LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA DE PROTECCIÓN Y REFORMA DE MENORES EN ARAGÓN

El Justicia de Aragón
Zaragoza, 2005

Título: La acción administrativa de protección y reforma de menores en Aragón
Autor: Luis Murillo Jaso
Colección: El Justicia de Aragón
Edita: El Justicia de Aragón
D.L.: Z. 2481-05
I.S.B.N.: 84-89510-70-9
Imprime: COMETA, S.A.

A mi familia

ÍNDICE

PRÓLOGO

Aunque desde la promulgación de la Constitución de 1978 los cambios en los distintos sectores del ordenamiento jurídico español han sido importantes, quizá en pocos ámbitos hayan tenido la generalidad y profundidad que han observado en la legislación sobre protección y reforma de menores. En principio, se trata de dos ámbitos, la protección y la reforma, heterogéneos, pero que como observa el autor del presente libro se encuentran "unidos por la realidad social a que se refieren y por su finalidad: la reinserción de los menores en la sociedad para lograr el libre desarrollo de su personalidad".

En el ámbito de la protección de menores, la actuación administrativa había venido desarrollándose tradicionalmente desde la óptica de la "beneficencia". Sin embargo, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, al modificar el Código Civil y atribuir por ministerio de la ley a las entidades públicas encargadas de la protección de menores (esto es, las Administraciones autonómicas) la tutela de los menores desamparados supuso una revolución de consecuencias amplias y profundas. De súbito, las Administraciones autonómicas se encontraban tutoras de numerosos pupilos, y sus servicios sociales encargados de detectar esas situaciones de desamparo que podían suponer la asunción automática de la tutela, con las implicaciones organizativas, funcionales y presupuestarias que ello supuso. Por otra parte, no sólo el Derecho Administrativo tenía que enfrentarse a esta nueva situación, sino que en el ámbito del Derecho Civil nos encontrábamos ante la regulación más o menos parca de una serie de figuras cuyo desarrollo ha sido imparable: tutela automática, guarda, acogimiento familiar

o acogimiento residencial han sido conceptos que han irrumpido en la legislación civil reflejando nuevas realidades en constante evolución y cuyos problemas distan muchas veces de tener una solución clara y pacífica. La misma regulación introducida en el Código Civil por la citada Ley 21/1987 ya ha sido ulteriormente modificada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, y por lo que respecta a Aragón, la Comisión Aragonesa de Derecho Civil se encuentra trabajando en una actualización integral de nuestro Derecho Civil propio en materia de Derecho de la persona.

Pero estas nuevas figuras jurídicas aparecidas en las dos últimas décadas no son sino reflejo de la evolución social, económica y cultural experimentada durante este periodo, que igualmente arroja nuevas perspectivas sobre antiguas instituciones civiles. El aumento del nivel de vida, la disminución de la natalidad, los fenómenos migratorios, las nuevas realidades familiares plantean nuevos problemas respecto de viejas instituciones como la adopción. La necesario configuración de ésta en interés del menor, su engarce con otras figuras como los acogimientos familiares, la intervención administrativa sobre la misma, o el reciente fenómeno de la adopción internacional suponen nuevos retos para el Derecho.

Y si el cambio en el ámbito de la protección ha sido importante, no lo ha sido menos en el ámbito de la reforma. La creación por la Ley Orgánica del Poder Judicial de los Juzgados de Menores y la aprobación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores ha supuesto un profundo cambio en esta materia. La nueva regulación sobre la mayoría de edad penal, la puesta en marcha de la jurisdicción penal de menores y la nueva regulación del proceso penal de menores con sus peculiares y genuinas características, las medidas que pueden imponerse en la sentencia, o la regulación de la exigencia de responsabilidad civil derivada de los hechos cometidos por el menor suponen novedades que han transformado igualmente de manera completa el ámbito de la reforma de menores.

Es mérito de Luis Murillo el haber acometido el examen de todas estas novedades sin desdeñar los problemas que plantea su aplicación. De hecho, el autor ya nos advierte de que en muchos casos va a plantear soluciones "de lege ferenda", en función de las consecuencias que la práctica pone de relieve en la aplicación de las normas. Y sin duda el autor se encuentra en una inmejorable posición para enfrentarse a esta tarea, pues en él confluyen el conocimiento teórico de los problemas con la experiencia que –a pesar de su juventud– le otorga una dilatada práctica como Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón, en el desempeño de la cual se ha ocupado específicamente de este importante ámbito de actuación de la Administración autonómica. A lo que debe unirse una especial sensibilidad hacia estos temas de la que es buena muestra las páginas que siguen.

RAFAEL SANTACRUZ BLANCO
Director General de Servicios Jurídicos
Diputación General de Aragón

INTRODUCCIÓN

Escribir un libro siempre es una tarea ardua, esto simplemente lo intuía quien escribe estas líneas por haber redactado algunos artículos sobre temas muy concretos, esto no obstante, el escribir un libro sobre una materia tan amplia como la protección de menores se ha revelado una tarea más complicada, si bien también mucho más apasionante y enriquecedora, de lo que supuse en un principio.

El origen remoto de esta publicación se halla en distintas charlas y conferencias pronunciadas en ámbitos técnicos en materia de menores, en conversaciones con compañeros y, sobre todo, en el impulso de mi mujer a la que puedo calificar como mi asesor literario en esta obra pues ha supervisado y criticado con diversas sugerencias lo que he ido plasmando poco a poco.

El origen próximo se halla en la sesión del Foro de Derecho Civil Aragonés de 25 de noviembre de 2003 celebrada en la ciudad de Teruel en la que me cupo el honor de compartir ponencia con Gabriel García Cantero, que fue mi catedrático de Derecho Civil en los años de la carrera en Zaragoza durante los cuatro cursos de Derecho Civil, y con Benito Soriano, Fiscal de la Audiencia Provincial de Teruel y un gran estudioso y práctico en la materia desde sus responsabilidades en el Ministerio Público.

Así pues la Institución del Justicia de Aragón me dio la oportunidad de compartir la citada ponencia sobre protección de menores con dos grandes profesionales. De dicha sesión, de la ida y vuelta a Teruel charlando con García Cantero, surgió que me planteara seriamente dar cuerpo a todos los materiales que tenía reco-

pilados y poner por escrito todas mis ideas sobre la cuestión. Teniendo ya más o menos clara la idea a desarrollar me puse manos a la obra en el verano de 2004 una vez que el Justicia de Aragón acogió los planteamientos que le expuse.

Realmente fue difícil perfilar los límites de la publicación pero opté por centrarlos en las materias a las que predominantemente me he dedicado si bien con el norte puesto siempre en la acción administrativa de protección y reforma de menores como hilo conductor evitando entrar en temas un tanto periféricos a la acción administrativa aun cuando no dejaren de ser importantes.

La comúnmente denominada "protección de menores" ha sido una de las área de trabajo predominantes en mi actividad profesional casi desde el comienzo de la misma. Jamás sospeché en mis tiempos de opositor que mi actividad como abogado de la Administración Pública tendría, entre otros y mucho más clásicos contenidos, como objeto la promoción de acogimientos y adopciones y la defensa de menores tutelados o en guarda de la Administración ante la Jurisdicción Penal de Menores.

Al principio para un abogado resulta chocante e incluso extraña esta parcela del Derecho en la que el denominado "interés superior del menor" altera las reglas de una típica controversia judicial, pasado un tiempo se va comprendiendo y entrando cada vez más en la esencia de esta parte del ordenamiento jurídico dirigida a la protección de un sector débil de la Sociedad y encaminada a lo que ,en numerosas ocasiones, se queda en puros intentos de resolución de verdaderos problemas sociales y de auténticos dramas humanos.

Este libro, como ya he dicho, fue concebido como un resumen de reflexiones propias sobre la normativa de protección y reforma de menores nacidas de la experiencia y de la teorización realizada sobre la normativa, pero que, sobre todo, pretende acercar al lector, del modo más sencillo posible, a la problemática

social de la protección y reforma de los menores y a las soluciones que da nuestra normativa con sus luces y sus sombras.

A mi juicio la acción administrativa en materia de protección de menores sigue siendo uno de los aspectos más desconocidos en general tanto por peritos como por legos en Derecho.

Es un campo que , normalmente, es desconocido por los peritos en Derecho por ser un campo que, si bien reviste importantes aspectos jurídicos, linda con otras ciencias y ha de observar ciertos principios que lo individualizan de una manera que, en numerosas ocasiones, conlleva a plantearse al abogado la necesidad de variar o, más bien, de adaptar su forma de actuación.

Por otra parte para los psicólogos, educadores y trabajadores sociales sucede lo contrario, la entrada decidida en este área de la realidad del Derecho, como instrumento necesario para la búsqueda de soluciones a cada caso, conlleva una necesidad de adaptar sus conocimientos a las exigencias de la normativa y dar respuesta a cuanto la citada normativa exige.

Por lo que respecta al público en general es de destacar que es una materia que no se rige por un principio de solidaridad con el más débil, como pudiere pensarse, sino por el principio de Justicia.

Exigencia de Justicia es dar a cada cual los medios para que se pueda desarrollar en nuestra Sociedad y pueda participar en ella como un actor más, no es aceptable, por una mínima idea de Justicia, que existan en una Sociedad desarrollada capas de población sin capacidades ni recursos para poder intentar por sí mismas su propio y, en algunos casos, peculiar desarrollo.

En nuestro ordenamiento jurídico la actuación de la Administración, instrumento ideológicamente neutro y que es mantenido por toda la población con capacidad contributiva, es la esencia del sistema de protección y el colaborador absolutamente necesario del sistema de reforma. Trataremos de explicar la actuación de la Administración, su fundamentación, sus instrumentos, su alcance y sus innegables limitaciones.

Deberíamos precisar que, además, esa Administración es básicamente la Administración Autonómica y, asimismo, la Local, en este Libro nos dedicaremos al estudio de la actuación de la Administración Autonómica y, en particular, al estudio de la Administración Autonómica Aragonesa si bien hemos de resaltar la enorme importancia del trabajo realizado por los servicios sociales de los Ayuntamientos que, al fin y al cabo, son la Administración más cercana a la problemática de los ciudadanos y que colaboran, y así me consta, de una manera decisiva y capital con los servicios autonómicos de protección de menores.

Esto no obstante nos centraremos en la Administración autonómica aragonesa por cuanto la misma tiene competencia legislativas y ejecutivas en la materia y, por ende, puede planificar y decidir con gran alcance cuál va a ser la política de protección de menores en su territorio. Así ha sido reconocido por nuestro Ordenamiento Jurídico desde nuestra Constitución al Código Civil.

Partiremos del concepto de "desamparo" como una institución básica del sistema de protección y desarrollaremos asimismo los modos y medios de reinserción a abordar desde el campo de la protección, básicamente el acogimiento y la adopción.

Es decir, nos centraremos en las causas de la desprotección y la marginalidad, cómo se detectan y declaran, y cómo se buscan soluciones así como en un análisis detallado de estas soluciones que comienzan por apoyar a la familia para evitar situaciones de crisis o su agudización, el salvaguardar al menor de la crisis familiar, estudiar la posible reintegración del menor en su núcleo familiar, así como, de no ser posible lo anterior, buscarle una familia de acogida o de adopción. Por otra parte estudiaremos también la figura de la emancipación por vida independiente o de la adquisición de autonomía personal por el menor.

Asimismo entraremos en el campo de los menores en conflicto social con un análisis del campo de reforma de menores centrado en el papel de la Administración Pública. Analizaremos el

objetivo de la reinserción o reeducación (art. 25 de la Constitución) objetivo que, en la Jurisdicción de Menores, a mi juicio, llega a primar sobre el aspecto retributivo de la pena, en este caso de la medida judicial. Estudiaremos el ámbito de la Jurisdicción y, siquiera sea brevemente, el proceso, concluyendo con el análisis de la novedosa regulación de la responsabilidad civil tanto en su aspecto sustantivo como en sus aspectos procesales.

En definitiva, se pretende un amplio repaso de ambos campos: protección y reforma unidos por la realidad social a que se refieren y por su finalidad: la inserción de los menores en la sociedad para lograr el libre desarrollo de su personalidad que, tal y como predica el art. 10 de la Constitución, es "el fundamento del orden político y de la paz social" de nuestro país.

Es de destacar que todo este libro se escribe por quien es Letrado de los Servicios Jurídicos de la Diputación General de Aragón, es decir un abogado al servicio de la Administración Pública y que , por ello, el enfoque es el de un práctico, el de alguien que se ha enfrentado y enfrenta a los casos con la obligación de dar una solución que sea ajustada a Derecho y la más adecuada posible a la realidad social del menor con el fin no ya sólo de evitarle perjuicios, sino de contribuir a dar soluciones para su desarrollo.

Considero que el Derecho es una ciencia concebida para evitar problemas sociales y para poner solución a los que se susciten mediante la aceptación de las normas por parte de todos, es decir, que el Derecho es una ciencia destinada a la prevención de conflictos y a la solución de los mismos, es por ello que en este libro, en algunos casos, se adelantan propuestas que pueden ser discutibles, y ojalá lo sean, pero que van dirigidas con la mejor buena fe a sugerir soluciones a problemáticas que se suscitan diariamente.

Por lo demás no queda sino agradecer al Justicia de Aragón su confianza y generosidad que ha permitido que este libro vea

la luz. He de señalar asimismo que la relación con el Justicia en todas las materias, pero especialmente en el campo de la protección de menores, es francamente fluida y que la acogida a la idea de este libro fue inmediata lo cual disipó cualquier duda sobre mi obligación de escribirlo. En cualquier caso, estimado lector, espero que este libro sea de su agrado o, al menos, de su provecho.

Zaragoza, enero de 2005.

CAPÍTULO PRIMERO

LOS FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN Y REFORMA DE MENORES

La protección de los menores ha sido el campo tradicional de la beneficencia, hasta tiempos muy recientes no puede decirse que hay existido una acción administrativa en la materia.

Por acción administrativa me refiero a una actividad de la Administración Pública debidamente programada, presupuestada y dotada de los precisos recursos materiales y humanos debidamente organizados para la ideación, desarrollo y ejecución de una serie de políticas públicas destinadas a la consecución de unos determinados objetivos que, en el campo que nos ocupan, serían el remedio de las situaciones de desprotección de los menores de edad y la reforma de aquellos menores que inician caminos delincuenciales.

La primera cuestión será determinar el fundamento jurídico de tal actuación, es decir, si la Administración Pública se halla legitimada para la elaboración y ejecución de las citadas políticas públicas.

El artículo 39 de la Constitución, con el que se abre el Capítulo III del Título I "De los Principios rectores de la política social y económica" dispone en su apartado 1 que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, en su apartado 2 establece que los poderes públicos aseguran la "protección integral" de los hijos, asimismo eleva a rango cons-

titucional las obligaciones parentales de "prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda", y en el art.4, como trasunto específico del art. 10.2 de la Constitución hace remisión a las normas internacionales de protección a la infancia.

El artículo 39 es un artículo absolutamente capital para introducirnos en la materia, artículo que conectaremos con el 10.1 del propio texto constitucional, ya citado, en cuanto que este último establece como fundamento del orden político y la paz social la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad.

Importante cuestión el libre desarrollo de la personalidad, quizá el mayor derecho de un menor de edad sea el ir desarrollándose libremente, lo cual le garantizará el ir comprendiendo el resto de los derechos que se le reconocen y el ir ejercitándolos de modo responsable y libre.

Así pues, las normas constitucionales antes citadas y, en particular, el art. 39, cuyo tiempo verbal va curiosamente en tiempo presente de indicativo, a diferencia de los siguientes artículos cuyo tiempo verbal va en futuro, establece la igualdad de los hijos, la configuración de la patria potestad como un conjunto de derechos y deberes con primacía de los deberes sobre los derechos, y fundamenta la legitimidad de la intervención de los poderes públicos en la vida de la familia.

Evidentemente poder público no es exactamente idéntico a Administración Pública, el mandato se dirige a todos los poderes del Estado, si bien, decididamente entrarán en la cuestión el Poder Judicial y la Administración Autonómica.

Respecto de las competencias autonómicas en la materia, sin perjuicio de lo relativo a la competencia en legislación civil foral, es de señalar que el art. 148 de la Constitución únicamente mencionaba en su regla 20ª "Asistencia social" como competencia que

se podía asumir en los momentos alboreales por Autonomías como la aragonesa. El Estatuto de Autonomía de Aragón en su art. 35.1.19, en su redacción de 1982, únicamente señalaba como competencia exclusiva: "Asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario. Juventud, promoviendo las condiciones para su participación libre y eficaz en el desarrollo político, social, económico y cultural". Dicho artículo fue suficiente para que el Estado transfiriera sus medios personales y materiales en materia de protección de menores en los años siguientes.

La Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores, se dictó en base a dicha competencia de asistencia social, si bien, resulta evidente que la razón para su promulgación la dio la Ley 21/87, de 11 de noviembre, de reforma del Código Civil pues la competencia autonómica establecida en el Estatuto hemos de reconocer que, salvo en materia de Derecho Foral, título competencial no citado en el preámbulo de la Ley aragonesa 10/89, era francamente genérica.

Es decir, la reforma del Derecho Civil español dio entrada a las Comunidades Autónomas que fueran promulgando distintas leyes de protección de menores, al menos así sucedió en el caso aragonés. Promulgada la Ley 10/89, y asentada por su ejercicio reiterado la competencia, la reforma del Estatuto de Autonomía de 1996 (que no la reforma corta de 1994) estableció como título competencial específico en el art. 35.1.28 del Estatuto "Protección y tutela de menores".

La entrada de la Administración en una materia reservada tradicionalmente al Derecho Civil y a los Juzgados Civiles[1] supone

1 Todavía a estas alturas sectores muy cualificados de la mejor doctrina civilista recelan de la excesiva administrativización de la materia. En este sentido señalaremos los "Elementos de Derecho Civil" de Lacruz Tomo IV "Familia" en edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa. Dykinson 2002 pg 392 obra capital n nuestra doctrina civilista, si bien, desgraciadamente, no podemos saber la opinión actual del maestro Lacruz sobre las múltiples materias que vamos a tratar ene este libro habida cuenta que cuando se escriben esta líneas hace ya 14 años que nos dejó este gran e insigne jurista aragonés y en aquél momento sólo hacía tres años que se había promulgado la Ley de 1987 de reforma del

la necesidad de convivencia entre instituciones civiles y administrativas, instituciones que responden a distintos principios y cuya armónica convivencia únicamente se dará en la medida en que se tenga en cuenta que tanto las instituciones civiles como los procedimientos administrativos han de estar guiados por el principio superior de salvaguardar en cualquier caso el interés del menor.

Se plantea la problemática del alcance de la normativa autonómica, es decir, si las leyes autonómicas aragonesas de protección de menores se consideran leyes civiles forales se deberían entender aplicables exclusivamente a los sujetos a vecindad civil foral, frente a lo anterior entendemos que prevalece una consideración administrativa de la legislación autonómica, en concreto de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de Infancia y Adolescencia en Aragón (que derogó la Ley 10/89), dado que se dicta en virtud del título "protección de menores", tiene aplicación territorial como toda normativa administrativa (art. 9.1 del Estatuto de Autonomía), y realiza continuas remisiones al Derecho Civil respecto de los conceptos fundamentales. Ello nos lleva a considerar que un cambio en el Código Civil podría suponer una derogación de la normativa administrativa aragonesa que se halla al servicio de los conceptos civiles. Unicamente una normativa foral en la materia, normativa foral hoy en día muy parca, dictada en base al título competencial en materia de Derecho Civil y al de Protección de Menores podría hacer surgir una normativa aragonesa que se defendiera como de vigencia territorial no dependiente ni condicionada por la redacción de cada momento del Código Civil.

Es decir, una norma que integrara la normativa administrativa y la civil aragonesa. Sin embargo la vigencia territorial absoluta sería imposible por cuanto el estatuto personal de los sujetos a otro Derecho Civil prevalecería y habría de tenerse en cuenta.

Código Civil y, evidentemente, las críticas son más duras muchas veces en el momento de la promulgación de la Ley que posteriormente cuando se van viendo sus resultados prácticos.

Esto no obstante podrían regularse en Aragón instituciones de protección distintas de las del Código Civil y ello con vigencia territorial y sería posible pues consideramos que en Aragón se puede unir el título competencial específico de protección de menores con el de conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y las especialidades derivadas del mismo en el campo Procesal y ello podría llegar a justificar la redacción de una normativa distinta al Código Civil respecto de los sujetos a vecindad civil aragonesa, y la regulación de instituciones de protección como el desamparo, y el acogimiento, figuras que tienen una gran vis administrativa, aplicables con carácter territorial a toda la población sin perjuicio de materias como mayoría de edad, consentimientos y capacidad propias del estatuto personal de cada cual. Lo relativo a la adopción podría ser discutible por revestir mayor transcendencia civil y ser, al fin y al cabo, un cambio de filiación.

En cualquier caso la cuestión se resolvería en sentido distinto en una Comunidad Autónoma sin competencias en materia de Derecho Civil Foral. En Aragón es muy de tener en cuenta esta competencia[2] Esta competencia nos individualiza, de hecho nos ha individualizado a lo largo de toda nuestra historia como pueblo[3].

---

2 Previsiblemente en esta Legislatura 2003-2007 vea la luz la Ley civil aragonesa en materia de Derecho de Familia. Según la Ponencia General elaborada por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil en octubre de 1996 (Publicada entre otros en la Revista de Derecho Civil Aragonés nº 2, 1996) titulada "Objetivos y Método para una política legislativa en materia de Derecho Civil de Aragón", la Comisión se plantea la creación de un Cuerpo Legal Civil de Aragón y para ello aborda parte por parte el mismo, ya se ha abordado el Derecho de Sucesiones así como, posteriormente, el Derecho económico matrimonial aprobándose por las Cortes de Aragón sendas Leyes, ahora le toca el turno al Derecho de Familia. Cuando se apruebe esta norma, como habitualmente sucede en Derecho, parte de este libro quedará para la Historia como comentarios a la legislación vigente con anterioridad a la reforma.

3 Es significativo que la precitada Ponencia General de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil comienza con un apartado titulado: "El Derecho Civil, parte esencial de la identidad histórica de Aragón" señalando entre otras cosas:

"Los aragoneses, desde el inicio de su identidad histórica y a lo largo de los siglos,

Hemos de destacar que el Derecho Civil Foral ya no se ve como un Derecho especial y reducido a una serie de instituciones históricas no abolidas por los Decretos de Nueva Planta de 1707[4], se ve, ya hace tiempo, como un Derecho propio de unos

---

han mostrado una predisposición especial para la creación del Derecho, bien sea mediante actos legislativos que con el nombre de "Fueros" promulgaban las Cortes con el Rey, bien en forma de costumbre vivida, bien a través de actos jurídicos por los que los particulares regulan sus incumbencias personales y familiares."

Hemos de señalar, asimismo, en esta línea el libro "El Derecho Aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional" de Jesús Delgado Echeverría (Ed. Alcrudo editor, Zaragoza 1976) en cuyas pgs 9 y 10 señala;

"Apenas nada sabemos de cierto sobre el Derecho vivido en este primitivo núcleo aragonés. Se ha discutido mucho sobre la procedencia de este Derecho, y sobre las influencias que lo conforman, tanto en esta época como en las posteriores. ¿Cuál es el substrato originario del Derecho aragonés? Algunos piensan en el Derecho germánico ,importado a la península por los godos en sus costumbres, aunque recubierto por la romanización evidente de sus textos jurídicos escritos: al hundirse el orden político visigodo saldría a la superficie el fondo germánico más primitivo. Esta tesis germanista ha tenido notables defensores como Hinojosa en el siglo pasado y, concretamente para el Derecho aragonés por historiadores como Wohlhaupter; también tenaces impugnadores. Acaso haya sido la dominante en la historiografía jurídica aragonesa. Otros, como Costa, se remontaron aún más lejos, afirmando la supervivencia de instituciones indígenas prerromanas, fundándose en que ni la romanización ni el goticismo arraigaron profundamente en los territorios montañosos más aislados por la naturaleza.

Más verosímil parece que las instituciones jurídicas, necesariamente muy elementales, del primer núcleo aragonés, respondieran a la ceración de aquél grupo humano, de acuerdo con sus necesidades y su estado cultural. Las indudables similitudes con algunos Derechos Germánicos— señaladamente los del extremo norte de Europa— se explican, sin suponer ningún vínculo de derivación o procedencia de un tronco común, como efecto de la semejanza de condiciones económicas y sociales en que el Derecho se produce."

Afirma, pues, este autor, el carácter "sustancialmente autóctono" del Derecho aragonés sin perjuicio de influencias exteriores algunas de ellas realmente importantes, señala como la más importante (sin perjuicio de la influencia del Liber Iudiciorum y de influjos musulmanes) la del Derecho franco introducido con la emigración de gentes procedentes del otro lado de los Pirineos para poblar los nuevos centros urbanos del naciente reino aragonés.

4 Muy interesante a este respecto es el estudio de la derogación de los Fueros de Aragón y la pervivencia del Derecho Civil que realiza Jesús Morales Arrizabalaga en el trabajo titulado "La derogación de los Fueros de Aragón" publicado como nº 8 de la Colección de Estudios Altoaragoneses. Edit Instituto de Estudios Altoaragoneses (Diputación Provincial de Huesca) 1986. Es muy interesante también, como no podía ser de otra manera, el estudio que sobre la evolución de nuestro Derecho realiza la Ponencia General precitada de la Comisión aragonesa de Derecho Civil.

territorios que tuvieron tiempo atrás independencia política y legislativa. Sucede que, consecuencia de la abolición de las instituciones políticas aragonesas en 1707 la reintegración del Derecho Civil en 1711, Derecho que era el observado por el pueblo y respecto del cual la derogación de 1707 fue bastante ineficaz[5] queda en eso en una reintegración de un cuerpo legal sin órgano legislativo que le pueda hacer crecer y desarrollarse. Así queda, perdura y se aplica por el pueblo aragonés en sus relaciones civiles con suficiente pujanza como para manifestarse como una rama del Derecho a conservar en la época de la Codificación en un primer momento bajo el sistema de apéndices (aprobado el Apéndice aragonés en 1925) y en un segundo lugar bajo el sistema de Compilaciones (aprobada la Compilación aragonesa mediante Ley 15/1967 de 8 de abril).

La Constitución de 1978 abrió una nueva época para los Derechos Forales al reconocer en su art. 149.1.8 que las Comunidades Autónomas podían asumir la competencia de "conservación, modificación y desarrollo" del Derecho Civil Foral, la nuestra, pese a no ser de las que transitaron por la vía del art. 151 de la Constitución, que eran las que podían asumir de principio la citada competencia, la asumió en la primigenia redacción estatutaria de la Ley Orgánica de 10 de agosto de 1982, y reformó la Compilación mediante Ley de las Cortes de Aragón de 21 de mayo de 1985.

En la doctrina la polémica ya estaba servida en cuanto a la interpretación de los conceptos de "conservación, modificación y desarrollo". La cuestión era si las Comunidades Autónomas debían limitarse a normar las instituciones ya recogidas en sus Compilaciones o si podían ir más allá regulando instituciones civiles no propiamente contempladas en la Compilación.

El Tribunal Constitucional en Sentencia de 15 de marzo de 1993, recaída sobre la Ley aragonesa de equiparación de hijos adoptivos (Ley 3/1988, de 25 de abril que fue la siguiente en modifi-

5 Jesús Morales Arrizabalaga. op. cit., p. 45.

car nuestro Derecho Civil), reconoció la capacidad de las Comunidades Autónomas de normar por encima del estricto contenido de sus Compilaciones.

Según la citada STC:

> "El concepto constitucional (art. 149.18) y estatutario (art. 35.1.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón) de "desarrollo" del propio Derecho Civil, especial o foral, debe ser identificado a partir de la ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil. La Constitución permite así que los Derechos Civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de "conservación" y "modificación" sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales..."

Y sigue la citada Sentencia:

> "Sin duda que la noción constitucional de "desarrollo" permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisible identificación de tal concepto con el más restringido de "modificación". El "desarrollo" de los Derechos Civiles Forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe pues que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho Civil Foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los propios principios informadores peculiares del Derecho Foral."

Así pues, si se puede normar sobre instituciones conexas con las contempladas en las Compilaciones posibilitando el desarrollo del Derecho Civil propio.

En este sentido, y en relación con la materia que nos ocupa, en Aragón se puede normar sobre instituciones civiles de protección de menores y, entendemos, se podría llegar a normar con carácter territorial y no personal al objeto de no romper el principio territorial que rige la aplicación de la normativa de protección de menores (art. 9.5 del Código Civil en materia de adopción), sin perjuicio de la ley personal a efectos de capacidad y consentimientos, pues las alternativas contrarias como regular instituciones civiles de protección de menores exclusivamente para los sujetos a vecindad civil aragonesa o no regular nada y permitir la aplicación general del Derecho estatal habida cuenta su carácter supletorio del Derecho autonómico (art. 149.3 de la Constitución)[6]. siendo absolutamente respetables y técnicamente irreprochables no acabo de compartirlas pues, como digo, hay materias en que la fusión civil-administrativo es tal que permite o, incluso, aconseja, una regulación territorial, es decir, tener muy en cuanta la vis administrativa de la institución. Considero que puede ser el caso del desamparo y del acogimiento por las importantes competencias que ya el propio Código Civil reconoce a la Administración, considero que la competencia de la Administración Autonómica ni puede quedar al albur de un cambio de criterio del Código Civil, ni la normativa Autonómica en nuestro caso ha de desconocer la doble faceta Civil y Administrativa de la Protección de Menores y la íntima conexión que hay entre ambas.

Por otra parte es de tener en cuenta, como veremos, que una de las cuestiones más problemáticas es la materia procesal, y, "de

6 Es de señalar que mis compañeros Eduardo Hinojosa Martínez , Carmen Carretero Espinosa de los Montero y César Girón López, Letrados de la Junta de Andalucía en sus respectivos estudios en el libro colectivo "Protección Jurídica del Menor" editado por la Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía (Ed. Comares 1997, pg 1 y ss, 15 y ss, 29 y ss) no dudan de la competencia en la materia de la Comunidad Autónoma de Aragón a la que señalan como una de las Comunidades Autónomas que puede perfectamente desarrollar la materia desde el título competencial foral propio si bien no entran en considerar la problemática derivada del criterio personal de aplicación de la normativa civil foral puesto que el objeto de su riguroso y documentado estudio se centra en otros aspectos de la cuestión.

lege ferenda", como es la perspectiva de todo mi análisis al respecto de este punto concreto, y asumiendo el riesgo que conlleva proponer nuevas soluciones, podría plantearse la extensión en lo posible de una nueva regulación autonómica de la materia a sus aspectos procesales pues esta Comunidad Autónoma goza también de competencia en materia de normativa procesal derivada de las especialidades de su Derecho Foral (art. 35.1.4ª del Estatuto de Autonomía de Aragón).

Endentemos que el sostener que una regulación autonómica de Instituciones Civiles de protección de menores con vigencia territorial tiene sus argumentos en contra, esto no obstante consideramos que "la ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil" (STC 15 de marzo de 1993) y la propia esencia de la normativa de "protección de menores" podría fundar dicho carácter territorial.

En cuanto a la citada "ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil" hay que volver a recordar que la foralidad civil no es sino un resto de los Fueros de Aragón que no era sino un ordenamiento jurídico completo y que la Constitución en su Disposición Adicional Primera proclama que "ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales", bien es sabido que dicha declaración tiene un contenido concreto respecto de los territorios con Derecho Foral Civil y los territorios que mantienen Instituciones Públicas de su Derecho Foral, pero bien podría interpretarse en el sentido de que dicho amparo de "derechos históricos de los territorios forales" puede llevar el derecho a recuperar normativa de carácter territorial directamente relacionada con títulos competenciales estatutarios.

Evidentemente considero que mi tesis puede ser arriesgada pero la considero preferible a supeditarse sin mas a la normativa estatal con renuncia de competencias propias[7] y renuncia de la posibilidad de recuperación de derechos históricos. En cualquier

7 Santiago Pérez Beltrán, David Tejería Cubillos y Juan Vacas Larraz, estudiantes de Derecho en el momento en que escribieron en el Libro "Comentario de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón, dirigido por D.Gabriel García Cantero

caso, al amparo de las previsibles reformas constitucionales quizá fuera pertinente aquilatar el principio de territorialidad en campos como éste en que confluyen instituciones civiles con normas administrativas de protección y es mucho más coherente la aplicación de una norma territorial que dejar los sistemas de protección al albur de las legislaciones personales de cada cual.

Esta posición tendrá detractores amparados en el Derecho vigente y en las tesis de la separación entre Derecho Civil y Derecho Administrativo, esto no obstante, en el sector social en que se mueve la normativa de protección de menores, en la práctica se hacen pocos distingos sobre el carácter de las normas y sobre la vecindad civil de cada cual pues, en este último punto, resulta francamente imposible en muchos casos averiguar paternidades y previas residencias con lo que, habida cuenta lo poco desarrollado del Derecho Civil Aragonés a día de hoy en la materia se acude sin remisión al Código Civil y, en concreto, al concepto de patria potestad por más que "de consuetudine Regni non habemus patriam potestatem".

Pues bien, como vemos, sin perjuicio de la competencia normativa estatal en materia civil, la competencia fundamental de protección de menores en sus aspectos administrativos y civiles (ejecución de normativa civil estatal y sin perjuicio de lo ya comen-

---

y editado en esta Colección por el Justicia de Aragón con el nº 16, señalan con claridad los aspectos administrativos y civiles de este sector y cómo la Ley aragonesa que comentan "Nació condicionada por el contenido de la Ley 21/87 de reforma del Código Civil, que regulaba materia de menores con base al anteriormente mencionado artículo 149.1.8 CE y que por tanto debía respetar la CA. Así por ejemplo por situación de desamparo habrá que entender la dada por el Código Civil, así como la de guarda y acogimiento, es decir la regulación de cualquier CA debía partir de los conceptos marcados por el C.c en materia de menores y ello por la necesidad de respetar el reparto competencial efectuado por la Constitución" p. 47.

A mi juicio es clara la concurrencia de aspectos civiles y administrativos pero como he señalado la Ley aragonesa podía haber desarrollado las instituciones forales de protección que hubiera tenido a bien y, a mi juicio, la ley podría haber desarrollado esas instituciones civiles con carácter territorial si bien en esto hubiera hecho una apuesta por el desarrollo autonómico y recuperación de derechos históricos realmente inusual en nuestro legislador.

tado respecto de las Comunidades Autónomas con competencia en materia Civil Foral) corresponde a las Comunidades Autónomas, otra cuestión es la materia de reforma donde la competencia normativa es absolutamente estatal al ser Derecho Penal y procesal penal, sin perjuicio de la ejecución de las medidas por la Comunidad Autónoma, esto no obstante en su momento señalaré mis objeciones a la normativa estatal relativa a la normación reglamentaria de la ejecución de las medidas y al funcionamiento de los centros de reforma.

