lo recoja y cuide de él.

3ª. Siempre ponderando las singularidades de cada caso —la situación de desamparo es por esencia casuística—

se apoyará la opción de declarar en situación de desamparo con asunción de tutela automática al menor entregado con carácter permanente a personas ajenas al círculo familiar, sin perjuicio de evaluar el tiempo y los resultados de la guarda de hecho para que -si así lo exige el interés del menor- los guardadores sean designados acogedores.

4ª. Para nombrar tutor ordinario a un menor en situación de desamparo, previa o simultáneamente a la designación judicial, deberá declararse administrativamente la situación de desamparo del mismo, o, en su caso promoverse judicialmente la privación de la patria potestad.

5ª. A través de la tutela ordinaria podrá darse estabilidad jurídica a las frecuentes situaciones en las que los parientes próximos, y en especial los abuelos, se encargan de la crianza de nietos cuyos padres han hecho dejación de sus funciones.

#### **XV.4 PLAZO PARA RECURRIR LAS RESOLUCIONES DE DECLARACIÓN PROVISIONAL DE DESAMPARO O DE TUTELA AUTOMÁTICA URGENTE**

1ª. Deberá entenderse que los plazos de impugnación para las acciones de oposición al desamparo y acciones de revocación del desamparo, reguladas en el art. 172 CC e interpretadas en la Circular 1/2008, comienzan a correr tomando como referencia la notificación de la resolución que asume la tutela con carácter urgente o por la que se declara provisionalmente el desamparo.

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

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

#### **XV.5 EL DERECHO DE VISITAS DE LOS PADRES Y FAMILIARES DE MENORES DECLARADOS EN DESAMPARO**

1ª. Debe reconocerse la competencia de la Entidad Pública de Protección para adoptar las medidas necesarias en beneficio e interés del menor en relación con el derecho de visitas, quedando a salvo el preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, cuando los interesados ejerciten sus acciones de oposición a aquélla, y sin perjuicio de la intervención supervisora del Ministerio Fiscal.

2ª. Habrán de ser los padres o los demás interesados que se crean perjudicados por la decisión administrativa quienes, en su caso, la impugnen ante el juez civil.

3ª. En cuanto al plazo para formular oposición a las resoluciones sobre régimen de visitas, habrá de estarse a las previsiones del apartado primero, párrafo segundo, inciso final del art. 780 LEC, que dispone que la oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores -distintas de la

declaración de desamparo- se habrá de formular en el plazo de dos meses desde su notificación

4ª. Pasados dos meses y hasta tanto transcurran los dos años, estas resoluciones de protección podrán ser impugnadas a causa de un cambio en las circunstancias que presidieron su adopción, pero no en base a la situación existente en el momento de su dictado.

5ª. En todo caso, a la hora de fijar una postura procesal en los supuestos en los que exista controversia entre la familia biológica y la Entidad Pública, deberá partirse del principio de preferente reinserción en la familia biológica. Todo ello, salvo que en el caso concreto el superior interés del menor exija otra posición.

6ª. Un elemental respeto al principio de seguridad jurídica debe llevar a los Sres. Fiscales a vigilar que, desde el primer momento en que la Entidad Pública asume la tutela automática de un menor, se determine con un mínimo de precisión el régimen de visitas de la familia de origen, ya en la resolución de desamparo, ya en resolución administrativa aparte.

7ª. Sólo en los casos de irreversibilidad fundamentada de la situación familiar que ha dado origen al desamparo puede y debe ceder el derecho de relación familiar, en la medida en que su ejercicio perjudique otras vías de protección estable que impliquen la desvinculación definitiva.

## **XV.6 CONSTITUCIÓN JUDICIAL DEL ACOGIMIENTO**

1ª. A pesar del tenor literal del art. 1828 de la LEC, debe entenderse que sólo exime de la audiencia a los padres una resolución judicial privativa de la patria potestad, dictada bien en la vía civil, bien en la vía penal.

2ª. La audiencia a los padres en el expediente judicial tiene por finalidad la de ser simplemente oídos y exponer por qué no han querido consentir ante la Entidad. El Juez puede, por tanto, constituir el acogimiento pese a la oposición de los padres. La oposición de éstos no torna el expediente en formalmente contencioso.

3ª. Únicamente cabrá plantear en el procedimiento de constitución del acogimiento motivos de oposición basados en cuestiones referidas específicamente al acogimiento.

4ª. No debe plantearse en esta vía si hubo o no causa de desamparo, pues para ello los progenitores tienen un procedimiento y disponen de unos plazos específicos. Por las mismas razones, tampoco cabrá plantear la cuestión de si ha mediado rehabilitación por parte de los padres.

5ª. Si los padres acreditan que se ha impugnado en tiempo y forma la declaración de desamparo o que se ha iniciado un procedimiento a efectos de rehabilitación, habrá de promoverse la suspensión del procedimiento de acogimiento hasta tanto se resuelva sobre tales extremos. Los progenitores deberán ser informados, si aún están en plazo, de que disponen de estas posibilidades.

## **XV.7 INSPECCIÓN DE CENTROS DE PROTECCIÓN**

1ª. Las Secciones de Menores elaborarán un listado de los centros de protección de su territorio conforme a la información facilitada por las entidades públicas, listado que deberá estar siempre actualizado. A tales efectos

debe tenerse presente que los centros de menores deberán estar autorizados y acreditados por la entidad pública (arts. 11.1 y 21.2 LOPJM).

2ª. En caso de detectar centros de menores no acreditados, los Sres. Fiscales instarán que se proceda a su legalización o a su clausura, con garantía en uno u otro caso, de los derechos de los menores.

3ª. Los Sres. Fiscales mantendrán entrevistas con los menores que así lo deseen y las documentarán.

4ª. Los Sres. Fiscales que participen en la inspección velarán por que las instalaciones guarden las medidas de seguridad e higiene necesarias para la protección de menores, realizando una inspección ocular y haciendo las observaciones correspondientes para instar la modificación de las deficiencias que se advirtieren.

5ª. De cada inspección se levantará un acta.

6ª. En caso de que se detecten deficiencias, tras la visita deberán remitirse los oficios necesarios al Director del Centro y a la Entidad Pública a fin de que se corrijan las disfunciones y, en su caso, ejercitar las acciones oportunas en protección de menores ante el Juez conforme a los arts. 174.2 y 158.3 CC, si ello fuera necesario.

7ª. En caso de que las disfunciones comunicadas a la Autoridad Autonómica competente no sean corregidas en plazo razonable, atendidas las circunstancias en cada caso concurrentes, la Sección, a través del Fiscal Jefe, lo pondrá en conocimiento del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma y del Fiscal de Sala Coordinador de Menores.

8ª. Debe ejercerse una especial supervisión tanto sobre los Centros de Protección de Menores con Trastornos de Conducta como sobre los Centros de Acogida Inmediata, por ser los que potencialmente pueden generar mayores riesgos para los derechos de los internos. Por ello, estos centros deben ser visitados con una periodicidad al menos trimestral.

## **XV.8 PAUTAS EN RELACIÓN CON LOS CENTROS DE MENORES CON TRASTORNOS DE CONDUCTA**

1ª. Todo ingreso de un menor bajo tutela en este tipo de centros especiales debe estar judicialmente autorizado conforme al art, 271.1 CC.

2ª. Dado su carácter y su programación educativa, estos centros no deben ser utilizados en casos de patologías psíquicas graves que requieran un abordaje específico.

3ª. La intervención judicial es sólo uno de los múltiples controles que demanda la naturaleza de estos centros, siendo imprescindible la permanente supervisión del Fiscal, tanto de las condiciones de los centros y los procedimientos aplicados, como de la situación de cada uno de los menores residentes.

## **XV.9 CESE DE LA TUTELA AUTOMÁTICA POR FUGA DEL MENOR**

Es necesario desplegar un control riguroso de la fundamentación de las resoluciones de extinción de la tutela

automática. 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. ° CC) o por adopción. Sin embargo, la ilocalización del menor, su fuga u otras circunstancias análogas no justifican la extinción de la tutela.

#### **XV.10 RENDICIÓN DE CUENTAS**

La Entidad Pública debe rendir cuentas en relación con los menores tutelados. Para la aprobación final de estas cuentas y antes de proceder a la entrega del saldo a los menores -una vez alcanzada la mayoría de edad- debe promoverse expediente de jurisdicción voluntaria ante los Juzgados de Primera Instancia por parte de la Entidad Pública.