Visto lo anterior, relativo al fundamento de la actuación y a la competencia de normación en la materia, es fundamental indicar que la actuación administrativa con arreglo a la normativa aplicable en Aragón va a venir determinada por un concepto fundamental, que luego estudiaremos detenidamente, cual es el concepto de desamparo introducido por la reforma del Código Civil de 1987, el desamparo es la constatación de una situación de hecho y su declaración, tras el correspondiente procedimiento, por una resolución administrativa y que, además, va a suponer la "tutela ex lege" del menor por parte de la Administración autonómica sin intervención judicial para su adopción.

Mediante la declaración de desamparo (sin perjuicio de actuación administrativa derivada de otros conceptos e instituciones de guarda y protección que luego veremos) se produce la entrada de la Actuación administrativa en el campo del Derecho Civil.

Como vemos ya mediante esta institución se produce una fusión del Derecho administrativo y del Derecho Civil (procedimiento sujeto a Derecho Administrativo, efectos sujetos a Derecho Civil) demostrando que la división del Derecho entre Público y Privado no es una división rígida. En la declaración de desamparo habrá que tener en cuenta su concepto, la realidad a que se dirige y describe, y, también muy importante, el procedimiento para su declaración así como la forma de llevar a efecto el acto administrativo por el que se declara el desamparo y constituye tutora del menor desamparado a la Administración autonómica.

Todo ello va a llevar a una actuación dentro del campo del Derecho Civil de una Administración sujeta a su Derecho estatutario que no es otro que el Derecho Administrativo.

Concretamente esa Administración, que no es otra que la Administración autonómica, viene denominada por el Código Civil como entidad pública con competencia para la protección de menores en el territorio.

En Aragón, hasta 1999, tuvo el carácter de entidad pública de protección la propia Administración General autonómica, la Diputación General de Aragón, que actuaba a través del Departamento y Dirección General competente en cada momento, tras la reorganización administrativa de 1999, realizada después de las elecciones de dicho año por el nuevo Gobierno de Aragón, la entidad pública de protección es el Instituto Aragonés de Servicios Sociales configurado como organismo autónomo con personalidad jurídica propia vinculado y dependiente de la Diputación General de Aragón (hoy en día en concreto a través del Departamento de Bienestar Social y Familia).

El Instituto Aragonés de Servicios Sociales fue creado por Ley 4/1996, de 22 de mayo, al objeto de recibir los medios y servicios transferidos del INSERSO a la Comunidad Autónoma de Aragón y reorganizarlos para la ejecución tanto de las políticas propias del INSERSO cuya competencia había asumido estatutariamente en 1994 la Comunidad Autónoma. Quedó fuera la materia de menores en esos primeros momentos hasta que en 1999 se incluyó dicha competencia mediante el Decreto 226/1999, de 14 de diciembre, del Gobierno de Aragón, sobre atribución de competencias al Instituto Aragonés de Servicios Sociales en materia de menores, tiempo libre y familias numerosas[8].

---

8 La competencia en materia de tiempo libre corresponde hoy en día al Instituto Aragonés de la Juventud, creado por Ley 19/2001, de 4 de diciembre, y la de familias numerosas a la Dirección General de Familia del Departamento de Bienestar Social y Familia.

A mi juicio, y por lo menos por lo que se refiere a la actuación judicial de los Letrados en la materia de protección de menores que es la materia que, naturalmente, más conozco, un organismo autónomo es mucho más versátil y rápido que la Administración General.

Las soluciones organizativas son diversas, en algún momento se contempló la creación de un Instituto del Menor, a mi juicio una solución excesiva, en otros momentos se planteó dejar la competencia en la Administración General pero prevaleció el criterio de integrar las políticas de menores, tanto de protección de menores como de reforma, en el Instituto Aragonés de Servicios Sociales encargado de aplicar las políticas de bienestar social, añadiendo esta competencia a sus áreas de actuación que, según el art. 5 de su Ley de creación eran (y son): tercera edad, disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales, minorías étnicas, inmigrantes y refugiados, y "cualquier otro colectivo necesitado de protección social que se establezca reglamentariamente", así pues, reglamentariamente, se incluyó a los menores en el campo de actuación del IASS (como normalmente se denomina al Instituto y como lo denominaremos en adelante).

Pues bien, señalaba la versatilidad a los efectos de la actuación del Letrado por cuanto es preciso en numerosas ocasiones desistir de recursos contra Sentencias, allanarse a demandas al objeto de evitar pleitos innecesarios o negociar una determinada medida. En la Jurisdicción de Menores es usual transigir sobre la medida judicial a imponer al menor mediante la figura de la conformidad tras modificación de la medida solicitada por el Ministerio Fiscal, para ello el Letrado ha de tener cierto margen de maniobra y, sobre todo, ha de estar autorizado para no interponer recurso pues la normativa reguladora de la Asesoría Jurídica de la Diputación General de Aragón (Decreto 167/1985, de 19 de diciembre) obliga a recurrir resoluciones contrarias a la Administración y a solicitar autorización para no recurrir.

Independientemente de que cuando se defiende a un menor

no se está defendiendo directamente a la Administración y por ello podría entenderse que quizá no haría falta tal autorización (aun cuando sería discutible por las consecuencias que pudiera tener para la Administración, característicamente la derivación de responsabilidad civil), lo cierto es que tanto en los expedientes de reforma como, desde luego, en las piezas civiles derivadas, así como en las actuaciones ante los Juzgados de Familia el gozar el Letrado de una cobertura a través de previas autorizaciones o de rápidas confirmaciones o autorizaciones a su actuación (o rápidas denegaciones de lo solicitado) es fundamental. El Director Gerente del IASS tiene competencias para ello (art 15.1.h de la Ley del IASS) sustituyendo así al preceptivo acuerdo del Gobierno de Aragón, evidentemente es más rápida una decisión adoptada por un órgano unipersonal que por un órgano colectivo dado que, respecto de este último, hay que esperar, como poco, a la reunión que tenga con arreglo a su calendario.

Además, a mi juicio, es desproporcionado el acuerdo del Gobierno de Aragón para según que materias o autorizaciones. Por ello entiendo más versátil y más adecuada la organización de la acción administrativa a través de un organismo autónomo.

Por otra parte también tiene una gran versatilidad y agilidad a nivel de contratación dado que el IASS, al gozar de personalidad jurídica propia puede contratar (art. 15.2 de la Ley del IASS), y la gestión presupuestaria es mucho más ágil que si se tratara de la Administración General que ha de atender a numerosas cuestiones y carece de la nota de la especialización en la materia.

Señalaremos asimismo que en este sector se cuenta con la decisiva colaboración de las instituciones y medios privados a través de convenios de colaboración y a través de la concesión a determinadas entidades de títulos y habilitaciones para ejercer funciones y competencias en la materia.

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, reforma del Código Civil en su Disposición Adicional Primera establece:

"Las Comunidades Autónomas en virtud de su competencia en materia de protección de menores, podrán habilitar, en su territorio, como instituciones colaboradoras de integración familiar a aquellas asociaciones o fundaciones no lucrativas constituidas conforme a las leyes que les sean aplicables, en cuyos estatutos o reglas figure como fin la protección de menores y siempre que dispongan de los medios materiales y equipos pluridisciplinares necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas.

Estas instituciones colaboradoras podrán intervenir sólo en funciones de guarda y mediación con las limitaciones que la entidad publica señale, estando siempre sometidas a las directrices, inspección y control de la autoridad que las habilite."

En Aragón se desarrolló esta previsión mediante Decreto 146/1988, de 13 de septiembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula el sistema de concesión de la habilitación para actuar como Institución Colaboradora de Integración Familiar con las que, según el citado Decreto, se cuenta para la comunicación a la Administración de casos detectados de menores en situación de desamparo, para la guarda del menor que sea ingresado en cualquiera de sus centros así como el seguimiento del menor y la elaboración de informes respecto del mismo.

Estas Instituciones han de estar habilitadas conforme al procedimiento establecido reglamentariamente y, entiendo, arbitrarán sus relaciones con la Administración, además de mediante la habilitación, mediante la suscripción del oportuno convenio.

Según la Disposición Adicional Primera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del Código Civil:

"Ninguna otra persona o entidad podrá intervenir en funciones de mediación para acogimientos familiares y adopciones"[9]

Por otra parte, y al amparo de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menores se han desarro-

llado los procedimientos para la habilitación de las denominadas Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional que estudiaremos con mayor profusión en su momento.

En Aragón el procedimiento de habilitación de las mismas se desarrolló por el Decreto 16/1997, de 25 de febrero, del Gobierno de Aragón por el que se regula la habilitación de entidades colaboradoras de adopción internacional. Deben ser, asimismo, entidades sin ánimo de lucro que tengan como finalidad la protección de menores. Se establece también un riguroso procedimiento de control y se limitan sus funciones a la mediación en el ámbito de la adopción internacional facilitando y agilizando así la labor de la Administración en este sector de la adopción.

Así pues, estudiados los fundamentos de la actuación administrativa, vista la complejidad en su desarrollo derivada de la fusión de distintas ramas del Derecho, así como la organización con que en Aragón se cuenta al objeto de abordar la protección y la reforma de menores, entraremos en el estudio de la cuestión separando, a efectos de análisis, lo relativo a la protección de lo relativo a la reforma.

---

9 Joaquín Rams y otros en los Elementos de Derecho Civil precitados señalan:

"La habilitación y el control de las instituciones habilitadas tienden a impedir el odioso tráfico de niños. De ahí que la misma disposición adicional imponga el monopolio público y el procedimiento inquisitivo para la habilitación", p. 395.

Asimismo señalan cómo estas Instituciones no pueden declarar la situación de desamparo del menor ni ostentar la tutela del desamparado y carecen de toda iniciativa y autonomía. Unicamente, añado yo, pueden ostentar la guarda que siempre les es derivada y delegada por la Administración.

CAPÍTULO SEGUNDO
PROTECCIÓN DE MENORES

Por protección de menores entendemos las actuaciones llevadas a cabo por la Administración para subvenir a las necesidades existenciales de la infancia, del colectivo que se denomina infancia y adolescencia o, más técnicamente, de los menores, pues, realmente y pese al título de la Ley aragonesa 12/2001, de 2 de julio, el concepto jurídico es el de "menor" que son las personas que tienen menos de 18 años (edad de la mayoría sin perjuicio de la emancipación o de la adquisición de la mayoría de edad por matrimonio como en el Derecho aragonés).

El colectivo de los menores de edad es el colectivo sobre el que actúa la Administración y esta acción administrativa es una acción que tiene su fundamento en la desprotección de las personas que integran el colectivo en cuestión. No se halla justificada la actuación de la Administración en caso de la inexistencia de desprotección dado que la actuación administrativa es subsidiaria de la protección familiar pues es en la familia donde los menores tienen el innegable derecho de desarrollarse sin interferencia alguna del poder público.

Así pues la acción administrativa de protección de menores se activa en el momento en el que el núcleo familiar no puede dar respuesta a las necesidades más elementales del menor poniendo, por tanto, en riesgo su propia existencia o su desarrollo e integración en la Sociedad, se trata de evitar graves riesgos para los menores así como el sufrimiento por los mismos de situa-

ciones de marginalidad o el inicio en la marginalidad o delincuencia desde la más temprana edad.

Nuestro Derecho, desde la reforma del Código Civil de 1987 ha configurado como elemento central de protección la institución del "desamparo" con la que comenzaremos nuestro examen, pasaremos después a la actuación de la Administración consecuencia de la declaración de las situaciones de desamparo o intermedias y a las soluciones que desde la misma se arbitran para conseguir dar una solución a los menores que se han visto privado de lo necesario para su desarrollo como personas.

La Administración actúa, o debe actuar, pues de puente entre la situación de desprotección y una solución de vida y desarrollo normal en la Sociedad

1. LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO

Como ya adelantábamos comenzaremos con el estudio de esta institución que juzgamos fundamental por las facultades que otorga a la Administración Pública y por las responsabilidades que conlleva.

Como veremos nos encontramos ante la potestad de suspender relaciones familiares y crear un vínculo tutelar entre la Administración y el menor que ésta declara desamparado, potestad que se ejercita sin una autorización judicial y que sólo es susceptible de control judicial a posteriori.

Ya hemos indicado, pero lo desarrollaremos a lo largo de toda esta obra, las responsabilidades que conlleva esta actuación puesto que se asume la tutela de un menor y la obligación de actuar para no sólo protegerle de peligros sino encauzar su vida, y todo ello sin perjuicio de las responsabilidades civiles que le pudieran corresponder como tutora de los menores desamparados cuestión a la que también dedicaremos el oportuno análisis.

1.a. Concepto

El art. 172 del Código Civil, tras la reforma operada por Ley 21/1987, establece que:

> "La Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se halla en situación de desamparo, tiene por Ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda (...)
>
> Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes del protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material"

La Ley aragonesa en su art. 59 recoge el citado concepto en su párrafo 1 mientras que su párrafo 2 establece una serie de situaciones que suponen desamparo, la citada lista es un "numerus apertus", así el citado art. 59.2 establece:

> «En particular se entiende que existe situación de desamparo cuando se da alguna de las siguientes circunstancias:
>
> a) Riesgo para la vida o integridad física o psíquica del menor. Cuando, debido al incumplimiento de los deberes de protección o por negligencia en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, de salud o educativas por parte de los padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, se atenta contra la vida o la integridad física o psíquica del menor.
>
> b) Abandono del menor. Cuando faltan las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda y la autoridad familiar o cuando no pueden o no quieren ejercerlas.

c) Malos tratos.Cuando el menor es objeto de malos tratos físicos, psíquicos o de abusos sexuales, por parte de familiares o terceros, producidos en el ambiente familiar del menor.

d) Explotación del menor. Cuando sea inducido a ejercer mendicidad, delincuencia, prostitución, drogadicción, trabajo infantil o cualquier otra forma de explotación.

e) Falta de atención adecuada. Cuando la drogadicción habitual o cualquier otro problema físico, psíquico o social de los responsables de los menores impida la adecuada atención de los mismos.

f) Cuando, desaparecidas las causas que dieron lugar al ejercicio de la guarda por la entidad competente en materia de protección de menores, los responsables legales del menor no quisieran hacerse cargo del mismo.»

Yo no soy partidario de ejemplificar cuando la ley señala un concepto jurídico indeterminado tan claro como el que señala el art. 172 del Cc.

Hemos de indicar que los conceptos jurídicos indeterminados se refieren a una realidad perfectamente clara y delimitada pero que no es posible precisar dicha realidad con total exactitud mediante el lenguaje sin riesgo de excluir de ella determinadas situaciones o variantes. Ya en la Facultad cuando se abordaba el estudio del "concepto jurídico indeterminado" se ponía casi siempre el mismo ejemplo "buen padre de familia" "ordenado comerciante" que son parámetros que se utilizan para juzgar conductas de cuidado de personas o de diligencia en la actuación. La Ley no puede especificar punto por punto las características de un "buen padre de familia" pero, a la hora de abordar un supuesto de la realidad, el Juez, con arreglo a los criterios sociales predominantes, a las pruebas, dictámenes, etc..., sí que puede determinar si la persona en concreto y respecto de una concreta situación es o no es, se ha comportado o no, como un "buen padre de familia".

La normativa autonómica en general tiende a la ejemplificación, y yo creo que tiende a ello para facilitar la comprensión de la cuestión por los técnicos no duchos en sutilidades e interpretaciones jurídicas. Este modo de legislar, sin embargo, y como hemos dicho, tiene innegables riesgos pues el automatismo en la aplicación del ejemplo sin tener en cuenta el concepto del que emana puede llevar a complicaciones importantes

En este sentido indicaré que la Ley aragonesa al señalar, por ejemplo, como causa de desamparo el inducir al menor a trabajo infantil (art. 59.2.d) al que califica directamente de «Explotación del menor» puede llevar a problemas. Entendemos que la «explotación del menor» por inducción al trabajo no debe ser interpretada de modo categórico sino con arreglo al caso concreto y, sobre todo, teniendo en cuenta, a parte de la normativa en vigor sobre el trabajo de los menores de edad lo cual es un dato muy importante, que dicho trabajo infantil suponga una situación de desprotección del menor, es decir, teniendo en cuenta el concepto general, por tanto, que la situación de hecho (trabajo infantil) se produce por un imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda y tal situación de hecho da lugar a que el menor se halle necesitado moral o materialmente.

Es de señalar que la declaración de desamparo parte de un concreto supuesto de hecho y que es una reacción muy enérgica, por ello, no puede utilizarse ante todo tipo de situaciones sino ante las que reúnen sus perfiles y que el ordenamiento jurídico tiene modos de reacción eficaces frente a conductas que, no siendo de recibo, tampoco llegan al punto de ser claras situaciones de desamparo.

El referirse el Código Civil a que el menor se halle privado de la necesaria asistencia moral o material conlleva una aplicación yo no diría estrictamente restrictiva del concepto, por más que así se refleje en numerosa jurisprudencia, sino, ante todo, proporcionada a las circunstancias del caso concreto y, sobre todo, atendiendo al interés del menor y atendiendo también a la exis-

tencia de sus padres biológicos y sus legítimos derechos. Es decir, ha de darse una interpretación restrictiva pero proporcionada al caso, teniendo en cuenta el interés del menor en el caso concreto puesto que una interpretación literalmente restrictiva normalmente favorece a un mantenimiento de la situación que puede ser perjudicial para el menor.

La declaración de desamparo va a llevar consigo una sustitución de la familia en sus funciones tuitivas del menor, es por ello que ha de apreciarse de modo prudente la concurrencia en la situación de hecho de los perfiles jurídicos del concepto de desamparo. La actuación administrativa no sólo ha de contemplar la declaración de desamparo como solución definitiva sino que puede y debe contemplar muchas medidas partiendo de que el menor prioritariamente donde ha de estar es en el seno de su familia biológica y que, pese a la apreciación del desamparo, los primeros trabajos de la Administración han de ser dirigidos a su reinserción en el núcleo familiar[10].

Así por ejemplo el Auto 108/2002, de 19 de mayo, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) señala:

> "Y aun cuando se ha reiterado doctrinal y jurisprudencialmente que para apreciar la situación de desamparo se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, tendiendo fundamentalmente al interés del menor, sin desconocer, empero, la necesaria protección de la situación familiar a que pertenece dicho menor, conforme a lo dispuesto en el art. 39.1 de nuestra Constitución, por lo que se hace necesario estimar que la asistencia moral y material de los menores en orden a la declaración de desamparo, ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la pro-

10 Sobre el mantenimiento del menor en el núcleo familiar es muy clarificador el estudio y conclusiones de Eulalia Moreno Trujillo en el libro antes citado promovido por la Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, pp. 47 y ss.

tección de sus relaciones paterno-filiales, de tal manera que sólo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, es decir, los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esa situación (Sentencias del Tribunal Constitucional 143/1990 y 298/1993)".

Así pues a mi juicio es de tener en cuenta varios factores: en primer lugar la situación inmediata de hecho con que se encuentra la Administración (que puede aconsejar incluso una declaración de desamparo adoptada con carácter cautelar como medida directa, eficaz y absolutamente tajante), en segundo lugar las deficiencias del núcleo familiar, es decir, a qué obedece el inadecuado o imposible ejercicio de los deberes de protección, y, en tercer lugar, intentar por todos los medios subsanar los citados problemas para que dicha situación no perdure.

Considero con Leticia Anoro, Isabel Caudevilla y Noelia Samper[11] que no pueden distinguirse tipos de desamparo y que es efectivamente acertada la opinión de Mayor del Hoyo cuando señala que nos encontramos ante una regulación objetiva que atiende exclusivamente a la producción del resultado. Entiendo que nada tiene que ver con la legislación vigente las opiniones que señalan que hay varios tipos de desamparo dependiendo de si se acude voluntariamente a denunciar la situación ante la Administración o si ésta actúa de oficio.

La cuestión es más sencilla dado que el desamparo, como expone el art.172 del Código Civil "se produce de hecho" sin más. A mi juicio no cabe hacer mayor disquisición se trata de ver si el

11 Leticia Anoro, Isabel Caudevilla y Noelia Samper, "Situaciones de desamparo" en "Comentario de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón" dirigido por Gabriel García Cantero. Ed. El Justicia de Aragón 2002, p. 381.

menor se halla privado de la necesaria asistencia moral o material. Esa es la primera parte pero es que esa situación debe provenir del imposible o inadecuado incumplimiento de los deberes de guarda o protección por quien corresponda.

Imposible o inadecuado ejercicio, ello cubre la totalidad de posibilidades objetivando la situación de desamparo, la cuestión se centra casi exclusivamente en que un menor se halle de hecho en situación de desamparo pues si nos vamos a las causas siempre será o un imposible o un inadecuado ejercicio de los deberes de guarda y protección por quien corresponda.

Al hablar de imposibilidad o de inadecuado ejercicio se ha desterrado del debate la negligencia de la familia (por más que se hable asimismo del incumplimiento que puede ser doloso o culposo pero se configura como causa autónoma al imposible o inadecuado ejercicio causas que no exigen culpa y con las que basta para apreciar el desamparo), debate que nos hubiera llevado a considerar la clásica distinción entre culpa grave, leve o levísima, a establecer un criterio sobre la diligencia familiar, una atribución de papeles y responsabilidades entre los miembros de la familia en caso de ausencia o incapacidad de uno de los progenitores (quienes en principio son los responsables de la guarda y protección) dando lugar a un sistema complejísimo y dificultando la respuesta a una situación grave y susceptible de generar enormes e irreparables daños en el menor.

Así lo señala el Auto precitado de la Audiencia Provincial de Valencia [y en el mismo sentido se pronuncian muchos otros, citaremos el Auto 8/2000, de 9 de febrero, de la Audiencia Provincial de Toledo (Sec 1ª)] señala:

> "a tenor de lo dispuesto en el art. 172 del Código Civil, «se considera como situación de desamparo, la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando

éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material», de manera que el desamparo ha de considerarse, en primer lugar, como una situación fáctica, querida o no, en la que se encuentran los menores y que se caracteriza, en esencia, por la falta o privación de la asistencia y protección necesarias, y ello determina, por Ministerio de la Ley, la tutela automática de dicha menor por parte de la entidad pública a quien en el respectivo territorio esté encomendada la protección de los menores, e implica por ende, la privación de la guarda y custodia que sobre dicha menor pudiera corresponder, a sus padres naturales o biológicos."

Así pues, interpretación restrictiva de una situación de hecho que se produce por culpa o sin culpa de los titulares de la potestad de guarda sobre el menor, lo fundamental es que el menor se halla desprotegido, privado de la necesaria asistencia moral o material.

Por tanto, es de examinar la situación de hecho en que se encuentra el menor y, aun cuando ello no es lo fundamental, hay que determinar la causa de la situación si es el imposible o el inadecuado ejercicio de los deberes de guarda y protección y ello por dos razones:

1— Porque así lo exige la apreciación del concepto de desamparo, no sólo se trata de definir la situación sino la causa con total precisión.

2— Porque, y esto es fundamental en línea de reparación de la situación, determinando la causa se puede atajar la misma o buscar una solución para el menor fuera de la familia. Es claro que la situación ideal de un menor es su núcleo familiar biológico, la determinación de la causa del desamparo, que incluye el motivo y la persona o personas que la provocan por imposibilidad o inadecuación, es fundamental para la respuesta y para los trabajos conducentes a la reinserción del menor o no reinserción habida cuenta que la causa no ha cesado.

Como vemos, por encima de listas de ejemplos, que pueden llegar a servir no obstante, el concepto de desamparo plantea numerosos problemas de apreciación y numerosas implicaciones posteriores.

Por otra parte la realidad supera a cualquier ficción que nos podamos plantear pues existen situaciones graves realmente transitorias y situaciones aparentemente no tan graves que se van paulatinamente agravando.

También es cierto que existe una capa de la Sociedad en la que se dan el mayor número de desamparo que en otras es aquella capa que vive en o cerca del "umbral de la pobreza" utilizando una expresión de Cáritas Diocesana. En este estrato social es más lógico que se den situaciones de desampara por falta de medios materiales (asistencia material) o por falta de formación y educación (asistencia moral) pero también es verdad que son familias de las que los Servicios Sociales conocen su vida y milagros pues deben acudir a los mismos para su supervivencia diaria a diferencia de las clases más pudientes de la Sociedad donde únicamente puede detectarse una situación de desamparo en caso de crisis familiar bien derivada de crisis de la pareja (separación o divorcio) o de una incontenible explosión de personalidad delincuencial de uno de los hijos a través de la cual puede verse una falta de asistencia moral durante su vida que le ha llevado a no tener parámetros claros[12].

Uno de los más graves problemas a que se enfrenta nuestra sociedad, y, en concreto, sus clases más pudientes, es a la tan traída y llevada "falta de valores" yo considero que más bien hay un "cambio de valores" pero es cierto que, por diversas circunstancias se ha establecido un cierto relativismo moral en los valores y principios más básicos y que en nuestra juventud abundan

12 Interesantísimo al respecto resulta el libro de María José Bernuz Beneitez "De la protección de la infancia a la prevención de la delincuencia"nº 9 de esta misma colección donde realiza un estudio rigurosos de los riesgos sociales y de la que llega a denominar "sociedad del riesgo".

comportamientos poco educados y poco edificantes propios de gente que no tiene prisa en abrirse paso en la vida profesional y que vive bastante bien en el hogar familiar.

Sucede que en las clases más acomodadas de nuestra Sociedad se dan casos de efectivo desamparo por falta de asistencia moral pero que es imposible apreciar habida cuenta el nivel de vida y que al menor no le falta nada desde el punto de vista material. Por otra parte una intervención administrativa en una familia de clase media o acomodada tendría evidentes problemas en seguir adelante desde el punto de vista de la repercusión social frente a la propia intervención.

Así pues una vez más nos encontramos que una cosa es la igualdad formal ante la Ley y otra cosa la igualdad material.

Lo más común son los casos de declaraciones de desamparo por inasistencia material, esto no obstante existen numerosos casos de declaraciones de desamparo que se dictan por la inasistencia moral. De hecho en mi experiencia profesional ha sido común el caso de menores abandonados voluntariamente en manos de la Administración por sus padres so capa de imposibilidad de mantenimiento en ese momento, padres que luego no responden a las notificaciones administrativas ni acuden a las visitas programadas durante tiempo y que sólo vienen a buscarlos cuando se les notifica la declaración de desamparo, es más incluso entonces aparecen acreditando que se hallan en situación de atenderlos. A mi juicio en estos casos ha habido un desamparo por inasistencia moral si bien cabe que nos volvamos a plantear si ese desamparo es reversible, si esa familia puede volver a tener a sus hijos pregunta que hemos de hacernos siempre, y con la debida prudencia puesto que lo peor es que se produjera una segunda situación de desamparo, hasta que se opte por una solución definitiva.

Respecto a la inasistencia moral destacaremos la Sentencia 724/2004, de 23 de diciembre, de la sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza cuando señala:

"...el oponente goza en el momento actual de una situación de cierta estabilidad, pues en la actualidad ejerce un trabajo desde hace un tiempo, los informes emitidos por las empresas empleadoras son buenos, tiene ciertos ahorros, ahora mantiene una relación de pareja, y habita en el piso de su compañera, pero, por otro lado, tampoco se ha de olvidar los otros hechos altamente negativos, como son los amplios periodos de tiempo en que de forma no aclarada no ha ejercido trabajo alguno a que se refiere el informe del folio 511, sus frecuentísimos cambios de vivienda, su inestabilidad emocional, o lo que es más importante e el enjuiciamiento del caso su incapacidad para hacerse cargo de los niños por su peculiar percepción de las diferentes funciones que ha de desempeñar cada miembro de la unión familiar, añadiendo en su dictamen la Sra. psicóloga adscrita al Juzgado que "No dispone de recursos por sí mismo para la crianza de sus dos hijos..." o "No se puede considerar a esta relación —la actual— como el soporte necesario y suficiente como para justificar un cambio en las condiciones cotidianas de vida de los niños, sobre todo teniendo en cuenta la ausencia en el Sr. T. de una pauta adquirida de estabilidad general"

Se trataba de una declaración de desamparo producida por inasistencia moral y material que es recurrida, el padre había dejado a sus hijos en la Administración alegando falta de medios para atenderlos no había acudido a las visitas y recurre en el momento en que se le comunica la declaración de desamparo.

La Sentencia en primera instancia desestima la demanda y en segunda instancia es la precitada que desestima el recurso sobre la base de razones de falta de recursos para prestar a los menores una adecuada asistencia moral pues el recurrente acreditó su cambio de condiciones en el aspecto material. Todo ello sin perjuicio de la problemática que supone el ulterior cambio de condiciones al momento de la declaración de desamparo y cómo valorarlo cuestión que tratamos en otro apartado.

Por último, y como hemos visto, el desamparo no se presume sino que ha de ser declarado formalmente por la Administración lo cual convierte a dicho acto en un acto de naturaleza compleja al tener que ser apreciada la situación por una Administración e instruirse un procedimiento administrativo para ser declarada dictándose una resolución con innegables efectos en el ámbito civil y, en concreto, en las relaciones familiares, en los estados civiles.

La profesora Aurora López Azcona señala[13]:

«En todo caso, asumido el carácter esencialmente civil de la declaración de desamparo, a mi modo de ver, convendría hacer varias matizaciones a esta afirmación. La primera de ellas consiste en reconocer la existencia de una serie de principios y reglas —tales como la objetividad, la imparcialidad o la misma finalidad tuitiva de la acción pública— que la Administración deberá respetar en todo caso al actuar tanto en el marco de las relaciones jurídico-públicas como en el de las relaciones jurídico-privadas. Así la legislación del menor formula los mencionados principios de objetividad e imparcialidad en similares términos que la legislación administrativa, lo que, por lo demás resulta coherente con la declaración constitucional referida a la Administración «ex» artículo 103 CE (...). Por otro lado, resulta claro que la finalidad tuitiva prevista en el artículo 39 CE y en la normativa de protección de menores tiene aplicación directa cuando la Administración proyecta su actuación sobre el sector social de los menores con independencia del régimen jurídico al que se someta aquélla.

En segundo término, no es posible descartar que, a pesar de la primacía que en este tipo de actos tienen las cuestiones civiles al afectar al estado civil de las personas, en aspectos concretos se rijan por las normas administrativas. ¿Cuá-

13 Aurora López Azcona, en "La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de declaración de desamparo". Aranzadi Civil 2001. Volumen I Primera Edición, pp. 1933-1934.

les serán, por tanto, estos elementos secundarios jurídico-públicos que deberán ser tenidos también en cuanta por los operadores jurídicos a la horade aplicar esta regulación? A mi modo de ver será los aspectos organizativos y competenciales— tales como las reglas de atribución de competencias entre órganos administrativos o las normas de formación de voluntad de los órganos administrativos de carácter colegiado— los que se someterán a las reglas previstas pro la normativa pública.

Asimismo parece no poder negarse en este ámbito la vigencia del principio de autotutela administrativa— esto es la capacidad de imponer la decisión administrativa, sin intervención judicial— a pesar de constituir la declaración de desamparo un acto de la Administración de contenido esencialmente civil, lo que también conllevará que sean aplicables los principios que rigen la ejecución forzosa de los actos administrativos como el principio de proporcionalidad «ex» artículo 96 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre (..), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De otro modo si la Administración no gozase de este privilegio de autotutela para ejecutar sus propias resoluciones característico del Derecho Administrativo, carecería de potestad para llevar a término la resolución de desamparo sin intervención judicial. A este respecto, interesa destacar que en algunas leyes autonómica se llega a precisar expresamente el carácter ejecutivo de las declaraciones de desamparo.

En definitiva, de lo hasta aquí argumentado, creo que es defendible que la declaración de desamparo constituye un acto de la Administración sometido a Derecho privado por cuanto sus efectos inciden en el estado civil de la persona, pero también se ve sujeto a normas públicas en ciertos aspectos de índole secundaria. Se trata, por tanto, de un acto de naturaleza compleja»

Estoy plenamente de acuerdo con la conclusión de la profesora López Azcona y con su iter de razonamiento, estamos ante un acto Administrativo que produce efectos en el estado civil pero la competencia y el procedimiento para dictarlo vendrán regulados por el Derecho propio de la Administración que no es otro que el Derecho Administrativo.

1.b. Situaciones intermedias: la declaración de riesgo, la guarda

Cierto es que la declaración de desamparo es el mayor y más cualificado instrumento en manos de la Administración Pública para la intervención en la familia.

No obstante lo anterior, y como hemos visto, se trata de una solución a aplicar con prudencia tanto de modo definitivo como de modo cautelar. Para poder declarar el desamparo han de concurrir los supuestos de hecho que permiten adoptar la resolución, no cabe utilizar el concepto al objeto de, simplemente, buscar una solución a un determinado caso.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 12 establece en su apartado 1:

> "La protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda, y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley."

Así pues se parte de la prevención y reparación de las situaciones de riesgo, la Ley no define qué debe entenderse por situación de riesgo, quedando la definición de tal concepto en manos de la Administración.

Parece que, por su proximidad en el citado art. 12.1 a la mención a la situación de desamparo deberíamos centrar el concepto

de riesgo en "riesgo de desamparo" es decir "riesgo de que el menor quede privado de hecho de la necesaria asistencia moral o material por incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda por quien tenga tal obligación de guarda"

Según María José Bernuz Beneitez[14] , con cita de otro autor, el riesgo es "la posibilidad de que un estado indeseable de la realidad pueda ocurrir como consecuencia de acontecimientos naturales o de actividades humanas", señala esta autora que "En una primera aproximación son varios los elementos que aparecen en la definición: la incertidumbre, acerca de la producción de un acontecimiento futuro, esto es, la posibilidad de que acaezca; y además el carácter negativo, dañosos o indeseable del mismo."

Así pues es de considerar la incertidumbre de que suceda algo negativo, considerar la incertidumbre es algo de por sí complicado. En cualquier caso, tal y como señala la citada autora "Si no resulta posible el vaticinio de los factores de peligro, entonces no es posible tampoco hablar de riesgo", para que pueda hablarse de riesgo ha de vislumbrarse una posibilidad real de que acaezca el hecho dañoso. El riesgo imprevisible puede ser muy interesante como materia de estudio para otras ciencias, o incluso para el Derecho al tratar del caso fortuito y la fuerza mayor, pero en la materia que nos ocupa el riesgo imprevisible no se puede incluir en la situación de riesgo a que se refiere la normativa y que ha de ser apreciada por la Administración para poder actuar.

Siguiendo a María José Bernuz vinculada con la previsibilidad se encuentra la causalidad, la causa del riesgo. En el caso que nos ocupa la causa del riesgo es el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda y protección. Como hemos dicho antes respecto del desamparo la situación del riesgo también queda objetivada y excluida la negligencia. Lo importante es que el menor se halle en una situación objetiva de riesgo de desamparo.

---

14 María José Bernuz Beneitez, op. cit., pp. 43.y ss.

La Ley de infancia y adolescencia en Aragón en su artículo 45 señala:

> "La protección de menores es el conjunto de actuaciones que, en el marco del sistema público de servicios sociales, tiene como finalidad prevenir, detectar y corregir las situaciones de riesgo y de desamparo, mediante la integración del menor en grupos naturales de convivencia, en condiciones básicas suficientes que posibiliten su participación en la vida familiar, económica, social y cultural, y su desarrollo integral como persona".

Esta Ley va muy en la línea de la Ley Orgánica 1/96, si bien, a mi juicio señala de modo equivocado una solución uniforme que es la "integración del menor en grupos naturales de convivencia", en primer lugar habrá que entender que entre esos "grupos naturales de convivencia" se halla en primer término la propia familia del menor, y, en segundo lugar, no hay que descartar medidas como los esfuerzos encaminados a la emancipación y vida independiente del menor pues, dependiendo de la edad y posibilidades del menor, en muchos casos es el planteamiento más realista y eficaz.

Anteriormente hemos indicado que situación de riesgo debería referirse a situación de riesgo de desamparo, pues bien, en este punto la normativa aragonesa es mucho más amplia que la normativa estatal a la que desplaza, así el art.56 de la Ley de infancia y adolescencia en Aragón establece:

> "Se considerarán situaciones de riesgo aquellas en las que por circunstancias personales o sociofamiliares, se ven obstaculizados el desarrollo integral del niño o adolescente y el ejercicio de sus derechos y que no requieren separación del medio familiar"

En este punto el legislador aragonés parece que va más allá del legislador estatal e independiza la situación de riesgo de la de desamparo, esto no obstante, a mi juicio se coincide con la normativa estatal, si bien ésta no lo expresa con tal claridad, en el

punto de que la situación de riesgo no requiere separación del menor del medio familiar acordada por la Administración. Es decir, la situación de riesgo no requiere que la Administración se pronuncie de modo tajante separando al menor de su familia, si bien, tampoco excluye que, valoradas las circunstancias y de común acuerdo con la familia, el menor pase a residir en un centro de la Administración.

Así pues hemos de indicar que, dada la redacción del art. 56, la Ley aragonesa no se distancia de la normativa estatal[15]. Si partimos de que el riesgo es la posibilidad de que acontezca un evento dañoso la Ley aragonesa viene a ejemplificar aquellos casos en que ha de entenderse que se da tal riesgo, es decir, no define la situación de riesgo sino que ejemplifica la misma en aquellos casos en que "se ven obstaculizados el desarrollo integral del niño o adolescente y el ejercicio de sus derechos".

La definición de la situación de riesgo exige un concepto jurídico indeterminado que incluya el concepto de "incertidumbre" el legislador aragonés no incluye el concepto de "incertidumbre" en su definición si bien va a delimitarla en base a conceptos en cierto modo indeterminados pero no de producción incierta dado que señala que ha de hablarse de situación de riesgo cuando efectivamente se de una situación de obstaculización del desarrollo integral y del ejercicio de derechos sin que para su solución se requiera la separación del medio natural del menor.

Esto no obstante, y a diferencia de cuanto indicamos sobre la ejemplificación en materia de desamparo que siempre he entendido poco menos que innecesaria y confusa aun cuando le admito cierta utilidad para no peritos en Derecho, entendemos que el

15 Disiento en este punto de la conclusión a que llegan Juan Carnicero Fernández y Julián Rodríguez Cajal en su estudio "De la protección social y jurídica de los menores en situación de riesgo" publicado en la obra colectiva de comentarios a la Ley de infancia aragonesa como número 16 de esta colección, obra ya citada, si bien coincido en que la aportación del legislador aragonés puede ser importante a la hora de la actuación administrativa.

legislador aragonés da un paso más allá y de transcendencia pues el art.56 de la Ley aragonesa es de gran utilidad a la hora de apreciar la situación de riesgo pues, efectivamente, si se dan las situaciones que el mismo describe estamos ante un riesgo cierto de desamparo.

La cuestión fundamental, como no puede ser de otra manera, es una cuestión puramente valorativa pues la Administración ha de valorar la obstaculización que se está produciendo en el desarrollo integral del menor y en el ejercicio de sus derechos así que dicha obstaculización no ha de ser tan grave como para que la solución requiera una separación coactiva del medio familiar, es más, dicha separación ha de estar, de momento al menos, claramente desaconsejada.

En este punto, como decimos, es de alabar al legislador aragonés pues viene en precisar la situación de riesgo, que es de por sí imprecisa, sin acudir solo a ejemplos concretos sino dando unas líneas de interpretación lo suficientemente amplias como para que quepan todos los supuestos de la realidad y que de modo claro se inscriben en una situación previa a la situación de desamparo y ello, fundamentalmente, al señalar que en la situación de riesgo no ha de darse la conclusión fundamental del desamparo: la necesaria separación del medio familiar para atajar el problema.

La declaración de la situación de riesgo conlleva una mayor vigilancia administrativa sobre el caso, normalmente la medida más concreta es la asignación de un educador que es quien va determinando, de acuerdo con la familia, las actuaciones a emprender para atajar la situación.

La declaración de la situación de riesgo faculta a la Administración a intervenir pero, para la efectividad de las medidas, es precisa siempre la colaboración familiar dado que la situación de riesgo no altera la posición jurídica de los padres, tutores o guardadores del menor. Esto no obstante, de no atenderse las recomendaciones o actuaciones del educador y de seguir empeorando

la situación todo converge hacia la posibilidad de adopción del desamparo situación en la que se suspende la patria potestad, autoridad familiar, o tutela ordinaria y donde el menor queda sujeto a las directrices que adopte la Administración en cuanto a su persona y bienes.

Hemos avanzado anteriormente que una de las medidas y situación previa a la situación de desamparo puede ser la guarda administrativa.

El Código Civil la contempla en su art. 172.2:

> "Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario.
>
> La entrega de la guarda se hará constar por escrito dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración.
>
> Cualquier variación posterior de la forma de ejercicio será fundamentada y se comunicará a aquellos y al Ministerio Fiscal.
>
> Asimismo se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda."

En los apartados 3, 4, y 5 del este artículo se señala que la guarda podrá ser mediante acogimiento en familia o guarda residencial en centro de protección, se señala que se procurará, si el interés del menor lo aconseja, que la guarda no sea contraria a la reinserción familiar.

Así pues nos encontramos con varios supuestos de guarda:

1— Aquellos en que los padres o tutores, conscientes de que están en una situación que puede devenir en males graves para

el menor y que no van a saber o poder evitar, lo confían a la Administración. Sería una típica situación de riesgo asumida y aceptada por los padres y tutores.

2— Aquellos en que la situación de desamparo del menor es manifiesta y los padres o tutores son conscientes y acuden a la Administración. En estos casos podría hablarse de desamparo a instancia de la propia familia, dicho desamparo daría lugar asimismo a la guarda como primera medida.

3— Aquellos en que es la autoridad judicial la que remite al menor a la guarda administrativa, estos casos pueden ser tanto de situaciones de riesgo como de desamparo.

El segundo supuesto planteado se inscribe dentro de la situación de desamparo, con lo cual nos interesa el primero y, en menor medida, el tercero.

El primero da lugar a la guarda administrativa del menor a solicitud de los padres, que es la esencialmente prevista en el Código Civil, dicha guarda administrativa determina normalmente una guarda residencial y, en algunos casos, un acogimiento ulterior en familia ajena, acogimiento simple o permanente , según las circunstancias, y, habitualmente ya, remunerado.

El tercer supuesto debería complementarse con aquellos casos que remite a la Administración el Ministerio Fiscal, no olvidemos que las funciones del mismo son notable en la materia y que han ido en ascenso desde la reforma de 1984 del régimen de las tutelas en el Código Civil hasta la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. En el caso de remisión del menor por la autoridad judicial o por el Ministerio Público podemos hablar de situación de desamparo o de situación de riesgo pues el Juez o el Ministerio Fiscal entrarán en la consideración de evitar al menor perjuicios o de separarlo de un peligro (art. 158 Cc) y el hecho de que acuerden la guarda no vincula necesariamente a la Administración a declarar el desamparo. Asimismo dicha guarda a solicitud judicial o fiscal exige el internamiento

del menor en centro de protección, sólo si conlleva una prohibición de acercamiento de la familia biológica al menor podríamos estar hablando con certeza de desamparo habida cuenta la orden de internamiento, en caso contrario habrá que examinar la situación puntualmente.

Así pues la situación de riesgo en principio no determina guarda del menor pero, como vemos, ni la excluye ni debe excluirla siempre que nos refiramos a una guarda consensuada por la familia o a instancia de la autoridad familiar o del Ministerio Fiscal.

Vemos también la fundamental importancia de los centros de protección propios de la Administración y los que pudieren estar conveniados con ella en base al régimen de las instituciones colaboradoras de integración familiar a que antes hemos hecho referencia. Se evidencia aquí ya la necesidad de arbitrar medios importantes para el cumplimiento de las funciones que la normativa encomienda, medios que van a superar, en cualquier caso, la propia organización y personal propios de la Administración.

Estamos en situaciones previas a poder apreciar la situación de desamparo, situaciones que surgen y se aprecian en el seno del necesario procedimiento administrativo que es el mismo que puede concluir en la declaración de desamparo, procedimiento que estudiamos a continuación.

1.c. Procedimiento administrativo para la adopción de la declaración de desamparo

Así pues, en este orden de cosas y habida cuenta de que quien actúa es la Administración Pública, es fundamental, como decimos, el procedimiento administrativo con lo cual en esta materia puramente civil entra, como no puede ser de otra manera, habida cuenta el sujeto que ha de adoptar la decisión que corresponda, el Derecho Administrativo[16].

16 Muy interesante en este sentido el estudio sobre la fusión o convivencia Derecho

Ya el art. 7.2 de la hoy derogada Ley aragonesa 10/89 estableció la necesidad de regular un específico procedimiento administrativo para declarar el desamparo. Y ese es uno de los primeros problemas puesto que es obvio que es necesario un procedimiento administrativo para constatar que se da una situación de desamparo pero ¿procede en Aragón, a vista de la legislación vigente, la aplicación en la materia del procedimiento administrativo común establecido en la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común?, obviamente la Ley 10/89 remitía a un procedimiento especial pero no planteaba mayor cuestión ni desarrollaba procedimiento alguno.

El Decreto 79/1995, de 18 de abril, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula la declaración de desamparo y los instrumentos de protección previstos en la Ley 10/89, de 14 de diciembre, de Protección de Menores, todavía vigente en lo que no se oponga a la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia en Aragón, establece reglas procedimentales en sus arts. 9 a 14, reglas que son puras especialidades respecto del procedimiento administrativo común cuyas fases: incoación, instrucción, y resolución no pueden desconocerse así como tampoco los derechos de los interesados en el procedimiento que incluyen el realizar alegaciones a lo largo de todo el procedimiento, pedir la práctica de pruebas, tener vista de lo actuado y recurrir la resolución del procedimiento así como aquellos actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos (respecto a esto último en concreto vid. art. 107.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

El art. 60 de la Ley de la infancia y adolescencia en Aragón remite asimismo a norma reglamentaria si bien ordena que en el

---

Civil-Derecho Administrativo en esta materia realizado por mi compañera Carmen Carretero Espinosa de los Monteros, op cit., pp. 15 y ss.

procedimiento que se desarrolle reglamentariamente deberá tenerse en cuenta que el desamparo se declarará mediante resolución motivada que, a su vez acordará la medida de protección que corresponda, y, todo ello, previo informe del equipo interdisciplinar.

El procedimiento para adoptar declaración de desamparo es obvio que debe respetar las fases de incoación, instrucción y resolución y todos los derechos que la normativa administrativa reconoce a los interesados[17], a día de hoy la normativa reglamentaria no establece más que pequeñas especialidades sobre el procedimiento administrativo común, con lo cual, habrá que estar a lo dispuesto en la Ley 30/92.

Evidentemente, ello puede llevar a pensar que tal actuación llevará a la ineficacia más absoluta dado que el procedimiento administrativo común no está pensando específicamente en supuestos tan complejos como una declaración de desamparo que conlleva situaciones tan corrientes como la huída de la familia del territorio autonómico evitando la actuación administrativa en el momento en que tiene noticia de la tramitación de este tipo de procedimientos, o la necesidad de actuación inmediata ante situación de grave peligro en la vida del menor.

Como vemos el mayor problema es la urgencia que pueden plantear casos concretos, sin embargo dicha urgencia se halla ya prevista en el art. 13 del Decreto 79/95 y se halla prevista en el apartado 2 del art. 60 de la Ley de la infancia: la posibilidad de medidas cautelares incluyendo, la posibilidad de declarar la situación de desamparo con carácter cautelar pendiente de su confirmación en la resolución final de procedimiento.

---

17 En este sentido es muy destacable el trabajo titulado "La convivencia de ámbitos normativos en la protección de la infancia: reflejo en la Comunidad Autónoma de Aragón" de Ana María Hernández de la Torre, compañera de promoción en la Facultad de Derecho de Zaragoza de quien escribe este libro y Administrador Superior de la Comunidad Autónoma de Aragón, publicado en el número 17 (diciembre de 2000) de la Revista Aragonesa de Administración Pública. En dicho trabajo se analizan pormenorizadamente las actuaciones administrativas por quien conoce de primera mano la cuestión al haber trabajado directamente la materia.

Esta posibilidad ha dado un resultado práctico absolutamente excelente pues permite abordar rápidamente situaciones de crisis, retirar al menor y guardarlo, y, mediante la tramitación del oportuno procedimiento administrativo con todas las garantías legales estudiar adecuadamente a la familia y trabajar con ella al objeto de la reinserción. Evidentemente, para la correcta utilización de la medida es precisa la existencia de informes que acrediten que se da dicha situación de desamparo y que aconsejen adoptarla con carácter inmediato como la única posibilidad en interés del menor.

Declarada la situación de desamparo con carácter cautelar y tramitado el procedimiento ha habido numerosos casos en que el citado procedimiento principal ha concluido con la reinserción del menor en la familia bien porque ésta haya reaccionado a la vista de las circunstancias, bien porque ha aprovechado el apoyo de la Administración para mejorar sus condiciones de vida.

Si la declaración de desamparo ha de ser apreciada de modo restrictivo y proporcionado al caso, más aún si se entiende que ha de declararse con carácter cautelar, pero sucede que hay situaciones en las que la familia no aprecia la gravedad de los hechos hasta que la Administración no actúa de forma tajante, y ello porque a base de vivir la situación de desamparo todos los días la consideran normal.

Como advertencia a determinadas familias el desamparo cautelar es absolutamente eficaz, como medida cautelar cabe ser adoptada una vez incoado el procedimiento y no lesiona derechos de los interesados pues los padres o tutores del menor siempre pueden intervenir en el procedimiento incluso recurrir dicha medida cautelar.

A mi juicio el desamparo adoptado como medida cautelar produce los mismos efectos jurídicos que el desamparo como resolución definitiva si bien la diferencia es que ha de ser confirmado al final del procedimiento principal, resolución final que podría

también levantar el desamparo. Como es de ver discrepo en este punto de la opinión de la profesora Eulalia Moreno[18] quien estima que "en la tutela ex-lege la situación que da lugar a la necesidad de protección del menor por parte de una Entidad Pública es, en esencia, irreversible, en la cual no se aprecia la posibilidad de que remitan las circunstancias que han dado lugar al desamparo del menor". En mi entender las situaciones humanas son sumamente cambiantes, y si bien el desamparo, no como medida cautelar sino como resolución final del procedimiento, ha de dictarse habida cuenta la falta de respuesta de la familia biológica la principal consideración para dictarlo ha de ser la situación del menor no ya que la familia biológica evidencie o no posibilidades de recuperación, y aun con eso siempre hay que estar abierto a la posibilidad salvo que el menor se inserte en otra familia.

Señalaremos, para evitar dudas, que no contemplo la posibilidad de una declaración de desamparo adoptada con carácter cautelar que sea levantada en la resolución final del procedimiento por puro error en su adopción, entiendo, y de ahí el riesgo de esta figura, que la declaración de desamparo adoptada con carácter cautelar ha de responder a una inequívoca situación de desamparo, no puede haber discrecionalidad alguna en su adopción como tampoco puede haberla en la resolución final del procedimiento[19]. Sólo podría revocarse esta declaración de la situación de desamparo adoptada con carácter cautelar si hay un cambio notable de condiciones familiares y desaparecen los elementos causantes de dicha situación.

Es de señalar que quizá sea el ver la cuestión desde el punto de vista exclusivamente civil lo que lleva a pensar que la decla-

---

18 Eulalia Moreno, op. cit., p. 76.

19 En esta interdicción de la discrecionalidad coincido con Eulalia Moreno, op. cit., p. 76, cuando señala, refiriéndose a la situación de desamparo:

"Esta situación, que debe revestir siempre la nota de la objetividad, para evitar la actuación discrecional de los poderes públicos y salvaguardar el principio de seguridad jurídica, obliga a la Entidad Pública correspondiente a asumir, por ministerio de la ley una tutela especial..."

ración de desamparo ha de ser siempre de por sí algo definitivo, y no contemplar la posibilidad de la adopción de una declaración de la situación de desamparo como medida cautelar, pendiente de confirmación, pero absolutamente proporcionado al caso habida cuenta la situación de hecho y los riesgos que estuviera corriendo el menor por tener que esperar a la tramitación completa del procedimiento.

Desde el punto de vista civil no se ha contemplado esta posibilidad, y se acude a otras explicaciones y expedientes para solventar la situación si bien con referencia a casos concretos sin poderse establecer una regla general de procedimiento que sí es posible en el seno de una reglamentación del procedimiento administrativo. Como ejemplo de soluciones que encuentra la doctrina y jurisprudencia civiles destacamos en este sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Soria 121/98, de 7 de octubre cuando señala:

"Pero consideramos que no es acertada la calificación de dicha situación como desamparo del menor del art. 172.1 del Código Civil, sino más bien estamos ante el supuesto de «la guarda asistencial encomendada transitoriamente a la Administración» cuando los que ostentan la patria potestad, por circunstancias graves, no puedan prestarle la debida asistencia material o moral, medida ésta prevista en el art. 172.2 del Código Civil que puede ser solicitada por los que tengan la patria potestad sobre el menor, en este caso fue instada por la madre a la que estaba atribuida la guarda y custodia del menor, y con independencia de ello puede ser también acordada judicialmente. Se trata de una medida tuitiva del menor impidiendo que se llegue a una situación de desamparo, siendo indiferente que las circunstancias determinantes de la misma provengan de los propios padres o tutores o de los propios menores (pensemos en casos de toxicomanía o conflictividad que sobrepasen las capacidades de atención de la familia) o de circunstancias, ajenas al ámbito fami-

liar. Esta guarda asistencial presenta una nota esencial de temporalidad: se asumirá las labores de cuidado del menor, en el sentido de necesaria asistencia moral o material, en tanto en cuanto se mantengan las circunstancias impeditivas que dieron lugar a ella siempre con la intención última de reintegrar al menor a la vida familiar normalizada. Y en ello radica fundamentalmente la diferencia con la tutela «ex lege» por desamparo. Así podemos decir que si en la guarda la situación es desde su comienzo transitoria y objetivamente reversible, esperándose por tanto desde su inicio la recuperación de la plenitud de las facultades-deberes por parte de sus titulares, en la tutela «ex lege» el hecho que da lugar a la necesidad de protección del menor por la Entidad pública presenta, desde esa perspectiva objetiva, un carácter más definitivo pues se refiere a una real y efectiva privación de la asistencia material o moral al menor quedando éste desprotegido y desamparado."

Puede verse que no se contempla la versatilidad que tiene el procedimiento administrativo que permite la adopción como medida cautelar del desamparo, medida que no evita sino que propicia el trabajo con la familia y que ello no prejuzga la resolución del procedimiento que, en cierto modo, queda en muchos casos a decisión de la familia pues dependiendo del cambio de circunstancias o no la solución puede variar.

Como acabamos de adelantar decimos que no prejuzga por que la fase más importante en el procedimiento administrativo es la fase de instrucción en la que la Ley de infancia aragonesa exige que obre informe de un equipo interdisciplinar, entendemos que de pedagogos, educadores y psicólogos por norma general, dicho informe es preceptivo pero no es vinculante para la autoridad que resuelve.

El problema está en que la intedisciplinaridad del informe y la especial cualificación de los informantes pueda hacer olvidar una figura capital en todo procedimiento cual es la figura del ins-

tructor. En todo procedimiento es obvio que ha de haber un órgano encargado de impulsarlo, en el caso del procedimiento de declaración de desamparo, que es un procedimiento que puede concluir con una resolución de una enorme transcendencia, mucho más importante que la de cualquier procedimiento sancionador, la figura del instructor es sustancial pues es quien ha de decidir sobre la práctica de las pruebas, dar audiencia a los interesados, incorporar su alegaciones y formular propuesta de resolución.

A mi juicio el instructor debería, en la medida de lo posible, ser licenciado en Derecho pues nos encontramos en un ámbito en el que es decisiva la ponderación de los derechos del menor y su familia así como medir el alcance que puede tener la intervención administrativa. Evidentemente no todo puede descansar en el informe técnico pues la valoración de los informes en la propuesta de resolución es algo sustancial y dicha valoración ha de realizarla persona distinta a quien ha redactado los informes. El instructor debería ser licenciado en Derecho por cuanto el procedimiento ha de seguir los cauces legales y la declaración de desamparo afecta decisivamente a la situación jurídica de la persona.

El instructor ha de tener en cuenta, en primer término, el propio concepto de desamparo, que es un concepto jurídico indeterminado. Según el Código Civil, como hemos visto, se considera situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material (art. 172 Cc).

Este concepto jurídico indeterminado es complejo y para su estimación han de tenerse conocimientos jurídicos que permitan obrar sobre la base de unos informes técnicos absolutamente imparciales. No es conveniente que el informante conozca de primera mano la situación del menor, es importante que el informe técnico proceda, a ser posible, de técnicos no "contaminados" que

se basan en la información, que asimismo habrá de obrar en el procedimiento, de quienes trabajan en primera línea con el menor.

La esencia de la instrucción es averiguar las causas de la situación y buscar la correcta actuación administrativa, el fin que persigue la Administración, a tenor del art. 45 de la Ley de infancia aragonesa, es la superación de estos problemas mediante "la integración del menor en núcleos naturales de convivencia" y el primero es la propia familia, así pues, el primer núcleo a estudio es la propia familia y la primera alternativa a estudiar la reinserción del menor en la propia familia, primero en la nuclear y, si en esta no es posible, en la extensa. La tutela ex-lege permite el control del proceso por los equipos educativos convirtiéndose en un útil instrumento para normalizar situaciones familiares.

El control de la situación permite poner los medios adecuados para acabar con la misma, una situación de desamparo de un menor evidencia carencias familiares notables, una intervención administrativa puede contribuir a enderezar el rumbo familiar o, como poco, a enderezar el rumbo de la vida del menor si su familia no es un adecuado lugar para su desarrollo, no olvidemos el libre desarrollo de la personalidad al que tienen derecho todas las personas y al que hace específica referencia el art. 10.1 de la Constitución.

He de advertir que estoy hablando de una intervención en familia dentro de los límites del art. 172 del Código Civil que, aunque indeterminados, tienen un claro perfil. El menor debe encontrarse de hecho privado de la necesaria asistencia moral o material y ello debido al incumplimiento de los deberes de guarda por quien legalmente corresponda. Una situación que, como ya hemos dicho, basta con interpretarla literalmente pues el Código Civil restringe los casos por sí mismo a las más graves situaciones que pueda sufrir un menor sin perder la proporción del caso concreto que ha de ser debidamente apreciado por el instructor al objeto de evitar automatismos y poder aplicar correctamente la normativa.

Muy interesante para todo instructor sería tener en cuenta frases tan breves y precisas a la hora de apreciar un desamparo como la siguiente entresacada de la Sentencia de 21 de enero de 1992 de la Audiencia Provincial de Madrid cuando señala que debe apreciarse la existencia de la situación de desamparo "cuando no se lleguen a cumplir unos mínimos de atención exigidos por la conciencia social más común"[20].

La intervención administrativa no puede sustituir las libres decisiones familiares sobre la crianza de los hijos, ni sus concepciones éticas o morales, ni su orden en sus hábitos domésticos, ni sus costumbres, únicamente persigue sustituir a la familia cuando ésta, por acción o por omisión, constituye un evidente mal objetivo para el menor, y, aún así, el trabajo primero ha de centrarse en intentar recuperar a la familia.

El procedimiento administrativo acabará con la correspondiente resolución motivada que determinará la medida de protección. Dicha resolución debe ser dictada por órgano distinto del instructor, con lo cual se garantiza la mayor reflexión posible sobre la decisión.

En Aragón corresponde tal decisión a los Directores Provinciales del Instituto Aragonés de Servicios Sociales tras la atribución de la competencia en materia de menores al Instituto el año 1999 y ello de conformidad con el Decreto 79/95.

1.d. Impugnación de la declaración de desamparo

Siempre se entendió por este autor y sin perjuicio de cuanto después se señalará que la declaración de desamparo debía recurrirse en vía civil y nunca en vía contencioso-administrativa.

Ello es claro a día de hoy pues la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor así lo estableció al

20 Citada por Aurora López Azcona en "La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de declaración de desamparo". Aranzadi Civil 2001. Volumen I Primera Edición, p. 1920.

modificar el art. 172.6 del Código Civil, suprimiendo, por otra parte, el requisito de la reclamación previa en vía administrativa, y estableciendo un inadecuado procedimiento en vía civil pues su Disposición Adicional Primera 2 remitía para estas impugnaciones a las normas de la jurisdicción voluntaria.

Se pasó de entender que el procedimiento adecuado era el de menor cuantía por encontrarnos ante una resolución que afectaba a derechos derivados del estado civil, a la remisión legal a un procedimiento, jurisdicción voluntaria, propio de actuaciones en que no había contradicción de partes, procedimiento ilógico pues la contradicción se daba ab initio.

Dicho procedimiento ilógico, se aplicó en varias ocasiones durante la vigencia de la disposición legal que lo regulaba y los Juzgados de Zaragoza, experiencia a la que me ciño, le fueron dando diversas fórmulas de tramitación, pues la jurisdicción voluntaria lo permitía, admitiendo, asimismo, los Juzgados de Zaragoza la impugnación mediante juicio declarativo ordinario de menor cuantía como proceso plenario llegándose a considerar que la resolución dictada en vía de jurisdicción voluntaria no tenía fuerza de cosa juzgada.

Todo siguió así hasta que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil dio un procedimiento especialmente adecuado, pues en su art. 780 resuelve la cuestión remitiendo a un juicio rápido y suficientemente garantista cual es el juicio verbal pero establece la fundamental regla de que la Administración deberá remitir al Juzgado el expediente administrativo al objeto de dar traslado al actor para que pueda formular demanda a vista del citado expediente.

A mi entender es un gran acierto de la Ley de Enjuiciamiento Civil el haber configurado un procedimiento que resulta prácticamente idéntico al procedimiento abreviado de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y en el que se le da una importancia capital al expediente administrativo pues se requiere para

formular demanda y, evidentemente, se va a tener en cuenta a la hora de dictar resolución.

El enjuiciamiento civil se va a centrar en el fondo de la cuestión pues las cuestiones de procedimiento administrativo generalmente no serán tenidas en cuenta por el Juez civil salvo que hayan vulnerado derechos no susceptibles de ulterior subsanación y todo ello en la medida en la que afecten decisivamente a los derechos de fondo que se discutan en el litigio.

A mi juicio el que la impugnación deba residenciarse ante la Jurisdicción Civil con exclusión de la reclamación previa no excluye, si el interesado así lo estima, que pueda presentar reclamación previa a la vía civil al objeto de que la Administración reconsidere su decisión. Es de tener en cuenta que no existe un plazo para acudir a la Jurisdicción Civil dado que el plazo no es otro que el del derecho de fondo, es decir el derecho a volver a ejercer la patria potestad, autoridad familiar, tutela o guarda suspendida por la declaración de desamparo.

Asimismo considero que la vía administrativa y contencioso-administrativa no se halla del todo cerrada pues puede suceder que se recurra por un problema de procedimiento, que el interesado presente recurso frente a denegación de pruebas, falta de trámite de audiencia, o, simplemente recurra la resolución final no ya en cuanto al fondo sino, por ejemplo, a falta total y absoluta de procedimiento solicitando retroacción de actuaciones.

La falta total de procedimiento o la omisión de un trámite esencial del mismo es una causa de nulidad del acto administrativo consignada en el art. 62.1.e de la Ley 30/92. Considero que el interesado puede centrar su reclamación en los vicios del acto administrativo de los arts. 62 y 63 de la Ley 30/92 y residenciar su reclamación en vía administrativa y ulterior vía contencioso-administrativa, el Juzgado contencioso podría anular el acto administrativo de declaración de desamparo que adoleciera de los vicios señalados en los precitados artículos lo que obligaría a la Admi-

nistración a retrotraer las actuaciones al momento de la comisión del vicio.

En cuanto a la legitimación para recurrir los Juzgados Civiles han sido de interpretación amplia llegando a reconocerla a los abuelos aun cuando no ostentaren ni patria potestad, ni autoridad familiar, ni tutela ni guarda alguna. Incluso en alguna ocasión se ha admitido la legitimación de los abuelos aun contra el criterio de uno de los progenitores que ostentaba la patria potestad.

A mi juicio, fuera de las personas que vean suspendidos sus derechos-deberes de guarda, habrá que estar al caso concreto a la hora de examinar la legitimación si bien parece que va a ser difícil o más bien imposible negarla a los abuelos y más aún habida cuenta su importante papel, cada vez mayor, en la educación de los nietos y la política legislativa actual respecto de los mismos[21] que ha tenido ya su plasmación en la Ley 42/2003, de 21 de noviembre que no hace, por otra parte, sino reconocer una realidad social dado que en numerosas familias jóvenes y no ya tan jóvenes, se pueden tener hijos y educarlos correctamente gracias a la actuación activa de los abuelos.

En cuanto a la discusión de fondo, evidentemente es la concurrencia o no de la situación de desamparo en el caso concreto. Si la impugnación del desamparo es inmediata a su adopción no se plantea el problema de tener en cuenta la mejora de fortuna de la familia dado que el periodo de tiempo entre la adopción de la medida y su impugnación es un periodo breve.

El problema surge si la impugnación es muy posterior y esta situación se da en la mayoría de los casos pues se suele impug-

---

21 Política legislativa no exenta de críticas sobre todo en el punto a la concesión de legitimación a los abuelos para intervenir en asuntos propios del matrimonio y los hijos. En este sentido vid. "Sobre el régimen de visitas abuelos/nietos" en el número 77 (noviembre 2003) de la Revista Iuris "Buscar alternativas", María Dolores López Faraldos y Carlota Cabrera Schwartz, abogadas, así como "Apuntar las carencias", María Teresa Martín Nájera, magistrada.

nar el desamparo en el momento en que se comunica que los menores pasan a situación de acogimiento preadoptivo, en ese momento se impugna absolutamente todo, todas las resoluciones administrativas y, sobre todo, la que ha servido de base a la actuación administrativa, la que ha dado lugar a la tutela de los menores por la Administración Pública.

Entonces surge la diatriba de si hay que tener en cuenta o no la mejora de la posición familiar o hemos de prescindir de tal mejora en la posición de la familia. Como hemos visto, soy partidario de tener en cuenta la reversibilidad de la situación familiar durante el procedimiento administrativo para la adopción de la medida de protección (que puede ser la declaración del desamparo o no, así como la decisión, en caso de declaración de desamparo de pasar a buscar un acogimiento fuera del ámbito familiar o seguir insistiendo con la familia biológica), pero si dicho procedimiento concluye con una medida que conlleva la ruptura con el núcleo familiar ante la imposibilidad de reintegración familiar tas los esfuerzos precisos para ello, considero que ya no sería pertinente barajar en el futuro una reintegración familiar salvo, como siempre, que el interés del menor así lo aconsejare.

Dejamos apuntado el problema que trataremos con posterioridad. Únicamente indicaremos que, a la vista de que la situación de desamparo pueda ser atacada y se hunda toda la labor administrativa en relación con los menores, hay quien ha planteado diversas posibilidades para "blindarla" posibilidades que pasarían, fundamentalmente, por presentar demanda para privación de la patria potestad a los padres fundamentalmente. Esta es la actuación que se seguía en tiempos en las provincias de Huesca y Teruel no así en Zaragoza habida cuenta que el número de casos era mucho mayor y que un procedimiento de privación de patria potestad es muy complejo.

A mi juicio no es una buena solución dado que resulta tremendamente costosa y dado que el Código Civil establece, como veremos, un procedimiento más sencillo para poder proceder a

la adopción de los menores sin necesidad de privar de la patria potestad.

Lo cierto es que, como la declaración de desamparo es una decisión administrativa que no necesita para su validez confirmación judicial, siempre existe la posibilidad de que un eventual control judicial a posteriori pueda dar al traste no ya sólo con la declaración sino con las actuaciones posteriores fundadas en la misma, básicamente con el acogimiento e incluso con la adopción pues la acción para impugnar el desamparo se extingue en el momento de extinguirse el derecho de fondo (patria potestad, autoridad familiar, tutela ordinaria, o relación parental que sea como en el caso de los abuelos) lo cual sucede, si no hay privación de patria potestad o de autoridad familiar, en el momento de constitución judicial de la adopción pero hasta entonces cabe la posibilidad de acudir a los tribunales.