#### **XV.11 INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO PARA IMPUGNAR LA RESOLUCIÓN DE INIDONEIDAD DEL ADOPTANTE**

1ª. Para conocer las impugnaciones sobre idoneidad es competente la jurisdicción civil, y el procedimiento a aplicar es el proceso de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (art. 780).

2ª. La resolución de idoneidad no es un acto administrativo declarativo de derechos, sino un requisito legalmente establecido para tratar de preservar el interés superior del menor. Por ello, el Ministerio Fiscal, como superior garante de este interés, no sólo debe intervenir necesariamente en los procedimientos en los que los declarados no idóneos impugnen la resolución, sino que tendría incluso legitimación para impugnar declaraciones de idoneidad improcedentes.

#### **XV.12 TRATAMIENTO DE LA KAFALA**

1ª. Son competentes los Tribunales españoles y además, deben aplicar la Ley española cuando se promueva la constitución de adopción de un menor sometido a la *kafala* de una persona española o residente habitual en España. Igualmente lo serán cuando el menor sea residente habitual en España

2ª. La posible prohibición o desconocimiento por parte del Derecho del país de origen del menor de la institución de la adopción, no será óbice a la constitución de ésta.

3ª. Cuando la *kafala* ha sido constituida por la autoridad pública competente del país de origen con fundamento en una previa situación de abandono, debe partirse de la atribución de la representación legal del menor a su acogedor.

En estos casos no se requiere propuesta previa de la Entidad Pública para promover la adopción cuando en el adoptando concurra la circunstancia de llevar más de un año acogido bajo el régimen de la *kafala*.

Ello no obsta para que la entidad pública, conforme a lo establecido en el art. 177.4° CC, deba informar sobre la idoneidad del o de los adoptantes.

4ª. Será necesario solicitar el asentimiento o audiencia de los padres biológicos a través de comisión rogatoria.

Podrá aplicarse, *mutatis mutandis*, el régimen contenido en el párrafo tercero del art. 1831 LEC 1881 conforme al cual, cuando no hayan podido conocerse el domicilio o paradero de alguno que deba ser citado, o sí citado no compareciere, se prescindirá del trámite y la adopción acordada será válida, a salvo, en su caso, del derecho que a los padres concede el art. 180 del Código Civil.

### **XV.13 ACTUACIÓN EN EXPEDIENTES SOBRE ENSAYOS CLÍNICOS E INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA**

1ª. La puesta en conocimiento del promotor dará lugar a la apertura por el Fiscal de un expediente de protección utilizando el cauce de las Diligencias Preprocesales.

2ª. El Ministerio Fiscal habrá de asegurarse de que se han observado todos los requisitos que la legislación establece, oponiéndose al ensayo en caso contrario. Concretamente deberá examinar la documentación remitida por el promotor y que ésta comprende la resolución de la AEMPS, el dictamen del CEIC y una copia del protocolo.

3ª. Es necesario comprobar que el protocolo está aprobado por el CEIC y que además, éste, conforme al art. 4 del RD 223/2004, ha contado con expertos en pediatría, o ha recabado asesoramiento sobre las cuestiones clínicas, éticas y psicosociales en el ámbito de la pediatría.

4ª. En las ocasiones en que la información remitida se estime insuficiente, el Fiscal puede requerir al promotor a fin de recabar los datos necesarios para asegurar la protección del interés superior de los menores que van a participar en el ensayo.

5ª. El Fiscal, si la documentación examinada es adecuada, habrá de acusar recibo a fin de que el promotor tenga constancia de la recepción.

6ª. En cuanto al cierre del expediente de protección, deberá producirse una vez transcurrido un año desde la fecha de finalización del ensayo.

7ª. Será, en principio, competente para tramitar las Diligencias Preprocesales, la Fiscalía del domicilio del promotor, y ello con independencia de que el o los centros y los menores tengan su domicilio en otros territorios.

8ª. En los supuestos de investigación biomédica, deberá comprobarse que entre la documentación remitida se encuentra la evaluación positiva del Comité de Ética de la Investigación y la autorización del órgano autonómico competente (art. 16 de la Ley).

En razón de todo lo expuesto, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