1.e. La retirada de los menores de sus familias

Requisito preciso para el correcto ejercicio de la tutela dado que las familias, al menos en los casos más graves, se niegan a colaborar con la Administración ante la falta por parte de las mismas del reconocimiento del problema y asunción del mismo. Dicha falta de reconocimiento y asunción del problema es lógica en muchos casos por, normalmente, una larga la convivencia con el mismo, por, en muchos casos, tratarse de familias poco acostumbradas a recibir algo agradable de la vida, y por la dureza que supone admitir la existencia de un problema que se intuye no pueda ser superado y pueda acarrear consecuencias no deseadas en caso alguno como es la pérdida de los hijos lo cual, hasta para una familia en las peores condiciones, no suele ser plato de gusto.

La autorización judicial para la entrada en domicilio, salvo que medie causa por delito, ha sido residenciada en la Jurisdicción Contencioso Administrativa a tenor del art. 8 de la Ley rituaria de dicha Jurisdicción y ello a partir de la Ley de la Jurisdic-

ción de 1998 pues con anterioridad dicho menester correspondía a los Juzgados de Instrucción en base al art. 87.2 de la redacción entonces vigente de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En este punto entiendo acertado el señalar a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa como competente frente a los Juzgados de Instrucción e incluso como alternativa a la Jurisdicción Civil dado que se trata, no de entrar en un enjuiciamiento del acto que se ejecuta, sino de realizar una análisis legal de las formas externas de la actuación administrativa, competencia y procedimiento, con el fin de salvaguardar la inviolabilidad del domicilio sin impedir el ejercicio de las potestades administrativas pues éstas se basan en el interés general (art. 103 de la Constitución) y, en el caso que nos ocupa en el interés del menor. De hecho así lo ha establecido la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional al hablar, con carácter general, de las autorizaciones de entrada en domicilio[22]:

Así la STC 144/1987, de 23 de septiembre, señala:

> «El Juez de Instrucción actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que requiere efectivamente la entrada en él la ejecución de un acto que prima facie» parece dictado por autoridad competente en el ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa interrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta (o de otros derechos fundamentales de los ocupantes) que aquellas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa»

En base a todo lo anterior sigo entendiendo que es buena solución la de atribuir esta competencia a una Jurisdicción especializada como es la Contencioso-Administrativa[23].

---

22 La cita jurisprudencial es de la obra citada de Aurora López Azcona, p. 1938.

23 Discrepo de la conclusión del documentado y riguroso estudio de la profesora López Azcona antes citado en cuanto a la preferencia entre el Juzgado de lo Contencioso-

La jurisdicción contenciosa ha venido exigiendo el cumplimiento de una serie de requisitos formales para acceder a la petición: remisión de expediente y resolución de declaración de desamparo, en cualquier caso se ha venido solicitando que en informe técnico consten claramente los motivos de la intervención así como la expresa negativa de los padres a la entrada en domicilio o las razones que aconsejan no avisar a los padres al respecto, razones que se cifran básicamente en evitar la huida de la familia con el menor.

Habida cuenta la necesaria notificación a los padres o guardadores de la asunción del desamparo por la Administración y las evidentes posibilidades de fuga u ocultación de los menores, el art. 172 del Código Civil en su párrafo 1 prevé la notificación presencial respecto de la cual se ha juzgado posible y necesaria en muchos casos que se efectúe en el momento de la retirada de los menores, el Juzgado, al efecto de autorizar la entrada, únicamente suele exigir que se justifique que en el caso concreto es precisa dicha notificación presencial y qué riesgos entraña la notificación ordinaria dispensando, si vistas las circunstancias lo considera adecuado, la notificación previa a la entrada. Es preciso acreditar circunstancias extraordinarias que conlleven necesariamente la aplicación de la notificación presencial.

Administrativo o el Juzgado Civil. La profesora López Azcona llega a la conclusión que "de lege ferenda" sería plausible un cambio de Jurisdicción pasando la cuestión a la Jurisdicción Civil (Reflexión Final del estudio) y ello basado en poderosas razones. A mi juicio el Juez Civil carece de la necesaria especialización para examinar la legalidad de las formas extrínsecas del acto administrativo así como para examinar la competencia del órgano resolutor. Un Juez Civil es el idóneo para el fondo de la cuestión pero entiendo que no lo sería tanto para esta cuestión meramente incidental si bien fundamental para el ejercicio de la tutela. Esto no obstante es de tener en cuenta dónde ponemos el acento si en el examen del cumplimiento de los requisitos procedimentales o en el fondo de la actuación, considero que es una medida incidental y que es más adecuado un Juez especialista en Derecho Administrativo, esto no obstante es de tener muy en cuenta la opinión de la profesora López Azcona dado que la mayor sensibilidad en la materia de fondo la tendrá el Juez de Familia o de Primera Instancia. En cualquier caso, cualquiera de las soluciones es preferible a mantener la competencia en los Juzgados de Instrucción salvo, naturalmente, que medie causa por delito en cuyo caso la competencia de éstos es absolutamente indiscutible.

Esto no obstante, y aun en el caso de una declaración de desamparo adoptada con carácter cautelar, los padres tendrán noticia de la tramitación del procedimiento, y tal circunstancia deberá constar acreditada en el expediente que se aporte al Juzgado dado que para la adopción de cualquier medida la Administración habrá tenido que tomar datos concretos y relevantes de la situación y habrán tenido que actuar los servicios sociales.

Preciso es señalar, antes de continuar, que cuando me refiero en general a la actuación de los Juzgados me baso en mi propia experiencia lo cual no excluye una actuación contraria seguida generalmente por algún Juzgado o alguna excepción a esta práctica que yo considero más bien general.

Frente a la resolución del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo cabe apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la respectiva Comunidad Autónoma, recurso, a mi juicio, carente de sentido pues si se anula la entrada ya efectuada ¿se va a condenar a la Administración a la entrega de los menores cuando tiene la legítima tutela de los mismos cuestión de fondo que sólo puede ser atacada en vía civil?

La entrada y retirada de los menores plantea uno de los momentos más difíciles, tensos y delicados, el momento de la ruptura familiar. Exige profesionales especialmente cualificados tanto por parte de la Administración actuante como por parte de la policía.

No obstante es también en este momento cuando, en algunos casos, se evidencia la debilidad de la poderosa Administración pues ha habido familias que, mediante el uso de la propia fuerza, han conseguido abortar la operación y han logrado que la Administración no intervenga y ello para evitar un mal mayor como que los propios padres pudieran causar daños a los menores antes de entregarlos a los funcionarios. Sin embargo este tipo de actuaciones han dado lugar a efectos indeseables pues ha lle-

gado a suceder que la Administración no ha retirado al menor, ha desistido de tal intento y, sin embargo, ha mantenido la resolución de desamparo habida cuenta que concurrían los requisitos, y, en este interin, el menor ha delinquido bajo el influjo de su familia viéndose la Administración, como tutora, demandada en una pieza de responsabilidad civil derivada de expediente de reforma seguido contra el menor en cuestión.

Considero no justificable la actuación de la Administración en estos supuestos pues, si se intenta la entrada una vez hay que perseverar hasta el fin; esto no obstante es de señalar que la Administración autonómica aragonesa carece de competencias en materia de policía autonómica, con lo cual depende la las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que obedecen a sus mandos naturales y, salvo especial insistencia de éstos, no van a tener la misma eficacia en estos asuntos que una propia policía autonómica. No pretendo con esto reivindicar una policía autonómica sino únicamente dejar sentada una reflexión sobre la utilidad de determinadas competencias que, asumidas unánimemente por las Cortes de Aragón en la propuesta de Reforma Estatutaria que culminó con la Reforma de 1996, fueron desestimadas por las Cortes Generales por no añadir nada, según se llegó a decir, a la Autonomía aragonesa.

La huida de los menores también ha evidenciado un nuevo fenómeno que afecta a las Autonomías ¿qué sucede si un menor tutelado en Aragón se fuga a Valencia por ejemplo? La única solución es cesar la tutela y dar traslado de copia auténtica del expediente a la Generalitat Valenciana a efectos de que incoe el correspondiente procedimiento si así lo estima oportuno. La Generalitat no va a ejecutar una resolución adoptada en Aragón habida cuenta que debe apreciar por sí misma si el menor se halla en desamparo en Valencia o se encuentra en una nueva situación que no permite ser calificada de desamparo, a tal efecto le será muy útil disponer de una copia completa del expediente aragonés del menor.

El peregrinaje de los menores y sus familias por las Comunidades Autónomas es uno de los mayores problemas a que asistimos hoy en día pues es una manera de saltar la efectividad de las medidas de protección acordada por la entidad pública de cada territorio. Esta cuestión es especialmente grave en el caso de los menores no acompañados que trataremos posteriormente. En opinión de Pablo Rodríguez Hoyos, Jefe de Servicio de Protección a la Infancia de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León, "La descoordinación nacional entre Departamentos e Instituciones que intervienen en la situación de los menores no acompañados es manifiesta y se está detectando cada vez que abordamos un aspecto de todo este asunto"[24].

Denuncia la descoordinación entre Instituciones nacionales y autonómicas en un punto muy concreto y preocupante cual es el de los menores extranjeros no acompañados pero lo cierto es que dicha descoordinación, si bien con repercusiones menos graves, existe también respecto de menores nacionales si bien es también cierto que se van haciendo esfuerzos en coordinar actuaciones y que las nuevas tecnologías tienen parte en todo esto.

Como vemos es difícil en muchos casos hacerse cargo de la tutela efectiva y sólo cuando la Administración consigue tener al menor en uno de sus centros de protección, bien propio bien concertado o conveniado, comienza el efectivo ejercicio de la tutela por la Comunidad Autónoma, en el caso que nos ocupa, a través del IASS.

Por último indicaremos que, aun cuando nos parezca más acertada la sustitución de los Juzgados de Instrucción por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo puede pensarse que a nivel de urgencia en la ejecución de la actuación administrativa no es tan operativa pues los Juzgados de Instrucción cuentan con

---

24 Pablo Rodríguez Hoyos en su artículo "Menores extranjeros no acompañados" de la obra colectiva "Aspectos Jurídicos de la Protección del Menor", Coordinado por Ignacio Sáenz Hidalgo. Edita. Junta de Castilla y León, 2001, p. 288.

la guardia no contando con Juzgado de guardia el resto de órdenes jurisdiccionales.

Esto sin embrago es matizable pues si se sospecha de la comisión de un delito en relación con los menores siempre se puede acudir al Juzgado de Instrucción en funciones de guardia pues las cuestiones penales siempre son preferentes. Ahora bien, fuera de estos casos la previsión administrativa ha de aguzarse y contar con que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no resolverá en el mismo día en que se solicita la entrada. Esto no obstante, en mi experiencia el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia salvo prueba de posible delito o urgencia palmaria con peligro real para el menor no actuaba inmediatamente y remitía la solicitud de entrada a reparto entre los Juzgados de Instrucción, y el Juzgado que se hacía cargo del asunto resolvía en el momento en que procedimentalmente correspondía.

1.f. El desamparo de los menores extranjeros no acompañados

Habida cuenta la especial problemática que se plantea en relación con estos menores he creído conveniente independizar su estudio como último apartado de esta Sección[25].

Dos son, por simplificar, las posturas que se enfrentan en la cuestión:

1— Considerar al menor extranjero no acompañado como en clara situación de desamparo.

---

25 Pablo Rodríguez Hoyos, op. cit., alerta sobre el incremento producido en la inmigración de menores no acompañados, señala la, a su juicio, descoordinación administrativa en la materia, y traza una perspectiva, ciertamente sombría, desde su experiencia profesional, si bien concluye realizando interesantes propuestas dignas de ser tenidas en cuenta. Asimismo es muy interesante e ilustrativa la lectura del artículo "Delincuencia Juvenil y Movimientos Migratorios" de Alfonso Serrano Gómez, Profesor Titular de Derecho Penal y Criminología de la UNED publicado en la Monografía V de la Revista Aragonesa de la Administración Pública dedicada a "El nuevo Derecho Penal Juvenil Español" y coordinada por el Catedrático de Derecho Penal de la facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza Miguel Angel Boldova Pasamar (año 2002).

2— Considerar que a partir de los dieciséis años se trata de un menor emancipado por vida independiente, lo cual, excluiría que fuera considerado en desamparo.

Evidentemente expongo las dos posturas de un modo muy simple pues el problema es más complicado.

En primer término surge la cuestión de la edad de los sujetos inmigrantes. En numerosos casos es imposible determinar la edad de los mismos por la escasa documentación con que cuentan, si es que cuentan con alguna, así como por la falta de información oficial del país de origen.

Este problema ha sido ya señalado en numerosas publicaciones y estudios, problema que tiene escasa solución pues únicamente cabe acudir a la pericia forense para la determinación de la edad con el margen de riesgo que ello conlleva[26].

Las pruebas óseas, que no son totalmente fiables por no corresponder el crecimiento y desarrollo anatómico de los menores inmigrantes con las pautas correspondientes a los menores europeos occidentales, se complementan con otras pruebas: dentales, radiológicas, etc... pero subsiste el margen de error.

En cualquier caso, y dado que hay que determinar la edad, habrá que estar al dictamen forense de no tener documentación fehaciente que acredite la edad. Es decir, habrá que asumir la posibilidad del error y, caso de que se demuestre que el menor era mayor, decaerán las medidas adoptadas en consideración a la edad.

Pues bien, y aparte del insoluble problema de la determinación de la edad, la Fiscalía General del Estado ha tratado el tema

---

26 Pablo Rodríguez Hoyos, op. cit, p. 285, pp. 289 y ss., apunta algunas soluciones no ya a la datación de la edad sino a un problema que parece más impensable: la duplicidad de identidades, recurso muy utilizado por los delincuentes juveniles. El citado autor propone un registro especial en la policía con ficha policial y huella dactilar centralizado y con autorización expresa del Ministerio Fiscal. Señala que tal sistema se venía usando por los Mossos d'Escuadra en Cataluña con autorización de la Fiscalía y en presencia de un funcionario de protección de menores. Desconocemos si desde la fecha de dicha publicación (2001) el sistema se ha generalizado o ha dejado de utilizarse.

de los menores extranjeros, y, separándose del criterio sentado en la Circular 3/2001 sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería, se pronunció en la Instrucción número 3/2003, de 23 de octubre, 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[27].

El Ministerio Público parte en la Instrucción citada de que "la declaración de desamparo nunca es automática" y efectivamente es así pues ha de apreciarse por la Administración Pública competente atendidas las circunstancias. Asimismo coincido con la instrucción que "no basta la constancia actual de una situación de desprotección para que ésta lleve inexorablemente al desamparo". Es decir, coincido con el Ministerio Fiscal que no todo menor extranjero que se halle no acompañado en nuestro país se encuentra en efectiva situación de desamparo. Ante la detección de la situación, no obstante, tampoco se puede actuar como si fuera un menor cualquiera pues es de considerar que, en principio, no tiene familia en nuestro país y que no conoce el medio en que se mueve, ello puede, o más bien debe, llevar a la adopción de la declaración desamparo como medida cautelar si efectivamente el menor se halla en evidente situación de desprotección, ulteriormente se verá si la declaración de desamparo, es decir, la tutela ex lege, ha de cesar o ha de mantenerse y por cuanto tiempo una vez estudiada completamente la situación del menor y las alternativas a la misma y, fundamentalmente, si tiene familia que pueda hacerse cargo del mismo.

Consideramos que, si bien quizá sea precipitado declarar el desamparo y asumir la tutela ex lege como medida definitiva, no

27 El texto íntegro puede consultarse en el suplemento al número 1960, de 1 de marzo de 2004, del Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Por otra parte, como señalamos, esta Instrucción se separó de los criterios mantenidos por la Circular 3/2001, de 21 de diciembre, relativa a la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, suplemento al número 1912, de 1 de marzo de 2002), Circular cuya doctrina sobre la cuestión puede suscribirse sin ningún tipo de duda pues la polémica teoría sobre la emancipación por vida independiente surge en la Instrucción 3/2003.

lo es el acordarlo cautelarmente en espera de un estudio más detallado de la situación de un menor que puede ser absolutamente desconocida, partiendo del dato de su propia edad.

Es de tener en cuenta una problemática que claramente señala Pablo Rodríguez Hoyos[28] cual es que se podrían clasificar estos menores extranjeros en:

1— Menores con cierto nivel de educación que vienen a ganar su sustento y que necesitan para ello documentación y trabajo.

2— Menores de la calle que ya lo son en su país y se caracterizan por estar desescolarizados tempranamente, haber roto los vínculos familiares y no someterse a autoridad alguna.

3— Menores inmersos en redes delictivas que suelen utilizar la picaresca ante la falta de coordinación de las Administraciones para engañar y aprovecharse de los recursos que las mismas poseen para su conveniencia y que viven de su propia actuación delictiva.

Es decir, habrá que ser cautos para que la actuación de la Administración Pública no sirva sino para dar cobertura a menores delincuentes o menores sin intención alguna de integración social, dicha cautela podrá ser inicial o bien mantenerse a lo largo de toda la actuación pero lo cierto es que no es asumible que la Administración, constatada la imposibilidad de inserción honrada de uno de estos menores en nuestra sociedad, siga teniéndolo bajo el paraguas de su protección. Cierto que ello sucede con los menores españoles tutelados por la Administración por su situación de desamparo pero la cuestión es hasta qué punto hemos de seguir la misma actuación con menores no nacionales o si estamos equivocados manteniendo bajo tutela a menores, sean de la nacionalidad que sean que son refractarios al sistema de protección e incluso al de reforma.

Es el eterno debate de si el menor delincuente es un menor desamparado por cuanto la actuación delictiva es manifestación

28 Pablo Rodríguez Hoyos, obra colectiva citada.

de una clara situación de desamparo o no lo es. Entendemos que no cabe ser categórico en la materia pero que es muy de tener en cuenta en el caso concreto la situación efectiva de desprotección en primer término y, a lo largo de la intervención, las posibilidades de reinserción y la voluntad coincidente o no coincidente del sujeto pues resultaría poco asumible, como igualmente poco asumible es respecto de menores españoles, la utilización de la Administración Pública como plataforma para delinquir.

El Ministerio Fiscal continúa en la precitada Instrucción su línea de razonamiento señalando que "La menor edad sin asistencia no es igual a desamparo", este es el punto de la discordia, el desarrollo de esta idea ha sido criticado , entre otros, por Pablo Alvarez López Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha[29]. Ciertamente la Instrucción del Ministerio Público se halla condicionada con la problemática de la inmigración masiva que sufre nuestro país y con la inexistencia de plazas en las Comunidades Autónomas del sur de España (es significativo que como en su estudio sobre el desamparo cite la Ley andaluza 1/1998, de los Derechos y la Atención del Menor) para atender a todos los menores inmigrantes ilegales en nuestro país.

No nos resistimos a copiar literalmente las argumentaciones al respecto del Ministerio Público pues son fruto de una reflexión muy consciente y ,como decimos, muy condicionada, del problema social existente:

> "Conforme al razonamiento del anterior apartado, el desamparo se fundamenta en situaciones de hecho de muy difícil concreción legal, razón por la que el art. 172.1 Cc ofrece

29 Pablo Alvarez López Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha en su interesante artículo "La concesión de la autorización de residencia a menores extranjeros no acompañados. Comentario a varias Sentencias del TSJ de Castilla la Mancha" publicado en el nº 17 de la Actualidad Administrativa La Ley, Primera quincena de octubre de 2004, realiza una exégesis de la Instrucción desde el punto de vista de un jurista de la entidad pública competente, exégesis que compartimos en su totalidad.

un concepto de desamparo lo suficientemente amplio y flexible como para abarcar la diversidad de supuestos que se nos puedan presentar. Dice el art. 172 Cc que "se considera situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

En esta definición legal se pueden distinguir claramente dos elementos: un elemento objetivo, el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, y otro subjetivo, la falta de asistencia moral o material que sufre el menor de edad.

La concurrencia de ambos presupuestos en cada caso concreto es imprescindible para que resulte jurídicamente viable una declaración administrativa de desamparo, de ahí que el mayor de dieciséis años que vive de forma independiente, como contempla y permite el artículo 319 Cc, sin recibir la asistencia moral y material inherente a la patria potestad (elemento subjetivo) no pueda considerarse técnicamente desamparado. Y a la inversa, podemos encontrar situaciones de desamparo en el marco de relaciones paternofiliales, de tutela o guarda, cuando las personas que las tengan atribuidas se muestren incapaces física, moral o económicamente de cumplir con sus deberes legales de asistencia (elemento objetivo).

Parece claro, pues, que del mismo modo que el absentismo escolar no siempre da lugar a una declaración de desamparo, tampoco hay por qué caer en el automatismo a la hora de entender desamparados a todos los extranjeros menores de 18 años que, sin familia, intentan acceder a España. No faltarán casos en que estos menores sean empujados y alentados a emigrar por su propia familia, que obviamente no aspira a su retorno, ni los reclama, puesto que su deseo no es "velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentar-

los, educarlos y procurarles una formación integral" (art. 154.1º Cc) sino que continúen en el extranjero con la esperanza que consigan un trabajo con el que puedan ayudarles a mejorar sus precarias condiciones de vida.

Los efectos de este automatismo pueden llegar a ser más nocivos que el mal que se pretende evitar. El inabarcable número de menores que cruzan la frontera subrepticiamente está generando el indeseable efecto de que los centros de protección españoles no atienden a las expectativas vitales del emigrante menor de edad. A menudo los menores extranjeros se sienten engañados, desconfían de la atención que se les presta, entienden el ingreso en el centro de protección como una especie de sanción privativa de libertad, una amenaza para su estancia en España y una pérdida de tiempo, por lo que se fugan nada más ser ingresados, adentrándose en un submundo donde abunda la marginación social y la delincuencia.

En definitiva no es cierto —como se ha expuesto supra— que todos los extranjeros menores de 18 años de edad que se encuentran en España sin el referente de una persona adulta se hallen en situación de desamparo, y tampoco lo es que la legislación española de extranjería prohíba el retorno o devolución de los mismos. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley de Extranjería, los extranjeros menores de edad que sean interceptados por las autoridades españolas en el acto de entrada ilegal a España, salvo que se aprecie en ellos una especial situación de desamparo, deben ser retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. Si el retorno fuera a demorarse más de veinticuatro horas, la autoridad gubernativa lo comunicará al Fiscal de Menores quien, dentro de las cuarenta y ocho horas de la detención se dirigirá al Juez de Menores competente para que autorice el internamiento en el centro de menores que designe la correspondiente Comunidad Autónoma (art.

45 y 46 Ley Orgánica 5/2000) hasta que llegue el momento del retorno."

Pues bien, a mi juicio, y aun coincidiendo en varias de las apreciaciones del Ministerio Fiscal considero que la tesis que dimana de esta Instrucción es excesivamente restrictiva de los derechos de los menores, es más, se pasa a un automatismo a mi juicio muy pernicioso, así en sus conclusiones señala:

"1ª Salvo prueba en contrario (art. 281.2 LEC) , los extranjeros mayores de dieciséis años que viven independientes de sus padres y con el consentimiento de éstos (art. 319 Cc), tiene capacidad para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad (art.323 Cc)."

Parte del automatismo de una presunción que conlleva una expulsión rápida salvo prueba en contrario, en menos de 48 horas. Considero que el Ministerio Fiscal realiza consideraciones acertadas en cuanto a que no es posible apreciar con carácter automático la situación de desamparo pero considero que prescinde del aspecto social de la cuestión centrándose sobremanera en el problema de la masificación de los centros de protección.

A mi juicio la Instrucción parte de algún que otro error de concepto cual es, por ejemplo, el calificar la privación de asistencia moral o material como elemento subjetivo del concepto de desamparo ¿por qué subjetivo? Parece desprenderse con claridad de la Instrucción que es porque la asistencia la prestan los padres, lo que no contempla la Instrucción es que la carencia la sufren los hijos de un modo real no subjetivo, incluso la inasistencia moral es algo puramente objetivable y no de apreciación subjetiva. Entendemos que la situación de hecho en que consiste el desamparo es un menor privado de la necesaria asistencia moral o material y la causa es el incumplimiento o el imposible o el inadecuado ejercicio por quien tiene la guarda sobre el mismo.

Esto no obstante sí que puede darse el caso de un menor privado de la necesaria asistencia moral o material por sus padres

o guardadores pero que por la edad ya no precise de ella por ser autónomo y autosuficiente y, por ello no estar privado de la necesaria asistencia moral o material dado que para él ya no es tan necesaria.

La autonomía personal se da cuando la persona es materialmente autosuficiente y moralmente madura para adoptar sus decisiones de vida de un modo responsable, ese tipo de menores son menores no susceptibles de ser declarados en desamparo sean nacionales o extranjeros. Además es de señalar que la autonomía personal es uno de los objetivos con los que se trabaja en la Administración para la reinserción de los menores tutelados en la sociedad (art. 46 de la Ley de Infancia aragonesa).

El Ministerio Fiscal, en la Instrucción que examinamos, parte de un planteamiento absolutamente negativo de los menores extranjeros y más negativo aún si cabe sus familias, incluso implícitamente y sin querer analiza de modo crítico el que las familias los manden a España para mejorar su precaria calidad de vida. Lo cierto es que el hecho de que un menor venga a España para coadyuvar a salvar a su familia de la miseria es algo objetivamente bueno y laudable, el mundo es de todos y, evidentemente, el menor viene al primer mundo con ganas de salir él y su familia del tercero, y que la familia, probablemente con bastante dolor, tenga que tomar la decisión de que venga a España. Otra cuestión es el delincuente habitual pero hemos de partir de la buena fe ya que, a tenor del art. 434 del Código Civil (si bien en sede de posesión) la buena fe se presume siempre y al que afirma la mala fe corresponde la prueba.

Así habría que dar la vuela a la conclusión del Ministerio Fiscal: se presume que un menor no acompañado que se halle en España se encuentra en situación de desamparo, si bien, una vez adoptadas las investigaciones necesarios e incluso las medidas de protección que fueren precisas, se deberá analizar la cuestión para comprobar si estamos ante un menor desamparado o ante un

menor de vida independiente que, por su edad y circunstancias puede considerarse técnicamente emancipado. Ahora bien, este criterio ha de ser el mismo para los nacionales mutatis mutandis, con lo cual, se ve justificada la actuación de la Administración de levantar el desamparo de aquellos menores que viven con independencia incluso cuando sea con métodos delictivos. Y volvemos al debate de si el delito es consecuencia del desamparo o algo independiente y propio de personalidades endurecidas que no necesitan ningún tipo de asistencia moral o material, pues bien, habrá que estar al caso concreto tanto para nacionales como para extranjeros.

Cuando decimos "mutatis mutandis" queremos indicar que, respecto de un menor nacional las posibilidades de conocer su vida, soluciones para su vida y problemática de prever su respuesta son mayores, con lo cual el declararlo en desamparo cautelarmente debe ser una medida más restrictiva, respecto de un menor extranjero no acompañado y del que no conocemos nada sí que cabe, a mi juicio, adoptar la declaración de desamparo de una manera menos restrictiva y tiene menos riesgo el levantarla por no haber tenido conocimiento de diversas circunstancias que acreditaban que el menor no estaba desamparado. Por otra parte, respecto de los menores nacionales de vida independiente y asocial cabría mantener la declaración de desamparo y tutela ex lege a la espera de reconducirlos con su familia siquiera sea la extensa; respecto de los menores extranjeros cabría mantenerla a efectos de una repatriación pero esta cuestión es más difícil y la complicación de insertarlos en un núcleo familiar conlleva desesperación por parte del menor, por otra parte es mucho más probable que el menor extranjero no acompañado no tenga ningún deseo de ser integrado en una familia que el menor nacional de vida independiente y asocial.

En este punto, y respecto a los criterios y fundamentos de la precitada Instrucción del Ministerio Fiscal en torno a la ley aplicable, señalaremos que algunos autores como Alberto Carrió

Sampedro[30] parten de que la emancipación ha de juzgarse con arreglo a la Ley personal del menor (art. 9.1 del Código Civil) lo cual tira por tierra la tesis de la Instrucción. A mi juicio es de tener en cuenta también el art. 9.6 del Código Civil que establece la aplicación de la ley española a los menores que se hallen abandonados en territorio español, así pues con arreglo a la Ley española podremos determinar si se les puede declarar en desamparo o no y un obstáculo para declararlos en desamparo es que lleven vida independiente, es decir, funcionen como los menores españoles emancipados si a un menor español emancipado no se le tutelaría por la Administración considero que tampoco a un menor extranjero que se halle en nuestro país y con total independencia de su ley personal pues entiendo que prima la normativa nacional sobre protección de menores respecto de los menores no acompañados, abandonados (art. 9.6 del Código Civil) sin que abandono sea sinónimo de desamparo, en nuestro territorio.

Sobre la aplicación de la ley personal de los menores la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado sobre extranjería establece:

> "En tales casos (menores acompañados pero en posible situación de desamparo) así como en todos aquellos en que se localice a un menor abandonado o no acompañado, ninguna relevancia tiene cuál sea la ley personal del menor, ya que la citada Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que contempla expresamente como medida de protección la asunción de la tutela exlege en los casos de desamparo (art. 12.1), es aplicable a todos los menores que se encuentren en territorio español, independientemente de su nacionalidad (art.1); asimismo el párrafo tercero del artículo 9.6 Cc establece claramente que es aplicable la ley española

30 Alberto Carrió Sampedro, "La actitud de la Fiscalía General del Estado ante la protección jurídica del menor extranjero. Consideración crítica de la Instrucción 3/2003", Diario La Ley 23 de abril de 2004.

para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español. En idéntico sentido, el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores (ratificado por España el 22 de mayo de 1987) establece que las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado de residencia habitual del menor serán competentes para adoptar medidas encaminadas a proteger su persona o sus bienes (art.1), y que adoptarán las medidas previstas por su ley interna...".

Compartimos el punto de vista de la Fiscalía sobre la aplicación de la ley personal del menor. Esta Circular es la de la que se separa el Ministerio Fiscal en la Instrucción precitada, pero pese a lo señalado respecto de la aplicación de la ley del Estado de residencia, indica a renglón seguido en el mismo punto 4 de dicho texto:

"En todos aquellos casos en que se acredite la existencia de un menor extranjero en la situación de desamparo anteriormente descrita, deberá ser puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores. Cabe preguntarse sin embargo, si es posible considerar emancipado a un menor de dieciocho años en virtud de una causa diversa de la mayor edad. Es preciso recordar aquí nuevamente que la capacidad y el estado civil se rigen por la ley nacional del sujeto y que no cabe, por tanto, considerar sin más como emancipado —extrapolando las normas de nuestro Código Civil— al menor extranjero que vive independientemente con el consentimiento paterno (art. 319 Cc) , emancipación que además —aparte de la dificultad que habría para probar tal consentimiento— resulta extremadamente precaria por la posibilidad que tienen los padres de revocar el consentimiento en cualquier momento. Por ello, en tanto no se pueda acreditar fehacientemente la emancipación del extran-

jero menor de dieciocho años conforme a su ley personal, habrá que reputarlo menor a todos los efectos."

No comparto esta última doctrina, a mi juicio, hay que partir de la situación de los menores en nuestro territorio y si se hallan o no privados de la necesaria asistencia moral o material. Hay que tener en cuenta que la aplicación de la ley personal no sólo es para considerar si se puede entender emancipado o no a un menor y en caso de duda tenerlo como menor sino que rige en sentido contrario también, es decir, si nos consta que en un país se adquiere la mayoría de edad antes de los dieciocho años o por matrimonio a partir de los doce o los catorce habrá que respetar esa situación y tener a esas personas como mayores sin poderles aplicar las normas de protección aun cuando en nuestro territorio se encuentren desvalidos.

Visto lo anterior considero inexcusable partir del criterio de que estamos en una actuación de protección y que la mayoría de edad es la española: dieciocho años, podría darse el caso de que en otras culturas la mayoría de edad fuera a los veintiún años, por ejemplo, en tal caso ¿hemos de tutelar a quienes no son menores según nuestra normativa?, no me parece razonable podría entenderse que estamos ante una ley extranjera contraria al orden público nacional (art. 12.3 del Cc), es de tener en cuenta que la mayoría de edad no es sólo recogida en el Código Civil sino también en la Constitución. Otra cuestión es que según el estatuto personal, como ya hemos indicado, se sea mayor de edad antes de los dieciocho años, en este caso, del que tenemos ejemplos en nuestro Derecho como el menor aragonés casado o los emancipados, ¿hemos de dejar de aplicar la normativa de protección ante un claro caso de desprotección?, si nos remitimos a los casos en los que en España se es mayor de edad o emancipado antes de los dieciocho años la respuesta sería que sí, sin embargo la cuestión no es tan sencilla.

Y no es tan sencilla por cuanto que para casarse un menor en España (caso del menor aragonés que adquiere la mayoría por casamiento, o del menor español que se emancipa por casamiento)

es examinado sobre su capacidad en un expediente tramitado por el Registro Civil, y la emancipación por causa distinta de matrimonio se consigue a través de ciertos procedimientos salvo la emancipación por vida independiente en la que, no obstante, deben de estar de acuerdo los padres y el menor y éste ha de tener vida independiente. En el caso de los menores extranjeros no acompañados ¿sabemos algo más que su edad cuando la conocemos y que el frío dato de su estatuto personal para el caso de que conozcamos su lugar de origen?. En mi experiencia no sabemos casi nada, podemos saber su origen y si según su país tiene mayoría de edad o no a una determinada edad cronológica pero me parece desproporcionado aplicar su estatuto personal sin más pues estamos ante protección de menores y, para el que haya pensado que la cita del art. 12.3 del Cc era un poco excesiva, a mi juicio esta materia sí que es de orden público y no podemos hacer prevalecer el estatuto personal del menor sin más sobre una evidente situación de desprotección.

Como digo el caso del español es muy otro y aun cuando se parte de que todos los menores han de recibir el mismo trato lo cierto es que el menor español mayor de edad (caso del aragonés casado) ha sido examinado en su capacidad y ha accedido a la mayoría de edad voluntariamente y con todo lo que ello conlleva, lo mismo que los emancipados pero, respecto de los menores extranjeros no acompañados me parece un tanto frío hablar del consentimiento paterno, de su posible revocación, etc...no olvidemos que muchos de ellos vienen en pateras.

A mi juicio el tener en cuenta la ley territorial para la aplicación de las medidas de protección y la ley personal para apreciar la emancipación, mayoría de edad, etc... por más que tenga su fundamento jurídico puede llegar a evidenciarse como algo perverso en el caso de los menores no acompañados que se hallen en España. El estatuto personal de dichos menores puede llegar a hacer ineficaz el sistema de protección del Derecho español en perjuicio de los citados menores.

Como señalé en otra ocasión comprendo que la fundamentación jurídica de la tesis de la aplicación del estatuto personal del menor puede entenderse jurídicamente correcta pero, a mi juicio, cuando entra en conflicto con el interés del menor y puede desequilibrar el sistema de protección debería prevalecer éste sobre aquella ley personal, en cualquier caso para esto habrá que estar al caso concreto, tener en cuenta todos los factores en concurso y el interés superior del menor, pues quizá una generalización de esta postura podría ser también negativa.

En cualquier caso debería abordarse, de lege ferenda, la situación de estos menores de un modo más completo que el puramente administrativo y atajar la cuestión de la aplicación de su ley personal pues resulta absurdo que les siga vinculando automáticamente cuando han renunciado a su país de origen con la intención de integrarse en el nuestro y dicha ley no les es de utilidad alguna.

Entiendo que, como en el caso de la posible vigencia territorial de la normativa aragonesa posibilidad a la que hicimos referencia al comienzo de este libro, entro en unas tesis en cierto modo contrarias a la normativa en vigor, contrarias siempre que no se tenga muy en cuenta como criterio interpretativo el interés del menor que, de no llegar a una convicción de poder dar lugar a una interpretación en pro de la aplicación territorial de la normativa incluida la tocante al estatuto personal cuando la ley personal pudiere perjudicar medidas de protección necesarias para el menor, debería llevar a la reflexión de la necesidad de futuros cambios o adaptaciones normativas. A mi juicio la protección a la infancia requiere cambio de planteamientos y soluciones imaginativas.

Por otra parte y en cuanto a la inmediata repatriación del menor que señala la Instrucción estamos con nuestro compañero de Castilla La Mancha[31] cuando indica examinando la normativa de extranjería y teniendo presente la precitada Instrucción:

---

31 Pablo Álvarez López, op cit.

"La máxima vulneración de los derechos de los menores extranjeros no acompañados se va a producir cuando se proceda a su repatriación sin antes tramitarse ningún procedimiento que al menos garantice unos derechos mínimos al menor."

Pues bien, generó tal controversia entre el Ministerio Fiscal esta parte de la Instrucción que, según se me comentó por miembros de la carrera Fiscal, en la práctica se paralizó su puesta en marcha, y la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado la dejó sin efecto. La citada instrucción 6/2004 establece que debe considerarse menor a todo extranjero menr de 18 años salvo que se pruebe su emancipación con arreglo a su Ley personal. Se establece además en la citada Instrucción en principio de interpretación y actuación a favor del menor en caso de indocumentación y duda sobre su edad. Se retorna al espíritu anterior a la Instrucción 3/2003 quedando la citada Instrucción 3/2003 como un exponente de una manera de pensar a mi juicio peligrosa y que merece una detenida reflexión como la que le hemos dedicado. La Instrucción 6/2004, si bien tiene puntos en los que, como se ha visto en nuestra exposición, podemos tener alguna discrepancia doctrinal lo cierto es que en el fondo y sus conclusiones de valoración es, sin duda alguna, positiva sobre todo por cuanto rompe con una línea francamente negativa de doctrina e interpretación.

Es de señalar, por otra parte, y para concluir con un rasgo chocante, que la citada Instrucción 3/2003 venía a atribuir competencias al Juez de Menores en un asunto en el que no había delito alguno en principio, curiosa atribución de competencias efectuada por una Instrucción del Ministerio Público sin asiento alguno en la normativa procesal vigente[32].

---

32 Pablo Álvarez López, op cit, llega a la conclusión que la Instrucción contraviene lo dispuesto en el art. 97 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que define las competencias de los Juzgados de Menores refiriéndolas a "los menores que hubieran incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes".

En definitiva a mi juicio no hemos de caer en la tentación de dar un régimen o trato distinto a un menor de edad extranjero no acompañado respecto de los menores nacionales o los menores extranjeros que se hallen en España con su familia, hemos de referirnos únicamente a las circunstancias de cada cual y es cierto que existe una circunstancia objetiva cual es el "arraigo" del menor en España que lo tienen los menores nacionales y aquellos cuya familia se halle establecida en nuestro país. En cuanto a los menores extranjeros no acompañados no tienen tal arraigo, con lo cual lo importante será determinar si pueden ser repatriados con su familia por cuanto es su ámbito natural de vida y donde tiene el arraigo necesario para crecer y vivir, esto no obstante, si no se descubre cuál es su familia, o se descubre que no puede hacerse cargo del menor y que éste se halla avocado a peor suerte en su país de origen que en España es cuando ha de plantearse la posibilidad de declarar el desamparo y asumir la tutela ex lege.

En una segunda fase, cuando se entiende que el menor puede ser un sujeto desamparado, es cuando habrá que ver si es un menor desamparado, que a priori es de presumir que lo es, o si existen datos que evidencian que es un menor capaz de vivir por sí mismo y absolutamente refractario a toda actuación administrativa. Evidentemente no tiene sentido el empleo de recursos públicos para ayudar a quien no quiere ser ayudado y, menos aún, a quien quiere hacer uso de los mismos para iniciar o proseguir una vida al margen de la sociedad.

No hemos de ser utópicos, existen numerosos casos de delincuentes juveniles endurecidos con los que hay poco o nada que hacer desde la Administración y respecto de los que únicamente cabe actuar desde la Justicia, aun cuando hay que tener la necesaria prudencia y no perder nunca la esperanza, en numerosos casos hay que plantearse si la actuación con algún menor no supone un empleo irresponsable de fondos públicos detrayéndolo de su empleo en casos más justificados amén de ayudar a mantener al

menor en el ejercicio de la delincuencia pues no pocos menores, como ya hemos señalado, utilizan los medios que pone a su alcance la Administración como base de subsistencia para continuar con su vida delictiva.

Insisto en que el problema es complicado pero no hemos de ser excesivamente utópicos y ha de partirse de la idea clara de que el presupuesto público es limitado y ha de gestionarse eficientemente por mandato constitucional.

2. EL EJERCICIO DE LA TUTELA POR LA ADMINISTRACIÓN

Como decimos la tutela se inicia realmente cuando el menor se halla en centro de protección dependiente de la Administración pues ese será el primer lugar de residencia del menor una vez que entre bajo esta relación de especial sujeción a la Administración Pública.

A partir de ahí comienza la ejecución de esta especial tutela que no tiene otro fin que dar una solución al menor, su fin no es el de evitar problemas al menor sino darle una solución vital que pasa por el abandono de los centros de protección a la mayor brevedad pues una institucionalización del menor hasta la mayoría de edad puede ser peor o, al menos tan grave, para su equilibrio psíquico que una situación de desamparo familiar.

2.a. Naturaleza y ejercicio de la tutela ex lege

Respecto de la tutela que "por ministerio de la ley" corresponde a la Administración los autores discrepan en torno a su naturaleza jurídica para algunos es una potestad administrativa de Derecho Público o una función administrativa de protección de menores (De Pablo Contreras, Pérez Alvarez y Alvarez Caperochipi), Eulalia Moreno Trujillo opina que "es una figura mixta, inspirada por la situación de inmediatez que reviste la actividad que atañe al menor; lo que el art. 172 Cc permite, no es la constitución automática de una tutela, sino la asunción de las funcio-

nes relativas a la esfera personal del menor, de las cuales, simultáneamente, quedarán privados los padres o tutores"[33], otros opinan que es una tutela sui generis con varias acepciones: tutela provisional, tutela de hecho[34]. Yo estoy con la opinión de la profesora María Linacero de la Fuente cuando señala:

> "En mi opinión, entre la disyuntiva de una tutela automática entendida o bien como potestad administrativa de Derecho público, o bien como verdadera tutela en conexión con las instituciones del Derecho de familia, en una primera aproximación y sin pormenorizar en los diversos argumentos doctrinales, puede esgrimirse lo siguiente:
>
> La tutela ex lege o asistencial es ciertamente una tutela de titularidad pública, sin embargo, en absoluto puede defenderse de forma tan radical como postula algún autor su carácter exclusivamente administrativo. En efecto, no olvidemos su íntima conexión con el resto de instituciones de protección de menores a las que muchas veces resulta abocada (vgr. Acogimiento y adopción), amén de su ubicación sistemática en los arts. 222, 229 y 234 del Cc en sede de tutela"[35].

Yo iría más allá incluso, a mi juicio es una verdadera tutela, lo que sucede es que es una tutela que no es de constitución judicial y ello conlleva ciertas especialidades en su constitución y extinción, esto no obstante, durante el ejercicio de la tutela , a mi juicio, es una tutela plena por más que se refieran a la misma la normativa administrativa propia y reguladora de la actividad de las entidades públicas que la asumen y ejercen.

En este sentido el art. 61 de la Ley de infancia aragonesa da las pautas para el ejercicio de esta tutela básicamente en su apartado 3.

---

33 Eulalia Moreno, op cit., p. 78.

34 Citados por María Linacero de la Fuente, en "Protección Jurídica del Menor" Ed. Montecorvo 2001, p. 230.

35 María Linacero de la Fuente, op. cit., pp. 231-232.

El citado apartado, como es desgraciadamente habitual en la normativa aragonesa, confunde Gobierno con Administración, el art. 61.3 debería referir que la Administración, en este caso el IASS, a través del órgano competente, la Dirección Provincial correspondiente, formará inventario de bienes y derechos de los menores sujetos a tutela como primera actuación.

Evidentemente el inventario ni se comunica a autoridad judicial alguna ni al Ministerio Fiscal salvo que por los mismos se requiera. La Ley aragonesa no contiene previsión de comunicación al Juez ni al Fiscal y, a mi entender, no es una laguna sino una previsión consciente dado que se trata de un inventario confeccionado en el momento en que comienza el ejercicio de la tutela y a los efectos de la iniciación y ulterior desarrollo de una tutela que, no olvidemos, no es de constitución judicial. Entiendo que si se remitiera el inventario a la autoridad judicial que por turno corresponda, en el caso de varios Juzgados, deberían entenderse siempre con el mismo Juzgado las actuaciones relativas, al menos, al patrimonio del menor para que dicha comunicación tuviera algún sentido, entonces la tutela exlege pasaría a convertirse prácticamente en una tutela idéntica a las de constitución judicial y se haría pasar al Juez en cuestión por una constitución de tutela que él no adoptó.

Esto no obstante, durante el ejercicio de la tutela en mi opinión es preciso solicitar autorización judicial como cualquier tutor para los actos del art. 271 del Código Civil, habida cuenta que estamos ante el ejercicio de una tutela y se ostentan los mismos derechos y prerrogativas del tutor establecidos en el Código Civil, en este caso se solicita una autorización individual caso por caso y ningún problema hay con que se solicite de uno u otro Juzgado según corresponda por reglas de reparto.

El tutor en el caso aragonés es el IASS que, por ley de creación, goza de personalidad jurídica propia e independiente de la Diputación General de Aragón y ha de considerarse, por ello, como entidad pública con competencias de protección de menores en el territorio de la Comunidad Autónoma Aragonesa. Evidente-

mente hay que individualizar en un órgano dentro del IASS que ejerza la tutela en su nombre, dicho órgano es el Director Provincial que es quien dicta la resolución de desamparo.

Así pues, la tutela se ejercerá por la Dirección Provincial, las resoluciones se adoptarán por el Director Provincial y el tutor es la persona jurídica IASS. Un evidente problema se plantea con la existencia de tres Direcciones Provinciales y la inexorable marcha de los menores a Zaragoza por razones educativas, o de mayor número de plazas en centros de protección o de mayores medios de resocialización, el problema es que las Direcciones Provinciales, normalmente, no dan traslado del expediente a la Dirección Provincial competente por razón de la residencia del menor con lo cual se sigue tratando al menor a distancia, lo cual, en mi opinión, ya manifestada por escrito en sucesivas y distintas ocasiones, es un profundo error tanto por los problemas que plantea el seguimiento diario del menor como por la dilapidación de tiempo de los funcionarios en realizar viajes a otras provincias.

Una situación peculiar en cuanto al ejercicio de la tutela prevista en la Ley de infancia y adolescencia en Aragón en su art. 55 es la consagración legislativa de la posibilidad de que los menores tutelados, e incluso los que se hallen en guarda, o en situación de riesgo, puedan ser representados y defendidos en juicio por los Letrados de los Servicios Jurídicos de la Diputación General de Aragón. Se ha considerado por las Cortes de Aragón al aprobar dicho artículo que la situación de sujeción especial en que los citados menores se hallan respecto de la Administración justifica que los mismos puedan ser defendidos por los Letrados de sus Servicios Jurídicos. Respecto de los que se hallen en guarda puede entenderse la misma justificación, respecto de los que se hallen en situación de riesgo declarada no es más que una regla de asistencia social fundada en una cierta dependencia de la Administración. Ello ha dado lugar a numerosas intervenciones de los Letrados de los Servicios Jurídicos, sobre todo ante la Jurisdicción penal de menores, en defensa de los derechos e intereses de los

menores sujetos a tutela o guarda de la Administración. Esta es una actuación que viene desarrollándose también en algunas otras Comunidades Autónomas, de hecho la norma aragonesa no es sino la consagración de una práctica. Esta cuestión se suscito ya en los duodécimos encuentros de Letrados de la Comunidades Autónomas celebrados en Pamplona en junio de 1996[36].

Mi compañero Rafael Guerras Posadas, Letrado de la Junta de Castilla y León, defiende, aun sin expresa previsión legal, esta posibilidad de actuación de los Letrados autonómicos si bien señala el riesgo de la existencia de casos de posible contradicción de intereses entre la Administración y el menor[37].

En la conclusión de la tutela, cuyas causas se contemplan en el art. 62 de la Ley de infancia, no hay rendición de cuentas, evidentemente, si bien, el menor podría exigir vista del expediente a tal efecto y realizar la reclamación que estime oportuna, frente a la resolución de tal reclamación la duda sería ¿recurso en vía civil o contencioso-administrativa? a mi juicio en vía civil pues la Administración ha obrado como un particular no investida con su potestad de imperium, ha obrado como un tutor.

2.b. Resocialización del menor

Toda actuación de la Administración en materia de menores tiene como fin la resocialización de los mismos, resocialización

---

36 En los citados encuentros, por lo demás siempre fecundos, y que se reiteran año tras año en una Comunidad Autónoma distinta cada vez, se suscitó la cuestión de si se podía defender o no a los menores tutelados, la opinión se hallaba dividida, si bien se rechazaba la posibilidad de que los menores fueran defendidos por abogado del turno de oficio (habida cuenta el presupuesto del tutor) así como la idea de nombrarles abogado colegiado por la Administración. Se señalaban asimismo los problemas que podían surgir de contradicción de intereses en los casos en que, por ejemplo, el proceso fuera por daños causados a instalaciones públicas o a personal de la Administración tutora.

37 Rafael Guerras Posadas, "Las partes en el proceso regulado por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores" en "Aspectos Jurídicos de la Protección del Menor", Coordinado por Ignacio Sáenz Hidalgo. Edita. Junta de Castilla y León, 2001.

que puede ser a través de muy diversas fórmulas. De las contempladas en la normativa aragonesa sintetizaremos dos posibles salidas para el menor: la vida independiente y la inserción en un núcleo familiar. Pero es de tener en cuenta que hay una posibilidad que es absolutamente indeseable: la institucionalización del menor durante toda su minoría de edad y una mayoría de edad sin aparente futuro.

Esta última posibilidad es el fracaso del sistema de protección, e incluso del de reforma, y se da más a menudo de lo que sería de desear.

Suele ser frecuente que haya menores que, por diferentes causas, no han podido integrarse en un núcleo familiar y que han sido refractarios a cualquier intento de prepararles la vida independiente o que, por diversas circunstancias, no ha sido posible para ellos legar a tener tal vida independiente.

Entraremos dentro de estas situaciones que se dan en la vida del menor tutelado, comenzaremos por examinar su inserción en un núcleo familiar a través del acogimiento y de la adopción.

2.b.1. El acogimiento

2.b.1.a. Concepto y clases

La Ley Orgánica 1/1996 moduló esta interesante figura introducida en el Código Civil por la Ley 21/87. El acogimiento es la figura jurídica a mi juicio mas novedosa y susceptible de mayor utilización para solucionar en la práctica la problemática que da origen a la declaración de la situación de desamparo de un menor y es una figura que, por tanto, le puede llegar a posibilitar el libre desarrollo de su personalidad.

La Ley distingue un previo acogimiento cual es el acogimiento residencial en centro de protección de menores (art. 66 y siguientes de la Ley de infancia) en el que se aconseja y ordena estar el menor tiempo posible (art. 66.2 de la Ley de infancia y adolescencia en

Aragón y art. 21 de la Ley Orgánica 1/96[38]). El acogimiento que supone internamiento en centro de protección que, a mi juicio, no requiere de autorización judicial salvo que la normativa administrativa autonómica libremente lo disponga, en este sentido estoy con la opinión de la profesora Linacero de la Fuente.[39]

Es el primero de los acogimientos que, normalmente, tiene lugar si bien a veces, como ya hemos apuntado, es la solución definitiva pues hay casos en que el menor no es adoptable, normalmente por encima de seis años de edad, por carencia de adoptantes, y hay casos en que no es factible un acogimiento no preadoptivo sobre todo en menores mayores de catorce años pues el menor y su familia biológica lo pueden poner difícil. Nos encontramos ante menores "institucionalizados" cuyo estudio puede dar mucho de sí a la literatura científica de la Psicología y de la Psiquiatría.

La Ley recoge la posibilidad de compaginar esta medida de acogimiento residencial con la estancia en fines de semana y vacaciones con familias colaboradoras (art. 66.4) ello puede ayudar a tender el puente hacia el acogimiento en familia.

Durante el acogimiento residencial se da ya una primera división de responsabilidades entre tutor y centro acogedor, división carente de transcendencia si el centro de protección es de titularidad de la Administración Autonómica, pues la guarda efectiva del

---

38 Como bien señala Lourdes Tejedor Muñoz en la obra colectiva "Curso sobre la protección jurídica del menor" Ed. Colex 2001. el art. 21 de la Ley Orgánica 1/96 es norma supletoria respecto de la normativa autonómica. En este punto se evidencia que estamos ante una norma puramente administrativa y no civil, como vemos la convivencia de estas dos ramas del Derecho es constante en la materia, el problema, como ya he expuesto, viene por el principio de aplicación de unas y otras, el Derecho Administrativo tiene un principio de aplicación territorial y el Derecho Civil de aplicación personal habida cuenta la existencia de Derechos Civiles Forales en Aragón, Cataluña, Navarra, País Vasco (antes Alava y Vizcaya pero ahora también la normativa vasca admite la posibilidad de formalización legislativa de las costumbres en Guipúzcoa y reserva un Título de la normativa foral a esta provincia), Galicia y Baleares.

39 María Linacero de la Fuente. op cit., pp. 279 a 281 salva el caso del internamiento en centro de salud o asitencial en cuyo caso sí que es precisa autorización judicial.

tutelado corresponde al titular del establecimiento. Si el centro de protección es de titularidad privada y se halla convenido con la Administración debería señalarse bien en el convenio el régimen de responsabilidades del centro por los daños que el menor pueda sufrir y por los daños que pudiere causar a terceros. Este régimen, para evitar problemas, se solventa con un seguro del centro de protección cuya prima debería incluirse en el precio del convenio.

Es de señalar que en el art. 173.2.3ºb del Código Civil se prevé que en el documento de formalización del acogimiento familiar se establezca el sistema de cobertura de los daños que el menor pueda sufrir y de los que pueda causar a terceros, esta regla, como decimos, es la que debería aplicarse, asimismo, a los acogimientos residenciales o guardas administrativas que viene a ser lo mismo con independencia de la causa que los motive.

La cuestión fundamental, como hemos dicho anteriormente, y partiendo de la base del acogimiento residencial, es insertar al menor en un "grupo natural de convivencia" (art. 45 de la Ley de infancia), la Ley no se atreve a hablar de familia por cuanto se podría entender como la familia basada en el matrimonio y así no reducir el número de posibilidades, si bien, el primer núcleo natural de convivencia, a mi juicio, es la familia entendida ésta como el grupo familiar de padre, madre e hijos, precisión que hay que hacer ahora habida cuenta que mayoritariamente se sostiene la idea de que hay varios tipos de familia. Señalamos que mayoritariamente es así pues la mas reputada doctrina civilista, como a mi juicio son, entre otros, los autores de los "Elementos de Derecho Civil" de Lacruz, realizando un detenido análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional llegan a la conclusión que nuestra Constitución no establece una especial protección de la familia basada en el matrimonio con relación a la familia extramatrimonial o producto de una relación estable de pareja[40]. El

40 "Elementos de Derecho Civil", Tomo IV, Familia. Ed Dykinson 2002, pp. 9 y ss., 297 y ss.

estudio de estos autores se centra entre la familia matrimonial y la basada en una unión estable, así hacen cita, entre otras, de la STC 222/1992, de 11 de diciembre, cuando señala:

> " nuestra Constitución no ha identificado a la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio. (...) El sentido de estas normas constitucionales (arts. 32 y 39) no se concilia con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en términos restrictivos una norma del propio art. 39.1 no cabe derivar, por tanto, una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales"

Así pues, según señalan estos autores:

> "El problema, en realidad, no está tanto en el art.39 CE, sino en el art. 14 (sólo es admisible una diferencia de trato, entre las varias familias contempladas en aquél y protegibles, que se halle justificada y no sea irrazonablemente discriminatoria). La cuestión es, pues, hasta qué punto puede ser distinta la protección de la familia no matrimonial y hasta dónde está justificada una diferencia de trato respecto de la familia matrimonial"

Yo añadiría más, la cuestión es qué se entiende por familia, cuál es la nota común todos esos tipos de familia pues entre la basada en el matrimonio y la basada en una unión heterosexual la nota común es un núcleo de convivencia basado en un hombre y una mujer que gobiernan la prole caso de haberla. Y aquí el problema es importante pues los mismos autores antes citados, con indudable buen criterio, señalan a la hora de hablar del concepto de Familia que no debe definirse legalmente habida cuenta de los numerosos tipos que reviste: nuclear (padres e hijos) Extensa (grupo familiar con derechos sucesorios), incompleta (viudo o viuda con hijos, madres o padres solteros etc...), en fin la familia

parece ser una unidad de convivencia basada en lazos de sangre y de afectividad que admite numerosos tipos. Un problema arduo que seguiremos examinando al hablar de la adopción es si en esos tipos se admite la familia basada en un núcleo de convivencia homosexual. A mi juicio hoy en día, y aun con independencia de la regulación, o legalización si se quiere, del matrimonio homosexual, sí es posible hablar de familia al hablar de un núcleo de convivencia homosexual, núcleo que ha de cumplir con unos requisitos de mínima permanencia y estabilidad similares a los anteriormente citados.

En definitiva al hablar de familia hay diversos tipos pero, a mi juicio, habremos de partir siempre del tipo más tradicional y asentado en nuestra cultura como es el de la familia basada en el matrimonio para identificar al resto pues sólo de la comparación de rasgos con el núcleo que siempre se ha tenido y se tiene por familia por todos podremos dar tal concepto al resto y ello sin perjuicio de admitir la más amplia variedad de tipos que hoy en día nos ofrece la realidad de una sociedad enormemente plural.

El Consejo Aragonés de la Adopción juega el papel decisivo de seleccionar para el menor la familia que juzgue más adecuada entre las obrantes en los registros de la Administración (art. 76.6 de la Ley). En dichos registros obran las familias que la Administración ha juzgado idóneas para acoger y adoptar y, como señala Eduard Solé, aparte de diversas e importantes valoraciones, "En el acogimiento familiar es clave la actitud de la familia que acoge hacia la familia biológica, en la que debe predominar el respeto y la solidaridad, evitando la tendencia a la rivalidad o al litigio"[41].

La Ley no señala que la Administración pueda declarar que un menor no es idóneo para ser acogido o adoptado pues todo menor es idóneo a tal fin, sin embargo sí que señala que la Administración puede declarar no idóneos a los solicitantes de acogi-

41 Eduard Solé Alamarja, "Todo sobre la adopción", Editorial de Vecchi, 2002, p. 24.

miento o adopción (art. 77.5 de la Ley), la no idoneidad es susceptible de ser recurrida por el mismo procedimiento que la resolución que declara el desamparo.

La posibilidad de declarar la no idoneidad se fundamenta en que lo importante es el menor y la cobertura de sus necesidaddes y que la Administración tiene la potestad de eliminar solicitantes, claro está que dicha posibilidad ha de ser mirada de modo restrictivo y absolutamente motivado en razones técnicas de orden psicosocial que evidencien que un menor acogido o adoptado por dichas personas podría verse en situación de desamparo, ir a un concepto más amplio de la inidoneidad lo considero absolutamente desproporcionado y una intrusión en las decisiones libres, legítimas y respetables de los solicitantes.

Por otra parte y ante todo es de señalar que en el acogimiento se da la regla que luego se mantendrá en la adopción, se busca, entre las familias idóneas, una familia para un menor y no un menor para una familia, lo importante verdaderamente es satisfacer las necesidades del menor no tanto las de la familia acogedora o adoptante. El acogimiento es una medida de guarda y se trata de buscar la guarda idónea para el menor. Es decir, dentro de las familias declaradas idóneas en abstracto la que sea idónea en concreto.

El Consejo Aragonés de la Adopción, órgano colegiado cuya composición y competencias se determinan en el art. 86 de la Ley de infancia, es quien en última instancia, sin perjuicio de la ulterior intervención judicial, decide el tipo de acogimiento: preadoptivo, permanente o simple.

Como órgano colegiado que es requiere la reunión de un quórum mínimo para adoptar acuerdos y se suscitó en su momento a los Servicios Jurídicos que informaran sobre las posibilidades para acordar acogimientos urgentes por órgano distinto del Consejo mediante delegación de éste, ello dio lugar al informe de 30 de marzo de 2001 (número 29/01 del Registro de informes de la Dirección General de Servicios Jurídicos), según el citado informe,

previo a la entrada en vigor de la Ley de infancia, no existía previsión normativa que permitiera tal delegación[42].

Pues bien, después de la Ley de infancia la situación sigue igual, dado que ni la Ley ni el Decreto 67/2003[43], de 8 de abril,

---

42 El citado informe establecía:

"1— A tenor de lo dispuesto en el art. 16.3 de la Ley 10/89, de 14 de diciembre, de Protección de Menores, "El Consejo tendrá competencia para formular propuestas en el procedimiento previo a la adopción y para acordar la formalización de los acogimientos."

Dicha competencia se halla, asimismo, recogida en el art. 12.1 del Decreto 22/95, de 14 de febrero, por el que se regula la organización y funcionamiento del Consejo aragonés de la adopción.

La consulta viene referida a delegar la firma de la autorización, es decir a una "delegación de firma" si bien del texto de la consulta parece que se refiere a una "delegación" del ejercicio de la competencia del Consejo a favor del Secretario del mismo y Jefe de Servicio de Protección a la Infancia y Tutela.

La delegación de firma (art. 16 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y art. 35 de la Ley 11/96, de 30 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón) no supone una delegación del ejercicio de la competencia sino facultar al órgano delegado a que firme las decisiones adoptadas por el órgano delegante pero no a adoptar dichas decisiones.

Es por ello que entendemos se nos consulta sobre la delegación en el ejercicio de la competencia del Consejo para el caso de acogimientos urgentes claramente delimitados en la consulta.

2— Determinado el objeto de este informe es preciso indicar que la respuesta a la cuestión parte de lo dispuesto en el art. 26 de la Ley 11/96, de 30 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, artículo que no ha sido modificado por la Ley 11/2000, de 27 de diciembre, de medidas en materia de Gobierno y Administración.

El precitado art. 26 establece:

"1— Los órganos colegiados podrán delegar en otros órganos el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas cuando así lo dispongan sus normas constitutivas."

Examinada la normativa reguladora del Consejo no existe precepto alguno que permita delegación de sus atribuciones en otro órgano ni en un miembro del mismo.

Es forzoso por ello concluir que no procede delegación de competencia alguna del Consejo Aragonés de la Adopción.

Cabría la mera delegación de firma pero no es la solución que busca el Consejo para los casos que se citan en el informe dado que es preciso facultar al Jefe de Servicio para que adopte él mismo la decisión sin necesidad de reunir al Consejo.

Visto todo lo anterior, estos Servicios Jurídicos tienen el honor de informar a V.I que no existe previsión normativa que permita la delegación del ejercicio de competencias del Consejo Aragonés de la Adopción en otros órganos."

43 Este Decreto fue aprobado de conformidad con el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, este Dictamen, el nº 60 de 2003, fue contrario al proyecto de Decreto en punto

por el que se aprueba el Reglamento de Funcionamiento del Consejo Aragonés de la Adopción establecen una posibilidad de delegación u otra fórmula para suplir al Consejo en caso de urgencia, y se solucionó el problema acordando un mayor número de reuniones del Consejo Aragonés al objeto de que no existiera una gran dilación de tiempo para la toma de decisiones. El aumento en el número de reuniones viene no sólo a acortar los plazos sino también a poder deliberar con mayor amplitud sobre las más diversas cuestiones que se plantean en la materia.

Una de las cuestiones más interesantes, dentro de los acogimientos permanente y simple es la posibilidad de remunerar a los acogedores (art. 72.2 de la Ley) lo cual abre la vía a los acogedores profesionales, personas que se dedican al acogimiento como oficio que, si bien puede parecer chocante[44], vienen a solu-

---

a la creación de una comisión permanente dentro del Consejo en la que se eludía la presencia de alguno de sus miembros y que era regulada precisamente para actuar en situaciones de urgencia. Dicho dictamen señaló al respecto:

"En el artículo 7 se crea una Comisión Permanente compuesta únicamente por el Presidente, el Vicepresidente y el representante de los Equipos Profesionales que, se dice, actuará como Secretario. A juicio de ésta Comisión la creación "ex novo" de la Permanente no tiene apoyo en la ley de delegación y resulta viciada de legalidad porque el articulo 86.3 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, solo autoriza al Gobierno a desarrollar el régimen de funcionamiento del Consejo y no la creación de nuevos órganos dentro del mismo, tanto menos cuando se le atribuyen al nuevo órgano las mismas competencias que al propio Pleno del Consejo y cuando su composición elude la presencia del Secretario, desnaturalizando así lo previsto por el legislador autonómico en la ley de delegación respecto de la composición del Consejo y lo previsto en la propia ley de la Administración de la Comunidad Autónoma (articulo 29.1) para la válida constitución de los órganos colegiados o en el propio texto sometido a dictamen, articulo 13, cuando se atribuye al Secretario el deber de levantar acta de las sesiones. Si de lo que se trataba es de crear un órgano potencialmente más ágil, habida cuenta de la importancia de la urgencia en la toma de decisiones de los asuntos atribuidos al Consejo, esa finalidad podría conseguirse, dentro de la legalidad, con unas normas más adecuadas sobre el régimen de convocatorias de las sesiones del Pleno del Consejo que permitiera un número menor de miembros del Consejo para que este quedara válidamente constituido en segunda convocatoria, régimen de funcionamiento amparado no solo en la propia atribución de la ley de delegación sino en el articulo 29.2 de la Ley de Administración de la Comunidad Autónoma citada."

44 En la sesión de los encuentros del Foro de Derecho Aragonés, auspiciados por el Justicia de Aragón junto con los Colegios Profesionales de Abogados y procuradores de

cionar de modo eficaz las situaciones más comprometidas, los menores más difíciles.

El acogimiento para la Administración supone una derivación o compartición, según el caso, de responsabilidad a los acogedores y un inicio del camino de solución del problema, no supone la extinción de la tutela dado que la Administración podría perfectamente revocar el acogimiento, o instar judicialmente su cese si se ha autorizado su constitución por el Juzgado, por inadecuado ejercicio de las funciones propias de los acogedores, pero, aun sin suponer la extinción de la tutela sin embargo el acogimiento supone el comienzo de la superación del problema origen de la tutela. En unos casos se conseguirá y en otros no, pero la integración plena en la vida de familia que supone el acogimiento, de llegar a darse, ya es la solución del problema luego restará darle definitiva forma jurídica.

Como señala Teresa Picontó[45] el acogimiento es una figura pensada para fines diversos. El legislador de 1987 pensó que era una figura que iba a servir, en muchos casos, para apartar al menor de un problema familiar buscándole un núcleo familiar idóneo de sustitución en tanto se arreglaban las cosas en su familia biológica. Según Teresa Picontó:

Zaragoza, Huesca y Teruel, celebrada en la ciudad de Teruel el día 25 de noviembre de 2003, origen de la idea de este libro, se suscitó controversia por el público cuando por este autor se citó la existencia de acogimientos remunerados, se llegó a utilizar la expresión de "familias mercenarias" por parte de uno de los intervinientes en preguntas a este autor lo cual indica, a mi juicio, el gran desconocimiento de la materia por el público en general pues la materia de menores no es algo bucólico e idílico en la que predomina la solidaridad y la bondad sino que es una materia ardua en la que abundan los menores con graves carencias desde antes de su nacimiento, que han sufrido marginación, delincuencia y pobreza y que, en numerosos casos, necesitan a alguien experto que se dedique a ellos como un trabajo, a familias enteras dispuestas a asumirlos en su seno con una contraprestación económica para ayudarles en tan importante tarea.

45 Teresa Picontó Novales, "La protección de la infancia (Aspectos sociales y jurídicos)" Egido Editorial, 1996, p. 123. Asimismo sostiene esta postura en su artículo "La aplicación del Derecho de protección de menores en la Comunidad Autónoma Aragonesa", publicado en el número 8 de la Revista Aragonesa de Administración Pública. Junio de 1996.

"De los trámites parlamentarios se deducía claramente que con la inclusión del acogimiento se está pensando dar salida a los casos en los que no se haya producido un abandono definitivo por parte de los padres; esto es, situaciones que no pueden ser reconducidas sin más a la institución adoptiva, haciendo precisa la inclusión de otra figura que, con carácter provisional y no constitutivo de derechos y deberes, solucione los supuestos de semiabandono del niño."

El acogimiento, evidentemente, se ha pensado como figura para dar solución a las situaciones más diversas y es claro que está pensado respecto de la situación que señala con gran acierto Picontó como para otras situaciones que, asimismo y como no puede ser de otra manera, aborda la citada autora de la mano de la legislación.

La Ley Orgánica 1/1996 distinguió entre las distintas clases de acogimiento estableciendo tres supuestos que podían darse y basándose en la experiencia recogida de la aplicación de la Ley de reforma de 1987.

El art. 173 Bis del Código Civil establece las citadas clases de acogimiento:

"1º Acogimiento familiar simple, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable.

2º Acogimiento familiar permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor. En tal supuesto, la entidad pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades atendiendo en todo caso al interés superior del menor.

3º Acogimiento familiar preadoptivo, que se formalizará por la entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adop-

ción del menor informada por los servicios de atención al menor, ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados y hayan prestado ante la entidad pública su consentimiento a la adopción, y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para su adopción.

La entidad pública podrá formalizar, asimismo, un acogimiento familiar preadoptivo cuando considere, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, que fuera necesario establecer un periodo de adaptación del menor a la familia. Este periodo será lo más breve posible, y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año."

Éstas son las tres modalidades fundamentales del acogimiento: Simple, Permanente y Preadoptivo (la que resta es el previsto como medida en el art. 7.1 i) de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y que constituye el Juez de Menores en Sentencia penal).

Algunos autores ven en el art. 173 Bis del Código Civil cuatro modalidades de acogimiento al distinguir dos en el acogimiento preadoptivo a tenor de los dos párrafos referidos al mismo en el citado artículo[46], en coherencia con lo anteriormente expuesto respecto del desamparo considero que acogimiento preadoptivo no hay más que de un tipo con independencia de los supuestos que lo ocasionan o del procedimiento para su formalización pues lo fundamental son los efectos jurídicos que produce una vez que es formalizado y los efectos son siempre los mismos.

También se suele distinguir dentro de la Administración por los técnicos de ésta entre acogimientos administrativos y judiciales, dicha distinción puede admitirse como criterio operativo pues separa los acogimientos formalizados por la Administración sin el concurso judicial de aquellos que deben ser autorizados (que

46 En este sentido la profesora María Linacero de la Fuente, op. cit., pp. 306 y ss.

no formalizados o constituidos, a mi juicio el Juez autoriza la propuesta de acogimiento) por el Juez frente a la oposición o no consentimiento de los padres biológicos o tutores, pero no puede admitirse, desde mi punto de vista, como distintas modalidades dado que, sustantivamente, producen los mismos efectos una vez en vigor.

Como bien recuerda, entre otros, el Auto de fecha 14 de enero de 1997 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec 22):

> "La figura del acogimiento de menores que regulan los artículos 172 y siguientes del Código Civil, en sus aspectos sustantivos, y artículos 1825 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en sus facetas procedimentales judiciales, no es, al contrario de lo que acaece con la adopción, de obligada, en cualquier caso, constitución judicial, al bastar, en principio, su formalización administrativa, con el consentimiento de la Entidad Pública, así como el de las personas que reciban al menor y de éste si fuera mayor de doce años; dicho requisito se hace extensivo igualmente a los padres que no estuvieran privados de la patria potestad, y sólo en defecto de tal consentimiento o caso de oposición al acogimiento, es cuando se precisa, de conformidad con el artículo 173.2 del referido Texto Legal, la intervención judicial para acordar, en su caso, tal instrumento de protección del menor, bajo la directriz del prioritario interés del mismo, y conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Pues bien, en cuanto a estas tres modalidades: Simple, Permanente y Preadoptivo consideramos que es un acierto de la Ley Orgánica 1/1996 al que se sumó nuestra Comunidad Autónoma en la Ley de infancia pero que vino aplicando desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica entre otras razones por considerar que no era contrario a la normativa aragonesa entonces vigente, que no distinguía entre acogimientos, y que se podía aplicar la citada normativa estatal por especificar la normativa aragonesa en la materia, al ser, en todo caso, una norma de Derecho suple-

torio más concreta y mucho más avanzada en la protección del interés del menor.

Respecto del acogimiento simple se da para casos transitorios, el Código Civil señala que es o bien para el caso de que se prevea la reinserción familiar o para el caso de que se tenga que estar un tiempo estudiando la solución a dar al menor por no tener claro aún cuál ha de ser la medida de protección a adoptar. Es una figura que deja abierta la solución en todo caso, es un tipo de acogimiento a fomentar por la Administración para atajar problemas que pueden tener solución. Es una figura que puede dar lugar a encauzar la solidaridad de la sociedad respecto de las familias con problemas, solidaridad que, como puede verse en caso de estancias veraniegas de menores extranjeros (rusos, ucranianos, saharauis, etc...) es muy importante y conviene canalizar también respecto de los menores nacionales, el problema con que se topa es que los padres de los menores no residen en otro país y que pueden ser muy conflictivos.

Respecto del acogimiento permanente es de señalar que se trata una figura que sirve para evitar confusiones innecesarias con la adopción. Pueden darse casos como el menor cuyos padres fallecen y es acogido por sus tíos, este menor no debería ser adoptado pues no es justo, si no ha habido una situación previa de rechazo por sus padres, privarle de sus apellidos y de sus verdaderos padres, la situación más lógica es un acogimiento permanente y es una figura más lógica que la clásica tutela pues, además, el juez puede atribuir al acogedor las facultades del tutor. Es decir, el acogedor puede tener todas las facultades del tutor pero el acogimiento, a diferencia de la tutela, "produce la plena participación del menor en la vida de familia" (art. 173 Cc), el menor pasa a tener el estatus de hijo a efectos prácticos no siéndolo desde el punto de vista del Derecho, lo cual no sucede en la tutela donde el menor no deja de ser un "pupilo".

Respecto del acogimiento preadoptivo es la antesala de la adopción tan es así que se permite que quienes tengan en acogi-

miento preadoptivo a un menor durante al menos un año pueden promover la adopción en sustitución de la entidad pública (art. 176.2.3ª del Cc). Este acogimiento se utiliza mucho, y sin perjuicio de muchos otros casos, respecto de menores recién nacidos que se dejan abandonados en los hospitales. A mi juicio podría darse el menor directamente en adopción en esos casos, no considero que exista obstáculo jurídico a ello, sin embargo en Aragón se tramita antes siempre el acogimiento preadoptivo así la Administración controla la futura adopción que la instará en el caso de que el acogimiento preadoptivo funcione correctamente.

El acogimiento preadoptivo, a mi juicio y con arreglo a la legislación vigente en España y en Aragón, debe utilizarse de modo restrictivo y sólo en el caso de que no se prevea en modo alguno la reinserción con la familia biológica y se considere beneficiosa para el menor una futura adopción.

En cualquier caso el optar por un tipo de acogimiento no vincula a la Administración a mantenerlo hasta el final dado que podría ir cambiando la calificación del mismo según varíen las circunstancias. Asimismo la propuesta de acogimiento de la Entidad Pública no vincula al Juez dado que puede denegarla por no considerarla beneficiosa para el menor, denegar los acogedores propuestos por no considerarlos idóneos, o cambiar la calificación del acogimiento. Evidentemente, todo ello, tanto el acceder al acogimiento como el denegarlo o variarlo, ha de acordarlo el Juez de modo motivado, motivación a la que contribuyen los equipos técnicos adscritos a los Juzgados de Primera Instancia, o específicamente de Familia, que existen en algunos partidos judiciales.

2.b.1.b. Formalización del acogimiento

Hemos señalado hasta ahora las clases de acogimiento y el papel fundamental de la Administración respecto de esta figura y, en Aragón, del Consejo Aragonés de la Adopción.

Se trata de examinar su formalización y básicamente la actuación judicial cuando ésta es precisa.

Por mi parte considero que el Juez no formaliza el acogimiento sino que, frente a la oposición o no consentimiento, analiza la cuestión y, atendido el interés del menor, simplemente autoriza el acogimiento propuesto por la Administración o lo deniega. Tan es así que la formalización del acogimiento se produce en un documento que ha de reunir los requisitos y las cláusulas a que se refiere el art 173.2 del Código Civil que se remite al Ministerio Fiscal y que, cuando el acogimiento ha de autorizarse por el Juzgado, se remite a éste con la documentación propia de la propuesta de acogimiento.

El acogimiento se formaliza en los términos establecidos en el art. 173.2 del Código Civil exige el consentimiento del menor si tuviere doce años cumplidos, de los acogedores y de la entidad pública, "tenga o no la tutela o la guarda". Respecto de los padres biológicos y del tutor se solicita el consentimiento y si no consienten o se oponen el acogimiento se debe autorizar por el Juez.

Dos cuestiones a citar en cuanto a la formalización la primera que la entidad pública ha de consentir a todo tipo de acogimientos tenga o no la tutela o guarda del menor, ello ha llevado a derivaciones de las antiguas guardas judiciales a acogimientos administrativos a veces por los propios Juzgados ante la existencia de consentimiento entre guardadores, menores y acogedores y la falta de medios técnicos de los Juzgados para poder conocer mejor la cuestión y controlarla.

En cuanto al consentimiento de los padres biológicos es de señalar que como lo que se exige es el consentimiento la Administración, al menos el Consejo Aragonés de la Adopción, acuerda instar la vía judicial para el caso de padres en paradero desconocido, lo cual es una interpretación absolutamente acorde con la normativa.

La vía judicial conlleva la extensión de la figura del acogimiento provisional (art. 173.3) antes citado, clase de acogimiento

prevista entre los señalados en el art. 173.Bis y que se caracteriza por no tener regulación alguna en el Código, su única misión es dar un título jurídico a acogedores y acogido en tanto dure la tramitación del acogimiento judicial y su contenido podría ser el del art. 173.2 si bien modalizado en la consideración de la provisionalidad de este acogimiento y su pendencia respecto de la decisión judicial, no tiene mayor distinción respecto de las clases de acogimiento antes vistas.

En cuanto a la tramitación judicial del acogimiento viene regulada todavía en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y podemos decir que es adecuada y ponderada a lo que se pretende con esta institución sobre todo al impedir que el procedimiento se paralice convirtiéndose en contencioso ante la oposición de los padres biológicos o del tutor, éstos son oídos en el procedimiento pero, como estamos ante una medida de protección, sería absurdo paralizarlo para dar un trámite contencioso. Ello sucederá en la adopción habida cuenta la extinción definitiva de los vínculos biológicos que comporta la adopción.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de enero de 1997 señala sobre este particular:

> "En consecuencia la oposición de los padres del sujeto infantil constituye precisamente uno de los posibles condicionantes de la intervención judicial, en acto de jurisdicción voluntaria, a tenor de la ubicación sistemática de los artículos 1825 y ss. en el contexto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que en el expediente hayan de prestar su consentimiento aquéllos, debiendo simplemente ser oídos, sin que su negativa a la constitución del acogimiento, ya plasmada ante la autoridad administrativa, sea vinculante de la decisión judicial que ponga fin al expediente, ni determinante, lógicamente, de la transformación del mismo en contencioso, conforme claramente previene el inciso inicial del artículo 1827 de la expresada Ley Rituaria, habiendo únicamente de ser ponderada dicha oposición como un elemento más, no vinculante en sentido negativo, para la

definitiva resolución judicial del expediente guiada siempre, exista o no tal oposición, por el interés del menor."

Por tanto ni se interrumpe el procedimiento ni se vincula al Juez en su decisión, simplemente se tiene en cuenta a la hora de resolver. El art. 1827 de la LEC 1881 ha quedado derogado por la ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (probablemente por la específica regulación que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil hace de la oposición a la adopción), sin embargo el art. 1828 de la LEC 1881 que se refiere específicamente al acogimiento sigue sin contemplar la posibilidad de oposición al acogimiento que conlleve la paralización de éste pues ordena resolver al Juez oídas las partes interesadas en el término de cinco días, asimismo señala:

«Cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de los padres o tutores o si citados no comparecieran, se prescindirá del trámite y el Juez podrá acordar el acogimiento».

Por otra parte el citado art. 1828 LEC 1881 señala que el juez "oirá a los padres que no estuvieran privados de la patria potestad ni suspendidos en su ejercicio" en los acogimientos provenientes de declaración de desamparo no habría que oír a los padres por hallarse suspendidos en la patria potestad, sin embargo de hecho se les oye[47] y considero que es más adecuado que se les oiga para una mayor garantía en la decisión, es de tener en cuenta que salvo que se haya tramitado ante el mismo Juzgado la impugnación del desamparo, el Juez no conoce la situación salvo por el expediente administrativo.

En principio, de la normativa del Código Civil y, en particular, de su artículo 173 parece desprenderse que quien tiene legiti-

47 Mi compañera Paula Bardavío Domínguez, Letrada que se encarga de la materia de protección de menores desde 2002 y que ha supuesto una inestimable ayuda en los aciertos que pudiera haber en la confección de este libro, no así en los errores que deben atribuirse en exclusiva al autor, me confirma este dato, se sigue oyendo a los padres salvo que estén privados de la patria potestad por Sentencia firme.

mación para instar el procedimiento de acogimiento es la entidad pública exclusivamente. Esto no obstante una lectura más reposada da lugar a ver que la entidad pública ha de ser parte siempre (siempre ha de prestar su consentimiento, art.173.2) y se establece los contenidos de la propuesta a elevar a la autoridad judicial pero no puede descartarse que la propuesta de acogimiento pueda ser presentada por otros, característicamente por el Ministerio Fiscal o por quienes tienen la guarda de hecho de un menor. Sin embargo, el éxito de ese proceso queda condicionado al "consentimiento" de la entidad pública, es decir, no ha de ser meramente oída, ha de consentir en el proceso. Esto no obstante si la entidad pública no consiente el Juez podrá formalizar una guarda judicial que, aunque parece ser lo mismo, el control de la misma lo llevará el Juzgado y no la Administración, con lo cual la diferencia es importante.

Es decir, el acogimiento se regula como una guarda que queda bajo la supervisión de la Administración, que no precisa que el menor se halle tutelado por la Administración, que puede formalizarse en vía administrativa o requerir autorización judicial, pero que, en cualquier caso, a mi juicio, ha de ser vigilado por la Administración. La diferencia con una guarda judicial es notable pues la Administración Pública cuenta con indudables medios para apoyo de la familia acogedora y el Juzgado carece de dichos medios humanos.

Entre los años 1996 a 2002 en que me encargué de la tramitación de los procedimientos de acogimiento y adopción de la entidad pública aragonesa en la provincia de Zaragoza sólo hubo un caso que recuerde en que se tramitara un acogimiento por persona distinta a la entidad pública y lo fue por el Ministerio Fiscal y obtuvo el consentimiento de la entidad pública.

En cuanto al papel del Ministerio Fiscal en el procedimiento le está reservado el informe en cualquier caso, informe que no es vinculante pero es trámite preceptivo y esencial del procedimiento pues, en la práctica, difícilmente saldrá adelante un acogimiento con el informe desfavorable del Ministerio Fiscal.

El procedimiento, como decimos, es muy sencillo, demanda de acogimiento, ratificación de los propuestos y del menor si tuviere doce años (el Código Civil habla sólo de doce años (art. 173.2), el art. 1828 LEC 1881 añade que tenga suficiente juicio, criterio a tener muy en cuenta y nos remitimos a lo que señalaremos en particular al hablar del adoptando) quienes tendrán que dar su consentimiento, consentimiento de la entidad pública si no es quien ha instado el procedimiento, audiencia a los padres biológicos o a los tutores o guardadores, informe del Ministerio Fiscal y Auto Judicial. El citado Auto admite apelación en ambos efectos, suspensivo y devolutivo. Como decimos es importante en este procedimiento el hecho de que la oposición de los padres biológicos no convierte en contencioso al procedimiento pues le privaría de la necesaria rapidez para autorizar la medida de acogimiento.

El acogimiento puede ser asimismo objeto de publicidad registral, tal y como señala Lourdes Tejedor Muñoz: "...conforme al art. 154.3 del Reglamento del Registro Civil, «cabrá también la anotación 3º del prohijamiento o acogimiento, en virtud de certificación de la Junta Provincial de Beneficencia»"[48], cabe pues una anotación con valor informativo, es de indicar no obstante que dudo, con riesgo de equivocarme dada la pluralidad de entidades públicas españolas y, dentro de ellas, la diversidad de órganos competentes, de la aplicación en la práctica de esta norma y ello por cuanto es previa a la reforma de 1987 por su redacción y por cuanto atribuye la competencia de librar certificación a la entidad pública lo cual me indica que en pocos casos se habrá librado tal habida cuenta que la entidad pública autonómica trabaja teniendo en cuenta la nueva normativa sustantiva en la materia la cual no hace remisión a norma tan periférica como ésta.

Por otra parte, y si bien no está de más un aviso de la situación de acogimiento en el Registro Civil, lo cierto es que el Regis-

48 Lourdes Tejedor Muñoz «La guarda y el acogimiento de menores» artículo del libro «Curso sobre la protección Jurídica del Menor» Carlos Lasarte Alvares y otros autores Ed. Colex 1º ed. 2001, p. 151.

tro Civil está creado para recoger los estados civiles de las personas y sus modificaciones y el acogimiento no supone un cambio ni alteración en estado civil alguno.

Más interesante sería que constara en el Registro Civil la declaración de desamparo por cuanto, como ya hemos señalado, suspende la patria potestad, la autoridad familiar, y la tutela ordinaria. La declaración de desamparo afecta a estados civiles suspendiéndolos y no hay previsión legal de inscripción en el Registro Civil[49].

Por último señalar que el art 174 del Cc atribuye al Ministerio Fiscal la superior vigilancia de los acogimientos sin que dicha superior vigilancia suponga alteración de la responsabilidad que incumbe a la Administración Pública en relación con el acogimiento, además normalmente dicha vigilancia el Ministerio Fiscal la ejercerá requiriendo informes a la Administración Pública tutora.

2.b.2. La adopción

La adopción supone el cambio definitivo de familia, se extinguen los vínculos con la familia biológica, salvo una concreta excepción, y se establecen nuevos vínculos con una nueva familia.

La adopción es una solución que, en general y salvo casos excepcionalísimos, no contempla a la familia biológica en el futuro del menor con ningún papel ni en ninguna posición.

Respecto de los menores desamparados la adopción es la ruptura definitiva, ruptura que se ha prefigurado, normalmente, a través de un acogimiento preadoptivo.

---

49 Respecto de los efectos suspensivos de la declaración de desamparo es una cuestión especialmente remarcada por la reforma de 1996 ante las dudas que suscitaba la regulación anterior. En cuanto a lo que haya de entenderse por "suspensión" y tal y como, teniendo en cuenta la normativa del Código Civil, señala la profesora Linacero de la Fuente (op.cit.) "parece que la asunción de la tutela automática por la Entidad Pública determinará "la privación temporal de la patria potestad" salvo los actos de contenido patrimonial realizados en beneficio del menor",

No es objeto de este libro el entrar puntualmente en la normativa, ello es más propio de tratados y libros didácticos, esto no obstante, en materia de adopción, no podemos desconocer que se están dando una serie de polémicas sociales que exigen un repaso completo de esta institución para ir abordando dichas polémicas.

La adopción es una institución muy antigua en el Derecho Romano antiguo suponía la adquisición , en equiparación con la filiación legítima, de la *patria potestas* sobre un hijo ajeno, que dejaba de pertenecer a su antigua familia o perdía la condición de *sui iuris*[50]. Suponía que el adoptado entraba bajo la potestad del adoptante con su persona, familia y patrimonios.

La figura aparece también en el derecho germánico y se mantiene y aplica a lo largo del tiempo hasta hoy en día.

En nuestro Derecho aparece regulada en el Código Civil artículos 175 a 180 que son producto de varias reformas característicamente de las de 1987 y 1996.

Partiremos del examen de los sujetos que intervienen: adoptantes y adoptando.

2.b.2.a. Los adoptantes

Respecto de los adoptantes el Código Civil exige que el adoptante sea mayor de 25 años, o que, caso de adopción por matrimonio, uno de los cónyuges tenga esa edad. (art. 175.1), Es decir, se permite la adopción por personas solteras y por matrimonios, esto no obstante la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987 estableció:

> "Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja

50 "Elementos de Derecho Civil", Tomo IV, Familia, José Luis Lacruz Berdejo y otros, puesta al día por Joaquín Rams. Dykinson, 2002, p. 389.

unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal."

A mi juicio la ubicación de esta regla es claramente deficiente pues debería estar en el art. 175.1 del Cc y no en una disposición adicional de la Ley de modificación del Cc, la única explicación que entiendo lógica para ello es que en 1987 resultaba excesivamente polémico mencionar a las parejas de hecho en el mismo artículo y en pie de igualdad a los matrimonios.

La cuestión cuando se habla de pareja de hecho es siempre la misma: ¿qué es una relación de afectividad análoga a la conyugal?, algo análogo no es algo idéntico[51], a mi juicio debe darse una relación que implique vocación de permanencia y estabilidad como pareja, el requisito de la afectividad es un requisito complicado pues el matrimonio jurídicamente no exige afectividad. El matrimonio es un negocio jurídico privado que, para su validez jurídica, no exige ni amor ni afecto, una unión libre *more uxorio* no tiene ropaje jurídico, con lo cual se le exige permanencia y estabilidad pero eso lo tienen bastantes parejas que conviven pero que no son unión, así pues a mi modo de ver, cuando se exige esa afectividad se exige una afectividad similar a la que se supone que existe en un matrimonio aun cuando no sea necesaria a efectos de constitución y validez jurídica.

No obstante lo anterior, la falta de formalidad jurídica de la unión libre la convierte en un concepto mucho más difuso que el matrimonio[52], si bien la existencia de registros administrativos y de normativa autonómica en la materia ha venido a dar cierta carta de naturaleza a estas uniones si bien atentando al principio

---

51 En este punto disiento ligeramente de María Paz Pous de la Flor cuando indica que "esto implica que las uniones extramatrimoniales deben identificarse con el modelo de pareja casada" ("Curso sobre la protección jurídica del menor", obra colectiva, Ed. Colex 2001 ya citada antes, p. 75). Entiendo que no se puede ser tan restrictivo dado que el Código habla de "análogo" no de "idéntico".

52 En este sentido, el estudio sobre las parejas no casadas en "Elementos de Derecho Civil", Tomo IV, Familia, pp. 297 y ss.

antiformalista que está en la base de las mismas, con lo cual, en las parejas que se registran hemos de entender que hay un rechazo a la institución matrimonial bien sea matrimonio civil bien sea religioso por la razón que sea.

Y aquí entramos en la existencia de parejas estables homosexuales cuyo reconocimiento se va abriendo paso en la normativa administrativa autonómica de parejas estables no casadas y, realmente, era la realidad a contemplar por la legislación autonómica cuando la normativa matrimonial civil no contemplaba uniones del mismo sexo (lo cual sigue vigente cuando se escriben estas líneas) y no tanto parejas estables de distinto sexo que tenían a su alcance el matrimonio religioso y civil para formalizar su convivencia.

La cuestión trascendental ha sido hasta la fecha la adopción, en estos momentos lo es también el matrimonio de homosexuales, pero el punto fundamental y más discutido siempre ha sido la adopción por parejas homosexuales lo cual no está contemplado en el Código Civil.

A mi juicio la adopción por parejas homosexuales es una materia no suficientemente estudiada, no me voy a posicionar en el campo de los que consideran contraria la unión homosexual al Derecho Natural[53], tampoco me voy a posicionar en el campo de

---

53 María Paz Pous de la Flor, op. cit., p. 76, " Lo que no reconoce la Disposición Adicional Tercera (de la Ley 21/87), al menos así lo interpretamos, es incluir como parejas de hecho con posibilidad de adoptar a las que pueden formar dos personas del mismo sexo, homosexuales o transexuales, porque conculcarían principios esenciales de Derecho natural. No es posible admitir la adopción en aquellas personas que ni el orden legal permite contraer matrimonio, ni el orden biológico permite generar entre sí." Razonamiento muy claro y que se explica por sí solo. El único problema es entender qué son los "principios esenciales de Derecho Natural" y cuáles son éstos porque el interés del menor también sería uno de ellos.

Por otra parte es de destacar que el legislador aragonés no cree en el Derecho Natural al menos eso puede decirse de la supresión de la mención al Derecho Natural contenida en el art. 3 de la Comilación del Derecho Civil de Aragón producida por la Ley de 21 de mayo de 1985. El citado art. 3 establecía:

"Conforme al principio 'standum est chartae' se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos y disposiciones, siempre que no resulte de

los que postulan la igualdad de derechos entre parejas heterosexuales y homosexuales[54].

---

imposible cumplimiento o sea contraria al Derecho Natural o a normativa imperativa aplicable en Aragón".

El maestro Lacruz en "Comentarios a la Compilación del derecho Civil de Aragón", Ed. Diputación General de Aragón, 1988, por él dirigidos, señala al respecto (pgs. 265 a 267) que "si la supresión se entendiera a la letra, como expulsión de la ética sin sustituirla, cabría entender que los contratos de contenido inmoral son válidos en Aragón en cuanto no infrinjan preceptos de Derecho público, sobre todo no procediendo en Aragón, como vamos a ver, la aplicación de las normas prohibitivas del Código Civil. ¿qué efectos tiene la supresión? Pienso que no altera el panorama legal, en el cual siempre tendrá un lugar la ética común como principio del Derecho aragonés." Entiendo pues que se suprime la referencia al Derecho Natural pero que, evidentemente, no se suprime la aplicación de la ética comúnmente aceptada por la Sociedad, no creo que esa ética comúnmente aceptada hoy en día lleve a considerar, de forma unánime, común y rotunda, que las parejas homosexuales no puedan adoptar por principio, y, caso de ser así, creo que la ética comúnmente aceptada está cambiando y va a cambiar mucho más antes de lo que suponemos. Esto no obstante es de señalar también la opinión de la confesión religiosa mayoritaria en España cual es la Iglesia Católica. La doctrina de la Iglesia en este punto es clara, la conducta homosexual es "objetivamente desordenada", así lo señala el díptico "Hombre y Mujer los creó" redactado por la Subcomisión Episcopal para la Familia y la Defensa de la Vida hecho público el día 26 de diciembre de 2004 con ocasión de la Jornada "Familia y Vida 2004", en este díptico la Iglesia no hace sino recordar su doctrina, en el mismo se afirma "a través de la figura del padre y de la madre, el niño adquiere su identidad personal y sexual como hombre o mujer.". El Catecismo de la Iglesia Católica, aprobado el 11 de octubre de 1992 mediante la Constitución Apostólica "Fidei Depositum" señala al respecto en sus puntos 2357 a 2359:

2357.– La homosexualidad designa las relaciones entre hombres o mujeres que experimentan una atracción sexual, exclusiva o predominante hacia personas del mismo sexo. Reviste formas muy variadas a través de los siglos y las culturas. Su origen psíquico permanece en gran medida inexplicado. Apoyándose en la sagrada Escritura que los presenta como depravaciones graves (cf Gn 19, 1-29, Rm 1, 24-27; 1 Co 6, 10; 1 Tm 1.10) la tradición ha declarado siempre que "los actos homosexuales son intrínsecamente desordenados" (CDF, cecl "Persona humana" 8). Son contrarios a la ley natural. Cierran el acto sexual al don de la vida: no proceden de una verdadera complementariedad afectiva y sexual. No pueden recibir aprobación en ningún caso.

2358.– Un número apreciable de hombres y mujeres presentan tendencias homosexuales instintivas. No eligen su condición homosexual; ésta constituye para la mayoría de ellos una auténtica prueba. Deben ser acogidos con respeto, compasión y delicadeza. Se evitará con respecto a ellos, todo signo de discriminación injusta. Estas personas están llamadas a realizar la voluntad de Dios en su vida, y, si son cristianas, a unir al sacrificio de la cruz del Señor las dificultades que pueden encontrar a causa de su condición.

2359.– Las personas homosexuales están llamadas a la castidad. Mediante virtudes de dominio de sí mismo que eduquen la libertad interior, y a veces mediante el apoyo de

Yo me sitúo en el plano del interés del menor, considero que si una pareja homosexual puede ser un recurso válido para un menor no sería justificable no acudir a ella. Ahora bien, deberá ser el mejor recurso de entre los que tenga como solución ese menor pues se trata de buscar lo mejor para el menor.

A mi juicio la adopción por parejas homosexuales tiene dos problemas básicos hoy en día:

1º— Que la pareja homosexual no es una realidad suficientemente estudiada y mucho menos respecto de las adopciones[55]. Puede decirse que esto no es cierto puesto que hay estudios y que existen numerosos posicionamientos sobre la cuestión, pero, en cualquier caso, y respecto de la generalidad de la Sociedad y de la opinión pública se evidencia una falta de razones contundentes a favor de una u otra postura y que es de destacar que estamos ante una realidad que comienza a ser aceptada por nuestra Sociedad y que no es lo mismo un comportamiento proscrito socialmente, como el que se ha podido estudiar hasta hace escasas fechas, que un comportamiento en libertad y normalidad.

Es de señalar que hay muchos clichés heredados tanto a favor como en contra pero que el verdadero perfil de estas relaciones

---

una amistad desinteresada de la oración y la gracia sacramental, pueden y deben acercarse gradual y resueltamente a la perfección cristiana."

Puede verse que las posiciones son muy encontradas en el campo ideológico y religioso, considero que en un Estado laico como el español la ética común imperante no se identifica exactamente con la ética católica si bien ésta representa un gran porcentaje de la sociedad, esto no obstante mi percepción es que para el común de la sociedad cada vez va resultando menos extraña la posibilidad de adopción de menores por parejas homosexuales si bien aún resulta extraña para amplias capas de la Sociedad.

54 En este sentido, si bien no realiza un posicionamiento favorable ni desfavorable, Eduard Solé , op. cit., constata que "La proliferación de leyes en esta materia hace pensar que los derechos de las parejas de hecho, homosexuales o heterosexuales, y los matrimonios pueden llegar a igualarse en un futuro cercano". Como decimos no se posiciona ni a favor ni en contra pero utiliza el lenguaje de la equiparación de derechos, por otra parte normal, pues es el lenguaje del legislador, hasta la fecha al menos del autonómico, así la Ley aragonesa 2/2004, de 3 de mayo, que levantó la prohibición de adoptar a las parejas homosexuales establecida por la Ley 6/1999, de 26 de mayo, de parejas estables no casadas, en base exclusivamente al principio de igualdad.

se conocerá cuando se manifiesten a la luz del día en auténtica libertad y sin necesidad de comportamientos reivindicatorios o fiestas de ningún tipo de "orgullo".

Por otra parte, es, asimismo, de señalar que quizá no se pueda realizar todavía un estudio muy completo pues sólo en las grandes ciudades la homosexualidad comienza a ser aceptada como una simple opción de vida, pero es cierto que hay ya campo suficiente para que se estudie y se llegue a la conclusión sobre la bondad o no de las adopciones por pareja homosexual, estudio que no consta se vaya realizando por las Comunidades Autónomas que han ido normando en la materia, ni en el Estado.

2º— A mi juicio, y aun en caso de que se acreditara técnicamente la bondad de una adopción por pareja homosexual, habría de plantearse que la prioridad la ha de tener siempre la pareja heterosexual por cuanto conjuga los papeles de padre y madre que son más enriquecedores de conjunto en la educación y crianza del menor. Como se ve no soy partidario de la aplicación del principio de igualdad de derechos pues la igualdad ha de predicarse respecto de realidades iguales y no respecto de realidades distintas[56]. Entiendo que esta idea puede ser un problema para ciertos colectivos maximalistas.

---

55 En la ponencia por mí desarrollada el día 24 de junio de 2004 sobre "La adopción como medida de protección" en el marco del Aula Técnica de Derecho de Menores y de Familia, organizada por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales y el Instituto Aragonés de Administración Pública, se planteó abiertamente esta cuestión a los técnicos asistentes y se planteó si, para la elaboración de la Ley aragonesa 2/2004, de 3 de mayo, por la que se levantaba la prohibición de adoptar en Aragón a las parejas homosexuales, se había realizado algún estudio o promovido algún debate técnico sobre la realidad a que afectaba la Ley y se reconoció abiertamente que no, que en Aragón, a nivel de los asistentes a dicha Aula si bien cada cual tenía su opinión al respecto, se desconocía la realización de estudios multidisciplinares sobre la cuestión. Quizá pudo haberlos pero se considera significativo que los mayores expertos en la materia no tuvieran conocimiento de su sola existencia.

En el marco de dicha reunión se criticó por este ponente la Ley aragonesa 2/2004 por basar toda su argumentación en el principio de igualdad y no hacer mención alguna al "interés del menor" principio capital en toda la materia de protección de menores y, por supuesto, en sede de adopción.

56 En este sentido Eduardo de Porres Ortiz de Urbina en su trabajo "Uniones de

El problema básico es que existe una controversia social, técnica y jurídica[57] sobre la bondad o no de dicha medida, controver-

---

Hecho" (Boletín de Información del Ministerio de Justicia nº 1914, 1 de abril de 2003) cita la Sentencia de 26 de febrero de 2002 del Tribunal europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo "en la que declara que no existe vulneración de derechos fundamentales en aquellas legislaciones (en este caso la francesa) que prohíben la adopción a parejas homosexuales, ya que la adopción es una institución concebida en interés del menor y este interés puede servir de fundamento para establecer la prohibición de la adopción a las parejas homosexuales. El Tribunal de Estrasburgo consideró que se había negado la adopción a un soltero homosexual precisamente por tener esa condición y que pese a ello la decisión de las autoridades francesas no había sido contraria al Tratado porque deben primar los intereses del menor. Se afirma que "la adopción es dar una familia a un niño y no un niño a una familia". El Tribunal tuvo en cuenta la falta de consenso de los miembros del Consejo de Europa sobre este asunto y que la comunidad científica estaba dividida sobre las eventuales consecuencias del acogimiento de un niño por parte de uno o dos padres homosexuales. Por ello, consideró que las autoridades nacionales estaban en principio mejor situadas que una jurisdicción internacional para evaluar las sensibilidades y el contexto local, por lo que era necesario dejar un amplio margen de apreciación a cada Estado".

57 Controversia existente, como decimos, también entre juristas, resulta curiosa la nota de Noticias de la Actualidad Administrativa nº 11, Junio de 2004, donde se informa que "Félix Pantoja, vocal del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), aseguró ayer que la adopción por personas del mismo sexo "es posible si lo quiere la sociedad", ya que la Constitución Española no lo impide. Así lo expresó Pantoja durante la conferencia "La adopción por homosexuales" organizada por la asociación Justicia y Opinión en la Casa de Úbeda de Madrid. Según el vocal el art. 39 de la Carta Magna, que regula la protección de la familia por parte de los poderes públicos, "no hace referencia a ningún tipo de familia predominante" y abre la puerta a un posible "cambio de legislación civil". Pantoja señaló también que adoptar es una "decisión de paternidad responsable" que se puede plantear "cualquier persona" con independencia de su opción sexual. En este sentido destacó que lo que debe prevalecer es "el interés del menor" basado "en el cariño y la entrega que debemos" a los hijos "algo que no es privativo ni de heterosexuales ni de homosexuales" Pantoja recordó que ya existen en "nuestro ordenamiento jurídico" dos leyes autonómicas, la Navarra y la del País Vasco, que regulan este tipo de adopción sobre la que también ha informado favorablemente el Parlamento Europeo en varias recomendaciones y que está recogida en otras legislaciones de la Unión Europea como la holandesa o la danesa. Por su parte, Antonio del Moral garcía, fiscal del Tribunal Supremo, quien presentó el acto indicó que la adopción por personas del mismo sexo "deforma la institución", ya que supone una discriminación a favor de los homosexuales" en detrimento de otros tipos de relaciones como "dos hermanas que conviven juntas y quieren adoptar un niño". En su opinión la adopción "imita la naturaleza y tiende a suplir la figura del padre y de la madre" y, por ello, las parejas homosexuales no podría adoptar, al igual que no es posible la adopción de un nieto por parte de su abuelo, "porque este no puede ser su padre". Moral aseguró, en esta línea, que "hay otras formas de suplir este tipo de relaciones" como son la tutela o la acogida."

sia que han de solucionar los técnicos, psicólogos y educadores. Si se acreditara que una pareja homosexual no es un recurso idóneo para que un menor desarrolle en su seno su libre personalidad, en ese caso yo sería radicalmente contrario a este género de adopciones lo que sucede es que ha habido ya casos en los que una pareja homosexual se ha juzgado idónea por expertos en la materia.

Se dio un caso muy comentado[58] en Navarra, fue el resuelto por Auto de fecha 22 de enero de 2004 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pamplona en que, al amparo de la normativa autonómica (artículo 7 de la Ley Foral 6/2000), una Juez constituyó la adopción a favor de la pareja del mismo sexo de la progenitora, pareja con la que convivía hacía un tiempo (siete años). En este caso la pareja se propuso en común la maternidad y acudieron juntas a un centro de planificación familiar para acceder a dicha maternidad a través de técnicas de reproducción asistida quedando embarazada una de ellas y dando a luz a gemelas. El informe de la psicóloga del centro de planificación contenía una valoración personal y de pareja destacando la estabilidad psicológica, personal, familiar y socioeconómica de ambas, siendo igualmente positiva la valoración respecto al planteamiento de ser reconocidas como núcleo familiar, la citada psicóloga lo juzgaba, y se recogía en el Fundamento Jurídico Quinto del Auto, como adecuado e idóneo para favorecer el desarrollo psicológico y social de las dos menores. Ante tales circunstancias considero lógico el Auto de adopción.

Por otra parte estoy también con la tesis que la normativa Navarra que propició dicha adopción no es inconstitucional salvo que se acreditara que la adopción por dos madres o dos padres fuera contraria al interés del menor, en cuyo caso infringiría el art. 39 de la Constitución.

Teniendo en cuenta la existencia de un recurso de inconstitucionalidad contra la citada Ley la Juez en el Auto precitado razona de la siguiente manera:

---

58 Entre otros por Antonia Durán Ayago, en artículo publicado comentando dicho Auto en Diario La Ley, lunes 12 de abril de 2004.

"el abordaje por parte del legislador navarro de la adopción por parejas no casadas con independencia de su identidad sexual entra dentro de sus competencias legislativas en derecho foral a tenor de lo dispuesto en el art. 149.1.8 de la CE, y en la interpretación que el Tribunal Constitucional tiene establecida respecto a los criterios y requisitos de conexión entre la materia nueva que es regulada y el contenido del Derecho Civil foral previa."

Pero, como señala Antonia Durán Ayago[59]:

"Es mucho más interesante desde el punto de vista jurídico analizar la alegación del Ministerio Fiscal en aras de la inconstitucional de la Ley Foral de Parejas Estables sobre la base de la imposibilidad de dos maternidades. Y con relación a esta cuestión, la consideración que realiza la juez es, una vez más, contundente. Partiendo de que no existe una referencia expresa en la Constitución a la adopción sino a la filiación en sus arts. 14 y 39, en los que se garantiza, respectivamente, la igualdad de los hijos y la necesaria protección de los niños prevista en los acuerdos internacionales, hace mención a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, principal baluarte de la protección y la defensa de los derechos de los niños en el mundo, citando el art. 3.1, en el que plasma el principio del interés superior del menor, principio que según el mismo texto afirma, habrá de tener una consideración primordial "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos", expresándose en el art. 21.1 de esta Convención que "los estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial"

59 Antonia Durán, op. cit.

Evidentemente es un caso en el que se operaba sobre una realidad que venía ya dada a la Administración y al Juzgado, la cuestión es la otra la posibilidad de crear familias, de establecer filiaciones en una pareja homosexual, en base a la adopción.

Considero, aun cuando no tengo base técnica para ello, que no podrá llegarse a una conclusión de que una adopción por homosexuales es siempre perniciosa o siempre beneficiosa habida cuenta la división doctrinal existente, considero que la situación quedará, probablemente, a valoración de idoneidad caso por caso, si bien, aun cuando sólo sea por su mayor número, habrá más parejas heterosexuales idóneas que homosexuales[60].

Es por ello que no soy partidario de que se prohíba la adopción por parejas homosexuales, soy partidario de que todos los

---

60 Antonia Durán ,op. cit., señala que "hasta el momento, en los estudios que se han llevado a cabo sobre menores que hayan crecido en el seno de familias homoparentales, no se ha encontrado ningún atisbo de que ese medio pueda influir negativamente en la educación y desarrollo del menor, y mucho menos determinar su sexualidad, como temen los más "avezados". Antes al contrario, se ha constatado que estos niños poseen una serie de aptitudes positivas como son el respeto a los demás y la tolerancia, y una desdibujación de los roles, puesto que sus padres/madres poseen una visión poco tradicional de los roles de género; en consecuencia, se trata de niños/as menos estereotipados, más flexibles en su consideración de los que es apropiado para hombres o para mujeres (cita "Estudio sobre paternidad gay/lésbica" llevado a cabo por el Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid y la Oficinal del Defensor del Menor en colaboración con el Departamento de psicología Evolutiva y de la Educación de la Universidad de Sevilla, asimismo cita "Reflexiones en torno a la adopción por parejas homosexuales" de Ocón Domínguez J. Publicado en Cuadernos de Trabajo Social). Coinciden estos estudios en que lo negativo, si lo hubiera, viene de fuera, de los prejuicios y de la falta de educación en la diversidad y el respeto." Se constata la existencia de estudios si bien hay más de los que cita la autora y no todos son tan positivos como indica ésta pues yo he conocido de primera mano opiniones de técnicos (pediatras, psicólogos y psiquiatras) absoluta y rotundamente contrarios a este tipo de adopciones, es decir, la opinión técnica se halla dividida. Es muy relevante el final del párrafo: el posible rechazo social algo que no es baladí pues puede marcar al niño y, teniendo en cuenta que la adopción es un derecho del niño (como especialmente recalca la misma autora) no podemos concluir que una adopción por homosexuales sea indubitadamente beneficiosa al interés del menor si entraña hoy en día un riesgo de exclusión aun sin culpa de la pareja. Parto de que no me consta acreditada la bondad ni la maldad de tal tipo de adopciones pero esta visto que quienes apuestan por su bondad, que incluso parece que son mejores los niños de estas parejas que los educados en parejas heterosexuales a tenor del comentario que, entrecomilladamente, reproducimos, ven el enorme riesgo de exclusión social.

posibles recursos queden abiertos y de la absoluta libertad de los técnicos a la hora de realizar la valoración de idoneidad por la que, evidentemente, deberán pasar también las parejas homosexuales.

Una prohibición lleva a impedir casos como el de Pamplona antes citado y no considero que hubiera motivos para prohibirlo sin causar graves perjuicios de futuro a las menores habida cuenta que nuestra legislación admite la reproducción asistida y dos mujeres, en base a la misma, pueden plantearse la maternidad sin intervención de un hombre, y que dicho planteamiento puede juzgarse correcto, estable y beneficioso para los menores por parte de psicólogos y por parte de un Juez después de un proceso en el que interviene el Ministerio Fiscal.

En cualquier caso entiendo que subiste el problema de la falta de estudios técnicos completos sobre la materia, que aborden todos sus aspectos incluso el posible rechazo social o aceptación social del menor así adoptado, estudios que son siempre importantes al menos para orientar las valoraciones que se realizarán caso por caso y para ir fijando una doctrina y unos criterios homogéneos.

Importante cuestión la del rechazo social pues aun cuando se pudiera acreditar que este tipo de adopciones no son a priori perjudiciales para el menor sino que, como todas, pueden ser beneficiosas, habrá que tener muy en cuenta si la Sociedad las tolera dado que, caso de no tolerarlas, no creo que fuera conveniente que hubiera menores que abrieran brecha, creo que sería mejor esperar a que vaya cambiando la Sociedad o tener en cuenta por el Juez en todo caso la inexistencia de rechazo social al menor y ello se puede acreditar mediante diversos informes en cada caso concreto.

Evidentemente parto de que la pareja heterosexual a efectos de adopción ha de tener prioridad en el caso de dos parejas igualmente idóneas. Yo entiendo que lo que ha de primar es la idoneidad al caso concreto. Se trata de buscar para el menor el mejor recurso y cada menor tiene un nombre, unos apellidos y unas concretas necesidades y no otras.

Por otra parte es de tener en cuenta que el Código Civil per-

mite situaciones encubiertas de adopción por parejas homosexuales al permitir la adopción por solteros, estos solteros siempre tienen la libertad de elegir pareja. Considero por tanto todavía más injustificable que no se tengan en cuenta a la hora de legislar la existencia de estudios cuando los servicios sociales conocen casos de parejas homosexuales con hijos[61].

Es por ello que, manteniendo mi reserva en cuanto a la falta de estudios completos (psicológico, educativo, sociológico, social y jurídico), exhaustivos y neutrales así como de debates técnicos sobre todas las implicaciones de la cuestión y mi idea de prioridad de las parejas heterosexuales, considero que cualquier prohibición absoluta puede tener efectos negativos más que positivos, que con la valoración de idoneidad y el control Judicial en la constitución de la adopción se garantizaría el interés del menor, y que la realidad social nos sigue superando.

Por último, y no por ello menos importante, es de señalar que, tal y como señalan algunos autores[62] la adopción imita la generación, tiene a sustituir la pareja padre madre por otra pareja al objeto de que se subsane la falta de los progenitores y ello es una idea en la que baso, cuando menos, la prioridad de parejas heterosexuales pero que me lleva a considerar al hilo de las manifestaciones de algunos[63] que, de aceptar la adopción por homosexuales quizá deberíamos plantearnos la posibilidad de adopción por otros núcleos de convivencia como dos hermanas que viven juntas.

Evidentemente este segundo núcleo (dos hermanas) es pro-

---

61 Así se manifestó en el coloquio de la citada jornada del Aula Técnica del día 24 de junio de 2004 por técnicos de reconocida solvencia y experiencia. Se manifestó que no hubo un debate técnico (es decir, entre técnicos; psiquiatras, pedagogos, pediatras, psicólogos, educadores), sobre la cuestión en Aragón cuando se planteó que las parejas homosexuales pudieren adoptar. A lo visto existen informes y estudios técnicos en uno y otro sentido pero no hubo un debate técnico ni se promovió nada al respecto.

62 Antonio del Moral García en el apartado Noticias de la Actualidad Administrativa nº 11, junio 2004, precitado en nota al pie.

63 Asimismo Antonio del Moral, ibídem.

pio para un acogimiento, pero, si aceptamos la adopción por homosexuales como recurso para dar solución a menores, sin entrar en que realmente es una pareja con relación afectiva y sexual, podríamos llegar a pensar en cierto modo el otro tipo de adopción. Reitero que no me niego a la posibilidad de adopción por homosexuales pero sí que me niego a considerar idéntica a estos efectos la relación afectiva heterosexual y la homosexual, es decir, que me niego a la adopción por aplicación del principio de igualdad, con lo cual, unido a ello consideroque la adopción es más un derecho del niño que de los adoptantes, entiendo que el abrir la posibilidad de adopción a parejas homosexuales es algo más complicado de lo que parece y exige un detallado estudio dado, si bien la relación homosexual no es idéntica ni similar al matrimonio tampoco lo es, ni mucho menos, a una relación de dos hermanas pues hay un componente de afectividad y relación sexual que las acerca más a la primera que a la segunda.

De todas formas es de señalar también que la idea de que la adopción imita la naturaleza no es seguida desde que se admite la adopción por personas solteras, tal y como hemos señalado anteriormente. Por ello también considero prioritaria la adopción por matrimonios o parejas heterosexuales a la adopción por personas solteras.

Cuando hablo de prioridad hablo de que cuando la Administración elige pareja evidentemente, a mi juicio, han de ser primero las parejas heterosexuales sobre parejas homosexuales o solteros salvo que exista alguna poderosa razón que, en interés del menor, aconseje cambiar el criterio. Otra cuestión será cuando nuestra Administración no elija por venirle dado el supuesto por la realidad o nos encontremos ante una adopción internacional en cuyo caso ya no podemos hablar de prioridad dado que carece de sentido.

Hemos de señalar, en cualquier caso, que la tesis de la prioridad tiene ya reflejo normativo en Aragón desde el Decreto 79/95, de 18 de abril, por el que se regula la declaración de desamparo y los instrumentos de protección previsto en la Ley 10/89, de 14

de diciembre, de Protección de Menores, pues en su art. 53.1.j relativo a los criterios para valorar la idoneidad de adoptantes y acogedores señala:

«j) Se dará preferencia a la figura materna y paterna.»

La normativa parte de la tradicional filosofía de que la complementariedad paterna y materna es preferible para el menor, se puede decir que esta norma está pensada en cuanto a la preferencia sobre personas solteras pero considero que la misma idea se puede mantener respecto de parejas del mismo sexo dado que, como ya he dicho, a mi parecer la complementariedad de los sexos es, en principio, una mayor garantía de formación en la diversidad del menor por tener los dos referentes.

Controvertido tema el de la adopción por homosexuales que, esperemos, no sea objeto de soluciones simplistas[64] y que dé lugar a un estudio detallado de la cuestión para dar la más adecuada respuesta a una realidad social que va siendo aceptada pero que todavía no lo es y que no sería justo que se realizaran con los menores experimentos tanto sobre la bondad de dichas adopciones como sobre la aceptación social de las mismas.

En cualquier caso, y de establecerse la posibilidad de adoptar en iguales condiciones que las parejas heterosexuales queda la cuestión a ejecución por la Administración autonómica y sus equipos técnicos al objeto de proponer la correspondiente adopción al Juzgado, la guía deberá ser siempre el interés del menor.

Por otra parte se señala, volviendo ya a los requisitos generales, que el adoptante ha de tener catorce años más que el adoptando. Tal y como viene redactado el Código puede dar lugar a

---

64 De lo que me ha transcendido del proyecto del Gobierno de la Nación sobre el particular, la nota de la reunión del Consejo de Ministros del día 30 de diciembre de 2004, se evidencia un proyecto de ley de los más simplista, se limita a reconocer el derecho al matrimonio y el consiguiente derecho a adoptar. Como es habitual ni una sola referencia al interés del menor en la justificación del proyecto, asimismo se parte de "una realidad palpable, asumida por la sociedad española" lo cual es mucho decir vista la doctrina de la Iglesia Católica sobre el tema.

la confusión sobre si la diferencia debe estar entre ambos adoptantes y el adoptando o basta con que uno cumpla con dicha diferencia de edad. Yo me decantaría por que ambos han de tener dicha diferencia de edad al hablar el Código de "En todo caso" y no distinguir como hace respecto de la edad de veinticinco años si bien la doctrina apunta en el sentido de que baste con uno de los cónyuges[65].

En Aragón además en el Decreto 79/1995, de 18 de abril, por el que se regula la declaración de desamparo y los instrumentos de protección previstos en la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores, se establece en su art. 40 la regla de que entre los solicitantes de adopción y el menor no podrá haber más de cuarenta años, entendemos que bastaría con que no haya más de cuarenta años con uno de los dos solicitantes para que pueda tramitarse la adopción.

A mi juicio es un criterio acertado el indicar una distancia máxima en la adopción, si bien quizá hoy en día haya que revisar el hecho de que con cuarenta y dos años, por ejemplo, no se pueda adoptar un recién nacido y el menor dado en adopción deba tener, al menos, dos años. En cualquier caso es una regla que ha de ser observada por la Administración, y, caso de no observarse por esta, por los Tribunales de Justicia pues no por no estar en el Código Civil no es una regla jurídica de obligado cumplimiento.

Se establece, asimismo, en el Código Civil una serie de prohibiciones para adoptar en el art. 175 que afectan a la línea recta de parentesco tanto natural como adoptivo[66], a la línea colateral

---

65 En este sentido María Paz Pous de la Flor, op. cit., p. 75. En mi experiencia profesional nunca se me ha dado un caso en que uno de los adoptantes tenga una diferencia de edad de menos de catorce años con el adoptando.

66 En este sentido, de incluir el parentesco natural y adoptivo se pronuncia, a mi juicio acertadamente Bartolomé Vargas Cabrera, Fiscal del Tribunal Supremo, en "Régimen Jurídico sustantivo de la adopción y funciones del Ministerio Fiscal en la protección de menores. A la luz de la Ley Orgánica 1/1996" artículo del libro "Protección Jurídica del Menor", Ed. Comares, 1997, Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, pp. 87-89.

hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, y a los pupilos por el tutor hasta la aprobación de la cuenta general de la tutela[67].

En cuanto a la adopción a favor de persona ya fallecida el Código Civil la permite en el caso de los tres primeros supuestos del art. 176 2 y siempre y cuando el adoptante hubiera ya prestado ante el Juez su consentimiento.

2.b.2.b. El adoptando

Por lo que respecta al adoptando ha de ser menor de edad no emancipado con carácter general pues el Código es muy restrictivo respecto de la adopción de un mayor de edad o menor emancipado.

Para adoptar a éstos debe haber existido una relación no interrumpida de acogimiento o convivencia iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años. La doctrina coincide en que no es preciso que subsista en el momento de la adopción[68], debe ser ininterrumpida hasta la emancipación o mayoría de edad.

En cuanto a la edad inferior no hay edad mínima, se plantea la problemática de la adopción del nasciturus, nada dice el Código al respecto algún sector doctrinal es partidario de dicha posibilidad[69] mientras que el sector mayoritario no lo es[70].

---

67 Criticada la prohibición que afecta a los tutores por parte de Bartolomé Vargas, op. cit., p. 87, por cuanto "Hubiera sido preferible no confundir la garantía del cumplimiento de las obligaciones patrimoniales del tutor con el interés del menor y encomendar la cuestión a la apreciación judicial *ad casum*".

68 En este sentido, "Elementos de Derecho Civil", Tomo IV, p. 399, y María Paz Pous de la Flor, op. cit., p. 80. Bartolomé Vargas, op. cit., p. 88.

69 Según María Paz Pous, op. cit., p. 79 dicho sector argumenta esta posibilidad para evitar las interrupciones del embarazo

70 Citaremos entre otros además de a María Paz Pou, op. cit., p. 79, a los autores de los "Elementos de Derecho Civil", p. 399, donde se señala que no es posible por cuanto se contempló en los trabajos prelegislativos y se desechó la posibilidad.

Consideramos que sí hay edad mínima que es la de veinticuatro horas para ser reputado nacido si bien los efectos podrían retrotraerse a la fecha del nacimiento y que, en cualquier caso no se puede adoptar recién nacidos por cuanto la adopción se constituye por el Juez y el adoptando tendrá al menos la edad correspondiente al tiempo que tarde en tramitarse el procedimiento, si bien, éste puede iniciarse a las veinticuatro horas del nacimiento puesto que ya existe sujeto adoptable.

Importante va a ser la edad de doce años pues entonces es muy de tener en cuenta la voluntad del menor pues debe dar su consentimiento a la adopción. Evidentemente la voluntad del menor es de tener en cuenta en cualquier caso pues, tenga la edad que tenga, si rechaza a los adoptantes difícilmente puede llevarse a cabo la adopción pero con doce años cumplidos el menor forma parte del acuerdo de voluntades sobre el que ha de recaer la decisión judicial denegando o constituyendo la adopción.

Eduard Solé se pregunta muy acertadamente sobre la capacidad natural del menor y señala[71]:

> «La respuesta está bastante clara en el supuesto de que el adoptado se encontrara incapacitado judicialmente, debido a que en la propia sentencia quedaría determinada la capacidad del sujeto y, por lo tanto, los actos que puede realizar ya estarán establecidos en la misma, correspondiendo al juez determinar si el menor debe consentir, asentir, ser oído o simplemente no debe ni comparecer. Sin embargo el problema surge cuando el adoptado no está incapacitado judicialmente en el momento de constituirse la adopción pero no cuenta con capacidad natural. En este caso corresponderá al juez, tras el preceptivo examen forense, decidir sobre la declaración de voluntad necesaria para la adopción.»

Estoy de acuerdo con las conclusiones a que llega este autor.

---

71 Eduard Solé, op. cit., p. 58.

2.b.2.c. Procedimiento y efectos

El procedimiento para adoptar es uno de los procesos que puede resultar más largos de todos los regulados en nuestro Derecho procesal.

Hemos de tener en cuenta que, con carácter previo al procedimiento de adopción se da un procedimiento de acogimiento y que puede haber en curso una impugnación del desamparo o una reclamación judicial de visitas.

Nos encontramos por ejemplo con el caso prototípico de un acogimiento preadoptivo que ha de formalizarse judicialmente ante la falta de consentimiento de los progenitores, pues bien, lo normal es que durante la tramitación de acogimiento se cruce una impugnación de la declaración de desamparo. Decimos que lo normal es que la impugnación de desamparo se cruce durante la tramitación del acogimiento por cuanto lo habitual es que los padres biológicos reaccionen acudiendo a un abogado cuando reciben la comunicación del Consejo Aragonés de la Adopción relativa a que se ha tomado la decisión de dar a su hijo en acogimiento preadoptivo lo que, en la práctica totalidad de los casos, conlleva la ruptura de relaciones con la familia biológica.

Así pues sucede que se presenta la demanda (o papeleta) de Jurisdicción Voluntaria de acogimiento y desde el mismo u otro Juzgado se comunica la interposición de la impugnación del desamparo.

Una primera duda, no resuelta con carácter general, es si la impugnación del desamparo debe suspender la tramitación del acogimiento. Es de tener en cuenta las siguientes circunstancias a mi juicio:

1— Que el acogimiento, por más que sea preadoptivo, no supone la ruptura de los vínculos parentales. Estamos ante una medida de protección.

2— Que el desamparo es la base de la actuación administra-

tiva pues a un acogimiento preadoptivo es raro que se llegue por un camino que no sea el desamparo, y, caso de que se llegue al mismo sin desamparo previo nos encontraremos ante un asunto no litigioso pues habrá conformidad de los progenitores.

Así pues entiendo que, si bien el acogimiento no supone la ruptura jurídica de vínculos familiares, de triunfar la demanda de desamparo quedaría sin sentido el acogimiento acordado judicialmente y que la prudencia obliga a suspender la tramitación del acogimiento hasta que concluya definitivamente la revisión de la declaración de desamparo. Durante ese tiempo los acogedores se hallan cubiertos mediante la figura de acogimiento provisional a que se refiere el art. 173.3.

Así pues hemos de tener en cuenta esta primera posibilidad, una impugnación del desamparo con sus dos instancias judiciales y, al concluir la misma, una continuación del procedimiento de acogimiento con sus dos instancias judiciales, ello, sin perjuicio de que por algún familiar se tramite algún proceso en solicitud de visitas que, considero, no tendría carácter suspensivo de la tramitación del acogimiento.

La conflictividad judicial en torno a un menor puede ser extrema y complicada y llevar consigo un retraso en el planteamiento de la adopción pues el planteamiento de la misma surgirá en el momento en el que el acogimiento sea firme. No obstante suele suceder que los informes técnicos sobre el proceso de acogimiento preadoptivo se van elaborando con independencia de la conflictividad judicial y que, si el caso se alarga mucho en el tiempo, en el momento en que el acogimiento es firme todo está preparado para tramitar la demanda de adopción.

El proceso de adopción parte del Consejo Aragonés de la Adopción. El Consejo Aragonés de la Adopción, del que ya hemos hecho una referencia parcial en punto al acogimiento, (art. 86 de la Ley aragonesa de Infancia y Adolescencia) es un órgano adscrito al Instituto Aragonés de Servicios Sociales con las siguientes competencias:

A) Acordar la formalización de los acogimientos realizados con el consentimiento de los padres o tutores del menor.

B) Proponer la remisión del acogimiento a la autoridad judicial, conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ante la oposición o falta de consentimiento de los padres o tutores.

C) Formular la propuesta en el procedimiento previo a la adopción.

D) Conocer las actuaciones realizadas en promoción del nombramiento de tutor.

Como vemos es un órgano colegiado de carácter activo no de carácter consultivo, la Ley no le atribuye competencia para la emisión de dictámenes e informe, la configuración legal es de un órgano activo, sin perjuicio de que, en vía reglamentaria se le pudieren a tribuir otro tipo de funciones (art. 86.3 Ley de infancia).

La Ley lo determina como órgano colegiado adscrito al IASS, pues bien realmente es un órgano colegiado que forma parte de la estructura del IASS pues carece de personalidad jurídica propia y separada de modo que su relación con el IASS sea la de una adscripción a la manera que el IASS se halla adscrito al Departamento correspondiente.

Una de las críticas que se han hecho a la Ley de infancia en cuanto a la regulación del Consejo Aragonés de la Adopción es el hecho de que el art. 86.1 fija con detalle la composición del mismo, además es una composición cerrada que no admitiría nuevos miembros salvo que por vía de la delegación del Consejero o del Director Gerente del IASS se dé entrada a otras personas. Esto no obstante el Decreto 67/2003, de 8 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento del Consejo Aragonés de la Adopción ha establecido la asistencia a las sesiones del Consejo de otras personas, pero dichas personas no son miembros del Consejo pues no tienen voto si bien se les concede voz.

Así pues en el art. 8..2 del precitado Decreto se establece la

posibilidad de que el Secretario sea auxiliado en sus funciones por un Vicesecretario[72], este Vicesecretario será un funcionario del IASS.

Asimismo en el art. 9.3 se prevé la posibilidad de que el Presidente convoque a las sesiones del Consejo a profesionales de los equipos técnicos del IASS para prestar su asesoramiento sobre los asuntos que el Consejo considere pertinente, al cual se le concede voz pero no se le concede voto, como es lógico.

Por último en el art. 9.4 se prevé la posibilidad de que el Presidente "en asuntos de especial transcendencia" solicite la asistencia a la reunión de un Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, con voz y sin voto.

El Vicesecretario, de existir, asistirá a las reuniones junto con el Secretario y le auxiliará en el despacho de los asuntos y decisiones del Consejo, habida cuenta la complejidad de los expedientes se considera acertada dicha previsión.

Lo mismo sucede con la presencia de los profesionales y del Letrado, es de tener en cuenta que los profesionales de los equipos técnicos son los que tratan de primera mano a los menores y su familias y que un informe presencial de los mismos puede ser muy conveniente a la hora de decidir sin que ello vincule en ningún caso al Consejo.

En cuanto a la presencia del Letrado es de destacar que va a ser el encargado de defender judicialmente las decisiones del Consejo y de promover acogimientos y adopciones, se juzga conveniente la previsión de llamarlo en asuntos de especial transcendencia al objeto de aclarar dudas jurídicas de modo presencial, en cualquier caso el Consejo, a través de su Presidente (que es el Consejero), siempre puede solicitar dictamen de la Dirección General de Servicios Jurídicos, o de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón órgano supremo consultivo del Gobierno de Aragón.

---

72 Fórmula tomada del Reglamento de organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón.

Tomada la decisión por el Consejo se remite con todo el expediente a la Dirección General de los Servicios Jurídicos al objeto de que se formule la correspondiente demanda.

El procedimiento se ha de tramitar, salvo el incidente relativo a la incursión o no en causa para la privación de la patria potestad, con arreglo a las normas de la Jurisdicción Voluntaria recogidas todavía en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Básicamente consiste en la formulación de la demanda acompañada del expediente en el que la Administración funda su solicitud, tas la incoación de los Autos correspondientes se recaba la ratificación y consentimiento de los propuestos y del menor si tuviere doce años, tras ello se cita a los padres biológicos.

En la demanda se señala que dichos padres biológicos han de ser meramente oídos pues se encuentran incursos en causa de privación de la patria potestad tal y como se demuestra con la declaración de desamparo (que goza de mayor fuerza si, caso de haber sido combatida, ha sido ratificada judicialmente), en el caso de que los padres estén privados de la patria potestad por Sentencia firma únicamente se cita esa circunstancia y ni tan siquiera se les oye (art. 177 Cc).

La demanda suele citar directamente que sean meramente oídos por hallarse incursos en causa de privación si bien es claro que el Código Civil en su art. 177.2.2º señala que:

> "Esta situación sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio el cual podrá tramitarse conforme dispone el art. 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil."

Este artículo 1827 ha sido sustituido por el art. 781 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que establece:

> "Procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción.
>
> 1— Los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán compare-

cer ante el tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente y manifestarlo así. El tribunal con suspensión del expediente, señalará el plazo que prudencialmente estime necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser inferior a veinte días ni exceder de cuarenta. Presentada la demanda, se tramitará con arreglo a lo previsto en el art. 753.

2— Si no se presentara la demanda en el plazo fijado por el tribunal se dictará auto dando por finalizado el trámite. Dictada esta resolución, no se admitirá ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre necesidad de asentimiento para la adopción de que se trate."

Este artículo tiene la virtud de salvar las deficiencias de la anterior regulación señalando un plazo para formalizar demanda por los padres, anteriormente no se señalaba tal plazo y se daba la circunstancia que, de no formalizar demanda los padres, se consideraba por el Juzgado que debía formalizarse por la Administración al objeto de poder solventar la controversia. El procedimiento principal de adopción queda suspendido pues desde que los padres comparecen afirmando su derecho de asentir se abre juicio verbal (tal y como señala el art. 781 LEC) para solventar el incidente.

Ni que decir tiene que en dicho juicio verbal la declaración de desamparo juega en contra de los padres biológicos, evidentemente, si la declaración de desamparo ha sido confirmada judicialmente lo coherente es que el juicio verbal concluya con la desestimación de la demanda de los padres.

En estos litigios, como ya indicamos en el capítulo relativo a la impugnación del desamparo, se viene a discutir, normalmente, un tema serio, y que ya apuntamos con anterioridad, cual es la mejora de fortuna de los padres, es decir, a veces, no se pone tanto el énfasis en la situación de desamparo producida hace tiempo sino en la situación actual: los padres biológicos han mejorado en su situación y se hallan, según ellos, capacitados para atender al menor.

La Jurisprudencia en general no niega esa posibilidad de plano

refrendando el desamparo sin más sino que suele entrar a una valoración de las circunstancias, así citaremos, por ejemplo, la Sentencia nº 563/98, de 21 de octubre, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Asturias cuando señala:

> "El procedimiento judicial de adopción, como señala la STC 114/1997, de 16 junio, no puede ser analizado aisladamente, sino en función de los datos anteriores al inicio del expediente, entre los que resulta especialmente relevante el dato de que la solicitud de adopción fuera adoptado por una Administración Pública, la Consejería de Servicios Sociales del Principado de Asturias, tras sustanciar el correspondiente proceso administrativo en el que la menor, C., había sido declarada en situación de desamparo, y en el que dicha entidad pública asumió su tutela y guarda legal, por Resolución judicial de 25 enero 1993; situación que subsiste en el momento en que se inicia el expediente de adopción puesto que un Auto posterior de 25 enero 1995, sólo modificó la de su hermana L., y otro de 20 de septiembre la de esta misma para atribuir nuevamente su guarda a la Consejería, sin que conste que los actores pusieran alguna clase de reparos a dichas resoluciones judiciales. Desde entonces hasta ahora la situación viene siendo prácticamente la misma, con el añadido de que el tiempo transcurrido ha venido a consolidar una suerte de relaciones irreversibles en atención a la edad de la menor y a su desvinculación con sus padres biológicos, que el juzgador ha podido verificar mediante toda la información que resultó precisa para asegurarse de que la medida adoptada resultaba beneficiosa para la menor, cuyos intereses son prevalentes, como proclama la nueva Ley del Menor 1/1996, de 15 enero, sin que todo ese conjunto de datos haya sido desvirtuado por la aparente mejora de los padres en orden a la vivienda o a la ocupación laboral, cuando la comunicación con su hija no ha pasado de ser meramente residual por más que se quiera destruir la apreciación valorativa sobre las visitas que cons-

tata la sentencia apelada con el argumento de que no se ha realizado prueba suficiente para considerarlo acreditado dado dicho extremo se justifica mediante documentos expedidos por la entidad pública que han sido puestos procesalmente al alcance de los recurrentes, sin que por ninguno de ellos se intentara presentar documentos u ofrecer justificaciones, en los amplios términos que les permitían los artículos 1816 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

En el caso que citamos es de ver que la aparente recuperación socio-familiar de la familia es valorada junto con el resto de circunstancias.

Un elemento importante a tener en cuenta en este tipo de juicios y en caso de duda sobre la situación de la familia biológica es un informe pericial psicosocial actualizado, informe a emitir por el gabinete psicosocial adscrito al Juzgado para el caso de existir éste. El dictamen psicosocial debería versar sobre el impacto que en el menor causaría una hipotética reinserción familiar dado que lo fundamental es el interés del menor.

Esto no obstante, en algún caso, la Jurisprudencia parece señalar con cierta claridad que ha de tenerse en cuenta básicamente la situación en el momento de la declaración del desamparo.

En este sentido citaremos la Sentencia 263/2004, de 4 de mayo, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza cuando señala:

"El momento al que hay que referir si los padres biológicos están incursos o no en causa de privación de la patria potestad es aquel en que se decrete el desamparo y no otro posterior, no resultando relevante en el caso el cambio circunstancial que la recurrente refiere, que en el estado probatorio alcanzado no puede prevalecer sobre el hecho de que durante años hizo dejación de sus funciones, que la menor hubo de ser acogida en una institución, asumiendo la Administración su tutela y que el deseo de no prolongar esta situa-

ción hizo necesario su acogimiento, que según los informes emitidos cumple satisfactoriamente las necesidades del menor, desaconsejando su interés la ruptura con su familia de acogida y su reintegración con la biológica. Una constante jurisprudencia concibe la institución de la patria potestad «en beneficio de los hijos», consecuentemente con o cual —dice la STS 23-3-99— «si como resulta de la prueba practicada el interés de la menor se satisface de mejor modo en su actual ámbito familiar, debe prevalecer este interés sobre un ejercicio a fortiori de la patria potestad, dándose, como se dan, los incumplimientos graves de los deberes inherentes a la misma»."

Esto no obstante, como podemos ver, si bien la Sentencia precitada parte de que hay que tener en cuenta la situación en el momento de la declaración del desamparo, admite la prueba del cambio de circunstancias de los padres y la decisión en último término de acuerdo al interés del menor.

Concluso el juicio verbal se da recurso de apelación en ambos sentidos ante la Audiencia Provincial y recaída Sentencia de la Audiencia es cuando se sabe cómo se continúa, si los padres ven desestimada su pretensión son meramente oídos (ya lo han sido en realidad y por eso no se da nuevo trámite) y se sigue el procedimiento con el informe del Ministerio Fiscal, si se reconoce el derecho a asentir de los padres éstos pueden poner fin a la adopción, con lo cual puede darse un verdadero bloqueo de la situación pues el acogimiento será firme y los propuestos son acogedores no tiene por qué ceder al niño a los biológicos, simplemente no lo podrán adoptar, corresponderá a los biológicos entablar demanda para la recuperación del menor.

Podría darse el caso de un asentimiento voluntario de los padres biológicos del menor, en la adopción, a diferencia del desamparo, la constitución judicial es la única forma, con lo cual el art. 1830 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 establece que:

"el asentimiento a la adopción que hayan de prestar el

cónyuge del adoptante y los padres del adoptando habrá de formalizarse, bien antes de la propuesta, ante la correspondiente entidad, bien en documento público, bien por comparecencia ante el Juez".

Si bien añade el párrafo segundo:

"Si cuando se presenta la propuesta o solicitud de adopción hubieren transcurrido más de seis meses desde que se prestó el asentimiento, será necesario que éste sea renovado ante el Juez".

Respecto de la madre biológica sólo será admisible su asentimiento si este se presta transcurridos treinta días desde el parto (art. 177.2.2º último párrafo del Cc) Regla que se ha entendido siempre como regla de prudencia, para que la madre haya tenido ocasión de pensar una decisión tan importante después del parto[73].

De seguir el procedimiento por asentimiento de los padres o tras la desestimación de sus tesis, llegamos al informe del Ministerio Fiscal y al Auto de adopción que es cuando se constituye la adopción.

Dicho Auto de adopción admite también apelación en ambos efectos ante la Audiencia Provincial, como es de ver, si se han interpuesto todas las posibles demandas desde el desamparo la adopción definitiva puede llegar muy tarde, lo que sume en la desesperación a los padres adoptantes. Por otra parte cuando se interponen todas las demandas posibles y, en su consecuencia, se tramitan todos los procedimientos posibles, siempre e acaba discutiendo de lo mismo: cuál es la capacidad o incapacidad de los biológicos de satisfacer las necesidades del menor, es decir, las circunstancias que dan lugar al desamparo.

Dichas circunstancias, aun cuando han sido revisadas en juicio sobre la declaración de desamparo y en el Juicio Verbal sobre si los padres se hallan incursos o no en causa de privación de la

73 En este sentido, entre otros, Eduard Solé Alamarja, op. cit., p. 59.

patria potestad, se vuelven a alegar en la apelación del Auto constitutivo de la adopción, apelación que sólo versará, si el resto de asuntos están ya resueltos, sobre las condiciones objetivas para adoptar y sobre si los adoptantes propuestos son o no convenientes al menor. En este orden de cosas, y en relación con el último punto, es de destacar que el Juez de instancia puede no aceptar los adoptantes propuestos por la Administración si no los considera convenientes para el menor. Entiendo que las facultades del Juez de constitución de la adopción, como en el caso del acogimiento, alcanzan hasta ese extremo, si bien, la resolución judicial podrá apelarse por la Administración o por los adoptantes si se personan en el procedimiento lo cual autoriza la Jurisprudencia constitucional.

Es de señalar en este sentido la Sentencia de 20 de mayo de 2002 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, referida a propuestos para acogimiento e hipotéticos futuros adoptantes, que declara:

> "En lo que interesa a este recurso de amparo, hemos declarado en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, que "en este tipo de procedimientos 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" (STC 114/1997, de 16 de junio, FJ 6, en el mismo sentido STC 298/1993, de 18 de octubre, FJ 3). 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" (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2). En este sentido no puede dejar de traerse a colación la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, que prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres "se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones" (art. 9.2).

De otra parte, en tales procedimientos se configura como prevalente el interés superior del menor. Principio que con carácter general proclama la mencionada Convención, al disponer que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (art 3.1), Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño tanto administrativas como judiciales (Exposición de Motivos, arts 2, 11.2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, arts. 172.4, 173.3 y 4, 173 BIS, arts 1826 y 1827 LEC)" (FJ 4) (...)

Y continúa la Sentencia en su Fundamento Jurídico Sexto:

"Ateniéndonos a las concretas circunstancias concurrentes en el presente caso, ha de resaltarse la condición de los demandantes de amparo de acogedores preadoptivos de los dos menores. La figura del acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia, e impone a los acogedores las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral (art. 173.1 Cc). Entre las diversas modalidades de acogimiento familiar que se prevén en nuestra legislación

de menores el acogimiento familiar preadoptivo se formaliza por la entidad pública competente cuando ésta eleva propuesta de adopción del menor ante la autoridad judicial siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados y hayan prestado ante la entidad pública su consentimiento a la adopción y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para la adopción, pudiéndose también formalizar cuando la entidad pública considere, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, que fuera necesario establecer un periodo de adaptación del menor a la familia (art. 173 Bis 3º Cc). Asimismo se podrá acordar por la entidad pública en interés del menor con carácter provisional, como ha acontecido en el supuesto que nos ocupa, cuando los padres o tutores no consientan o se opongan al acogimiento que subsistirá hasta tanto se produzca resolución judicial (art. 173.1 Cc). En este sentido ha de compartirse la afirmación del Ministerio Fiscal de que los acogedores preadoptivos gozan de un status jurídico reforzado respecto a los demás acogedores en general, ya que, además de ser, al menos, guardadores del acogido, tienen una expectativa de convertirse en adoptantes del mismo.

Pues bien, en atención a la condición de los demandantes de amparo de acogedores preadoptivos de los menores y en atención también al objeto del procedimiento, en el que, en virtud de la acumulación de autos acordada por el Juzgado de Primera Instancia, se ventilaba no sólo la oposición a la declaración de desamparo sino también la formalización judicial del acogimiento preadoptivo a favor de los demandantes de amparo, no cabe negar a éstos un evidente interés legítimo en el objeto del procedimiento a fin de personarse y ser oídos en el mismo puesto que la decisión judicial que habría de dictarse y, consiguientemente, el mantenimiento y confirmación judicial de esa situación de acogimiento preadoptivo, como aconteció en la primera instancia, o su revocación, afectaba eviden-

temente a su esfera jurídica, ya que, de confirmarse el desamparo, continuarían en su condición de familia de acogida, y podrían ver cumplida su expectativa de instar la adopción de los menores, y, de revocarse. No sólo se anularía el acogimiento familiar, sino que se vería frustrada aquella expectativa. En consecuencia, siendo los demandantes de amparo titulares de un interés propia y cualificado, vinculado al objeto del procedimiento, no cabe duda de que poseen un interés legítimo para personarse y ser oídos en el mismo. Por lo demás, como señala el Ministerio Fiscal, tal derecho de audiencia de los acogedores en el procedimiento de constitución de cualquier clase de acogimiento aparece plasmado en el art. 1828 LEC".

En cuanto a los efectos de la adopción se regulan en los arts. 178 a 180 del Código Civil, al respecto destacaremos que el menor pasa tener el estatus de hijo con todos sus derechos y obligaciones (art. 108 del Código Civil) y que se produce una ruptura de vínculos con la familia biológica a todos los niveles: personales y patrimoniales si bien con ciertas limitaciones pues es evidente que el menor es hijo biológico de otras personas, así los autores de los Elementos de Derecho Civil señalan:

"Los vínculos que se extinguen son los que el adoptando tenía con su familia anterior cualquiera que sea su origen (biológico o legal), naturaleza (matrimonial o no), y ordinal (originaria o sucesiva); también, por tanto, la familia adoptiva previa y los vínculos parentales extramatrimoniales. Esta ruptura, empero, es compatible con la sucesiva determinabilidad de la paternidad o maternidad biológica— antes desconocida— del adoptado; determinación que, sin embargo, no otorgará vínculos jurídicos. Como dice la profesora Valladares, aunque sólo sea a efectos del impedimento matrimonial, podrá determinarse la paternidad o maternidad; solución que aboga también el art. 180.4 del Código Civil."[74]

74 "Elementos de Derecho Civil", Tomo IV, p. 403.

Efectivamente el Código Civil ya prevé esta situación en sus arts. 178.3 y 180.4.

Por otra parte el art. 178.2 establece dos casos de subsistencia de los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna:

1— Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido.

2— Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir.

Caso de autorizarse el matrimonio civil entre personas del mismo sexo y la adopción por éste tipo de matrimonios estas reglas deberán cambiar.

En cuanto a la irrevocabilidad se establece como regla general en el art. 180 si bien el apartado 2 de este artículo permite la revocación de la adopción:

> "El Juez acordará la extinción de la adopción a petición del padre o de la madre que, sin culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente en los términos expresados en el artículo 177. Será también necesario que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor".

Se requieren, pues, varias condiciones cumulativas:

A) Que el padre o la madre biológicos, sin culpa por su parte, no hubieren intervenido en el procedimiento en el momento de prestar su asentimiento o ser oídos.

B) Que no hayan pasado más de dos años desde la constitución de la adopción.

C) Que la extinción no perjudique gravemente al menor.

Evidentemente hay pocas posibilidades de revocación de una

adopción pero una incorrecta tramitación administrativa o judicial del proceso no realizando las comunicaciones pertinentes a los padres o no insistiendo en intentos de averiguación de su paradero de ser posibles éstos podría llevar a que se diera el primer requisito, sólo sería preciso que no hubieran pasado dos años desde la constitución de la adopción para tener que entrar a discutir el punto tercero: el interés del menor.

Es presumible que, aun cuando se den las dos primeras circunstancias, si el menor ha llegado a ser adoptado, lo normal es que los padres se hayan despreocupado de él, con lo cual, es previsible que el interés del menor exija el mantenimiento de la adopción.

2.b.2.d. La adopción internacional

Como último apartado de la adopción trataremos de la adopción internacional. Evidentemente nos salimos de la línea de protección de los menores nacionales y entramos en la acción administrativa destinada a satisfacer la demanda nacional de niños. Podría darse el caso de ser España uno de los países de adoptandos pero es uno de los países de adoptantes y ello por cuanto la adopción internacional va dirigida a menores desprotegidos, no es que sea así literalmente según el Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 (BOE 1 de agosto de 1995) pero se desprende del mismo con meridiana claridad[75].

Así pues la realidad es que en España hay más parejas dispuestas a adoptar que menores nacionales en situación de ser adoptados, y me refiero a parejas heterosexuales no incluyo ya ni

---

75 Eduard Solé Alamarja op. cit. Pag 69 define la adopción internacional aquella «...que se produce cuando una persona o pareja de un país determinado adopta a un menor o grupo de menores abandonados, o en situación de abandono, de otro país que tiene leyes y costumbres diferentes al país de los adoptantes» discrepo del último inciso dado que ello puede ser así o no pues lo importante es adoptar a un menor de otro país y no que este país sea del mismo o diferente ámbito cultural. El Convenio de la Haya exige que el menor sea adoptable y que no haya podido ser adoptado en el país de origen de ahí deduzco que se trata de un menor abandonado o sin familia, un menos desprotegido y sujeto por ello a un sistema de protección en su país.

personas solteras ni parejas homosexuales, con lo cual numerosas parejas españolas acuden a la adopción internacional para ver cubierta esa legítima necesidad natural de la paternidad y maternidad. Asimismo es importante el número de personas solteras que acuden a esta fórmula de adopción.

El cambio respecto de la adopción nacional es importante dado que el país de los adoptantes («Estado de recepción» en adelante según el art. 2 del Convenio de la Haya) controla la idoneidad de los adoptantes pero desconoce al adoptando y es el país del adoptando («Estado de origen») el que decide si da en adopción a su menor a los adoptantes que aparecen certificados como idóneos por otro país.

La acción administrativa en España, Estado de recepción casi por antonomasia afortunadamente, se vertebra entre la Administración del Estado y las Administraciones Autonómicas, el peso fundamental lo tendrá la Autoridad Central autonómica y la correa de transmisión con la Autoridad o Autoridades Centrales de los países miembros le corresponde a la Administración del Estado a través de los Ministerios de Asuntos Exteriores y Asuntos Sociales y consiste en remitir la documentación de la Autoridad Central Autonómica correspondiente.

El Convenio de la Haya tiene la clara finalidad expresada en su preámbulo:

> «Convencidos de la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños.»

A veces los particulares, guiados por una legítima necesidad, no comprenden la necesidad de tramitar el procedimiento de forma correcta, no comprenden la necesidad de que quede claramente acreditado el cumplimiento de todos los requisitos precisos para adoptar internacionalmente a un menor, pero únicamente el cumplimiento estricto del procedimiento es garantía de una correcta

actuación y de un correcto resultado y, en las adopciones internacionales, es de extremar el cuidado en ello pues resulta particularmente difícil y dolorosa la decisión de vuelta atrás si se acreditares con posterioridad, por ejemplo, que el menor no era adoptable.

Al no tener la Autoridad Central autonómica la posibilidad de asignar los menores a las parejas ha de afinar necesariamente en los certificados de idoneidad y, particularmente, en los estudios psicológicos y sociales que sirven de base a dichos certificados.

Hay que rechazar de plano las adopciones por exclusivos o predominantes motivos de solidaridad, la adopción es una institución dirigida a constituir un vínculo de filiación (art 2.2 del Convenio de La Haya), el adoptante ha de tener muy claro que la adopción lo es a efectos propios de vínculo de filiación y lo ha de tener más claro aún que en el caso de las adopciones nacionales dado que el adoptando ha de aclimatarse a las costumbres, lengua, tradiciones, etc... del Estado de recepción que en poco o en mucho variarán con respecto al Estado de origen.

Es por ello que en la adopción internacional ha de estudiarse con especial rigor la motivación de los adoptantes pues resultaría catastrófico una declaración de desamparo de un menor rechazado por la familia adoptante, catastrófico es en el caso de las adopciones nacionales pero en el caso de las internacionales el menor queda sin apoyos en un país que no es el suyo.

Es de rechazar también la manida idea que en España están mejor que en su país de origen, el menor puede que esté mejor con una familia que sepa lo que quiere y que quiere tenerlo como hijo pero no sólo por dotarle de medios materiales va a estar mejor, es de señalar que es muy importante el desarraigo que va a sufrir el menor y que ello sólo se colma con una voluntad seria de adopción.

Desarraigo lo hay en todo caso pues el menor debe conocer sus orígenes por sus padres de adopción, tiene derecho a ello,

además en la adopción internacional en muchos casos el ser de raza distinta en un país de otra raza predominante exige que el menor tenga muy bien integrado su origen y se sienta orgulloso de su país de procedencia.

Así pues, contra lo que muchas veces se cree, es preciso perfilar con mucha exactitud los informes, además es de tener en cuenta que se trata de informar a las autoridades del país de origen que han de tomar la decisión sobre la asignación del menor[76].

La normativa aragonesa, Decreto 79/95, es muy clara sobre el particular en el art. 53.1 del citado decreto se establece que en el proceso de valoración (se refiere a adopción en general no en particular a la internacional) se tendrán en cuenta los siguientes criterios de idoneidad:

> «a) La ocultación o el falseamiento de la información facilitada podrá dar lugar a una valoración negativa y a la exclusión del Registro de Protección de Menores.
>
> b) Los solicitantes que no acepten el desarrollo del proceso de selección, valoración, constitución y seguimiento no podrán ser declarados idóneos.
>
> c) Que el deseo de acogimiento o adopción sea compartido por los solicitantes y aceptado por todos los miembros del núcleo familiar.
>
> d) Que exista un entorno relacional amplio y favorable a una integración del menor acogido o adoptado.

---

76 Eduard Solé, op. cit., p. 85, señala que sólo hace falta investigar sobre la capacidad de los padres adoptivos y no sobre sus rasgos personales. Evidentemente no se puede entrar en las ideas de cada cual pero la motivación de la adopción es preciso estudiarla así como la tolerancia o no a otras culturas y la flexibilidad en sus planteamientos. A mi juicio, respetando siempre las ideas de cada cual, se debe entrar en las motivaciones y en los rasgos de la persona pues son éstos los que determinan su capacidad, caso contrario estamos hablando únicamente de circunstancias objetivas o materiales y ello no es todo para establecer un vínculo de filiación. Puede verse que la tónica de la normativa aragonesa es muy otra que la que señala este autor.

e) Capacidad de cubrir las necesidades del menor.

f) Flexibilidad de actitudes y adaptabilidad a nuevas situaciones.

g) Aceptación de las relaciones del menor con la familia de origen, en el caso de previsión de retorno.

h) la disponibilidad y aceptación de formación serán elementos valorables para la idoneidad.

i) Aceptación de las características del menor.

j) Se dará preferencia a las figuras paterna y materna.

k) Motivaciones claras y válidas que revelen el deseo de aceptar a un menor.

l) Capacidad y disposición para afrontar y asumir las dificultades que pueden representar el proceso de integración de los menores.

m) Capacidad de respetar el vínculo de los hermanos.

n) Capacidad para asumir el carácter temporal de la medida de protección con posibilidad de retorno.

ñ) Se valorará negativamente las solicitudes en las que se aprecien actitudes discriminatorias que condicionen el acogimiento y la adopción a características físicas, al sexo de los menores o a la procedencia socio-familiar de los mismos.

o) Se valorará negativamente el rechazo injustificado del menor salvo el que tenga motivo en su estado de salud.»

Son criterios pensados para todo tipo de adopciones pero, por la fecha de la normativa más bien para la nacional dado que la adopción internacional comenzó realmente a funcionar de modo constante y ordenado y a incrementarse en y a partir del año 1996 todo ello a raíz de la Ley Orgánica 1/1996 que abordó decididamente la materia.

En cualquier caso estos criterios sirven para la adopción nacional salvo, por ejemplo, el de la preferencia a las figuras paterna

y materna dado que habida cuenta que no hay lista de menores adoptables no procede una preferencia, se trata tan solo de valorar a la persona pero no de asignarle una posición para lista alguna.

El procedimiento comienza en el país de recepción, según el art. 5 del Convenio de la Haya cuando las Autoridades del Estado de recepción:

«A) Han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar.

B) Se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados.

C) Han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.»

Por otra parte las adopciones a que se refiere el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las Autoridades del país de origen (art. 4):

«A) Han establecido que el niño es adoptable.

B) Han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño.

C) Se han asegurado de que:

1. Los personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen.

2. Han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado y constatado por escrito.

3. Los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados.

4. El consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño.

D) Se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño de que:

1. Ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción cuando éste sea necesario.

2. Se ha tomado en consideración los deseos y opiniones del niño.

3. El consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito.

4. El consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna.»

Como decimos el procedimiento se inicia en el estado de recepción (art. 14 del Convenio) Estado que deberá acreditar ante la Autoridad Central del Estado de origen que los candidatos o el candidato propuesto cumple con los requisitos para adoptar y a tal efecto remitirá el informe correspondiente que remitirá al país de origen elegido por los candidatos. Es de tener en cuenta que las valoraciones se hacen en relación al país o países en donde se pretende adoptar.

La Autoridad Central del país de origen realiza la denominada preasignación, elige un menor y manda informes del mismo a la Autoridad Central del Estado de recepción. La preasignación ha de ser aceptada por los candidatos así como por la Autoridad Central del Estado de recepción (art. 17 del Convenio).

Una vez aceptada se manifiesta al país de origen y los candidatos se trasladan al mismo para hacerse cargo del menor, las

modalidades son diversas dependiendo del país de origen, algunos viene con el menor ya adoptado y otros con el menor en guarda para adopción y dicha adopción ha de tramitarse en España por la Autoridad Central correspondiente.

Puede verse que el proceso es entre Autoridades Centrales si bien el Convenio permite la existencia de organismos acreditados para (art. 10):

«a) Reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en la medida necesaria para realizar la adopción.

b) Facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción.

c) Promover, en sus respectivos Estados, el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones.

d) intercambiar informes generales de evaluación sobre las experiencias en materia de adopción internacional.

e) Responder, en la medida que lo permita la Ley de su Estado, a las solicitudes de información motivadas respecto a una situación particular de adopción formuladas por otras Autoridades Centrales o por autoridades públicas.»

Dichos organismos acreditados aparecen también recogidos, como no podía ser de otra manera, en el art. 25 de la Ley Orgánica 1/96 que exige que sean «entidades sin ánimo de lucro inscritas en el registro correspondiente, que tengan como finalidad en sus estatutos la protección de menores, dispongan de los medios materiales y equipos pluridisciplinares necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas y estén dirigidas y administradas por personas cualificadas por su integridad moral y por su formación en al ámbito de la adopción internacional».

En Aragón se promulgó al respecto el Decreto 16/1997, de 25 de febrero, del Gobierno de Aragón por el que se regula la habilitación de entidades colaboradoras de adopción internacio-

nal, y que ha dado lugar ya a las correspondientes habilitaciones y actuaciones en nuestra Comunidad Autónoma de entidades colaboradoras, el citado Decreto en su art. 2.1 establece:

> «Tendrán la consideración de entidades colaboradoras de adopción internacional aquellas asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro, inscritas en el registro correspondiente, en cuyos estatutos figure como fin la protección de menores y que, reuniendo los requisitos previstos en esta norma, obtengan la correspondiente habilitación de la Dirección General de Bienestar Social de la Comunidad Autónoma de Aragón, para intervenir en funciones de mediación en adopción internacional en los términos y condiciones establecidas en el presente Decreto.»

Hoy en día esa competencia atribuida a la Dirección General de Bienestar Social corresponde en Aragón al Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS) tal y como ya señalamos con anterioridad y ello a partir de 1999.

El art. 6 del Decreto precitado especifica los requisitos que se exigen para la habilitación en plena sintonía con lo establecido en la Ley Orgánica 1/96. En los artículos 15, 16 y 17 se especifican las funciones previas, las actuaciones en el país de origen del menor, y las actuaciones posteriores que pueden y deben desarrollar dichas entidades.

Las citadas entidades tramitan el expediente a los solicitantes frente a la Autoridad Central del Estado de recepción, se encargan de remitir el expediente a la Autoridad Central del país de origen del menor, tramitan la adopción o custodia para adopción del menor en su país de origen y se encargan de traerlo a España, todo ello dando cuenta a la Autoridad Central de España que corresponda. En cualquier caso, si la adopción ha de tramitarse en España dado que el menor viene con un a guarda o custodia con fines adoptivos sigue siendo precisa la tramitación con arreglo a la normativa interna española y aragonesa en nuestro caso,

y es preciso el Acuerdo del Consejo Aragonés de la Adopción y la promoción de la adopción por la entidad pública.

Hemos tratado de las adopciones practicadas dentro del Convenio de la Haya, respecto de las realizadas con países no firmantes la Ley Orgánica 1/96 en su artículo 25 exige que los adoptantes españoles cuenten con el certificado de idoneidad expedido pro la correspondiente entidad pública en todo caso y, cuando lo exija el país de origen, se expida por éstas el compromiso de seguimiento. Evidentemente la actuación de la entidad pública de Protección (denominada en el Convenio de la Haya Autoridad Central) no se desdibuja dado que nuestro Derecho parte de un control del proceso por parte de la Administración y el control del proceso se centra en la recepción de las solicitudes y la valoración de la idoneidad. Sin esta previa actuación administrativa la adopción que pudiere conseguirse en el extranjero, cuestión que de por sí será complicada, tendrá difícil su inscripción en España.

Como hemos señalado reiteradamente la certificación de idoneidad (cuya negativa tiene el mismo cauce de impugnación que la declaración de desamparo) es el punto fundamental en este tipo de adopciones pero, como no se controla la elección del menor por la Autoridad del estado de recepción y siendo muy consciente la Autoridad Central del Estado de recepción que dicho menor va a ser elegido por otro país pero que, en definitiva, va a venir a residir a España, se aquilata en numerosos casos la edad, que ha de tener el menor, más bien el margen de edad.

Considero que ello sólo puede hacerse en aplicación del art. 49 del Decreto 79/95 cuando establece que «se tendrá en cuenta que la diferencia de edad entre los solicitantes y el menor no sea superior a cuarenta años», es decir un dato objetivo basado en norma de aplicación, fuera de ello el limitar las posibilidades de adoptar a ciertos menores deberá venir muy justificado en los correspondientes informes psicológico y social (artículo 54 del Decreto).

Concluyo aquí este breve estudio de la adopción internacio-

nal cuestión muy de moda en estos tiempos y, como he dicho, habida cuenta la gran cantidad de solicitudes de adopción en España el correlativamente escaso número de menores españoles adoptables, tendente a incrementarse paulatinamente.

2.b.3. La plena autonomía por vida independiente

Volvemos en este epígrafe a retomar la línea de las soluciones previstas para un menor que queda bajo la tutela de la Administración estudiado ya el acogimiento y la adopción.

Una de las soluciones previstas como medida de protección en el art. 46 de la Ley de infancia en su letra h son:

> "Las actuaciones en beneficio de los que cumplan dieciocho años en situación de tutelados por la Administración, a fin de que obtengan plena autonomía e integración social".

Llama la atención que la Ley piense en los mayores de dieciocho años, edad en la que, por mayoría de edad civil se extingue la tutela, y no se refiera a la posibilidad de emancipación por vida independiente (a partir de los dieciséis años respecto de los sujetos a vecindad civil común y 14 respecto a los sujetos a vecindad civil foral aragonesa),a mi juicio es más real hoy en día estar preparado para afrontar la vida con dieciocho años que con dieciséis y no vamos a decir nada respecto de los catorce. Esto no obstante es de señalar que en el sector de la sociedad en el que se desenvuelve la acción social de la Administración Pública sucede que hay menores con dieciséis años con plena capacidad para desenvolverse en la vida y que con un apoyo formativo por parte de la Administración podrían superar la situación de tutela administrativa en base a una emancipación.

Para esta emancipación entiendo que bastaría una resolución administrativa levantando la tutela ex lege por causa de vida independiente del menor, esto no obstante, se plantea el problema de que en ese momento se recupera la patria potestad o autoridad familiar por los padres o la tutela ordinaria por los tutores, es por

ello que la tramitación una emancipación judicial por la vía de 321 del Código Civil sería muy útil para evitar la recuperación de patria potestad o autoridad por los padres biológicos o la tutela ordinaria por el tutor.

El citado art. 321 del Código Civil establece:

> "También podrá el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicitare"

La edad es dieciséis años aun cuando se ostentare la vecindad civil foral aragonesa pues los catorce años sólo se refieren a la emancipación por vida independiente (art 319 del Cc).

Por ello la edad de dieciséis años, que coincide con la edad mínima laboral, es una edad que debe tenerse ya en cuenta a efectos de la plena autonomía pues se dan muchos casos que es la única solución que acepta el menor siendo éste refractario a otro tipo de medidas o actuaciones.

Entendemos que para la emancipación por vida independiente, como para cualquier tipo de emancipación, el menor ha de tener una madurez, de ahí que sigamos siendo críticos con esa norma de nuestro Derecho aragonés que atribuye la mayoría de edad al menor aragonés casado. La única posibilidad que queda para evitar graves errores al respecto es una correcta tramitación del expediente relativo al matrimonio insistiendo en los deberes propios del estado matrimonial respecto de los contrayentes menores de edad. Es de señalar que la mayoría de edad civil es cualitativamente más importante que la mera emancipación.

2.b.4. Otras medidas. La promoción de la tutela ordinaria

Nos hemos referido a las medidas que más habitualmente se utilizan por la Administración para encauzar y dar solución a las situaciones que desembocan en una declaración de desamparo.

Esto no obstante una de las actuaciones más tradicionalmente

contempladas en nuestro Derecho aragonés de protección de menores ha sido la promoción de la tutela ordinaria.

El art. 63 de la Ley de infancia regula esta cuestión estableciendo que:

> "La Administración de la Comunidad Autónoma, a través del órgano competente por razón de la materia, y cuando no haya designación de autoridad familiar, promoverá el nombramiento de tutor cuando existan personas que pueden asumir la tutela en beneficio del menor en situación legal de desamparo, conforme a las normas civiles aplicables."

Decimos que es una regla clásica en nuestro Derecho de protección de menores ya prevista en la Ley anterior y en la normativa reglamentaria, esto no obstante es de escasa aplicación dado que es preciso que el menor esté en situación de desamparo (es decir, ya estará tutelado por la Administración) y la solución más ajustada será un acogimiento permanente en que al acogedor se le den las facultades del tutor, como ya señalamos en el acogimiento permanente se produce una plena inserción del menor en la vida de familia en la tutela puede que se de pero no viene establecido así por la legislación.

Esto no obstante puede perfectamente darse el caso que lo más oportuno sea una formalización de una tutela dependiendo de la edad y situación del menor y de sus familiares, no puede descartarse que no sea tan preciso para algún menor la inserción en un determinado núcleo familiar y que simplemente precise de un tutor hasta cumplir la mayoría de edad. Puede ser el caso de un menor que se halle estudiando fuera de la ciudad de residencia del tutor y su situación más conveniente sea que resida en el lugar de sus estudios sin perjuicio de periodos de convivencia con el tutor o con cualquier otra persona de su familia.

El hecho de la existencia de diversas soluciones da lugar a buscar siempre la más adecuada al caso si bien la realidad es tan variopinta que siempre se dan casos respecto de los cuales es muy difícil acertar con una solución.

CAPÍTULO TERCERO
REFORMA DE MENORES

En el capítulo relativo a la Reforma de los menores entramos en el terreno de la Jurisdicción de Menores. En este campo la actuación de la Administración va a ser de ejecución de las decisiones de la Jurisdicción sin perjuicio de tener su propia política orientada a la reforma del menor delincuente o, si se quiere, del menor "en conflicto social" tal y como señala la Ley aragonesa de infancia y adolescencia.

Así pues toca examinar la actuación que se realiza sobre un menor que ha dado un salto cualitativo al entrar en el mundo de la delincuencia, entiéndase que si bien la Jurisdicción es aplicable a todos los menores mayores de catorce años que delinquen nuestro estudio se centra fundamentalmente en los que delinquen con habitualidad y manifiestan un estilo de vida discordante con los valores de la Sociedad y, más en concreto, respecto de aquellos menores que, además, han sido tutelados por la Administración o se hallan en guarda de la Administración. Nos encontramos con el menor que, llegada la edad penal (catorce años) da el salto del sistema de protección al de reforma.

Nos encontramos ante el estudio de un sistema que, con el objetivo de reintegrar a los menores a una vida extramuros del delito, conjuga la actuación de la Justicia y de la Administración autonómica.

1. LA ADMINISTRACIÓN COMO TUTORA DE MENORES EN CONFLICTO SOCIAL

Así reza el título IV de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia en Aragón a la que nos venimos refiriendo como Ley de infancia o Ley de infancia y adolescencia.

Por otra parte he de señalar como anécdota que el título de esta Ley no es nada jurídico dado que el concepto jurídico es el de "menor" o "menor de edad" para ser más precisos puesto que en ninguna norma jurídica se define como institución jurídica la "infancia" ni la "adolescencia" señalando la edad a partir de la cual se es infante o adolescente siendo conceptos propios de otras ramas del saber. En Derecho, como decimos, no sabemos cuándo acaba la infancia ni cuándo empieza la adolescencia dado que en las ramas que utilizan estos conceptos tampoco hay una edad fija.

La Ley de infancia considera menores en conflicto social a:

> "aquellos niños o adolescentes que pudiesen encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismos o a otros, así como aquellos a los que les fuera aplicable la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores."

La Ley atiende a menores tutelados por la Administración y a los no tutelados, esto no obstante el objeto de este trabajo es la tutela de los menores desamparados que se hallen en situación de conflicto social, si bien nos extenderemos también a los menores en situación de riesgo que se hallen en guarda administrativa.

1.a. La tutela del menor delincuente

Ya lo hemos ido tratando a lo largo de todo este estudio, el punto fundamental, todavía irresoluto con carácter general pero que puede resolverse caso por caso, es si un menor delincuente es un menor desamparado o si la delincuencia acredita que es un menor emancipado que hace de la delincuencia su vida.

Esperamos ir dando respuesta a tan ardua cuestión a lo largo de estas líneas, si bien gran parte de dicha respuesta ya se adelantó al tratar el tema de los menores extranjeros no acompañados, para ello entraremos en la cuestión de los menores delincuentes abordando la cuestión de la edad y luego los actuaciones administrativas y judiciales a emprender en relación con los mismos.

1.b. La edad de la imputabilidad penal

Partimos de que la Jurisdicción de Menores es una verdadera Jurisdicción Penal en la que prima el principio resocializador sobre el retributivo en atención a los sujetos activos del delito. Puede decirse que es una Jurisdicción Penal especial pero penal en todo caso[77].

Una cuestión fundamental es determinar la edad a partir de la cual un menor va a ser sujeto de la Jurisdicción Penal de Menores. La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORRPM en adelante) establece la edad de los catorce años (art.1) como edad de imputabilidad, hasta los catorce años es la edad de la inimputabilidad y desde los dieciocho años la edad en que se está sujeto a la Jurisdicción Penal Ordinaria[78] Respecto de la posibilidad de aplicar la

77 En este sentido estoy en línea con las opiniones de Francisco Bueno Arús en "Líneas fundamentales sobre la reinserción de los Menores delincuentes", Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 15 de enero de 1999, nº 1836-37.

78 En cuanto al cómputo de la edad en relación con el hecho delictivo considero que la edad debe ser siempre computada con arreglo a la legislación civil, así el párrafo segundo del art. 315 del Código Civil establece que "Para el cómputo de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento" es decir, en el cómputo de la edad no se tiene en cuenta la hora del nacimiento sino el día del nacimiento por entero. Discrepo en este extremo de cuanto afirma el profesos Juan Felipe Higuera Guimerá en su artículo "El problema de la inimputabilidad de los menores y de los jóvenes en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores" publicado en la Monografía V de la Revista Aragonesa de Administración Pública "El nuevo Derecho Penal Juvenil Español" (año 2002), pp. 71 a 89, coordinada por el profesor Miguel Angel Boldova Pasamar catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza, si bien dicho criterio, cómputo

LORRPM a los mayores de dieciocho años hasta veintiún años se halla suspendida hasta el 1 de enero de 2007 (disposición transitoria única de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre).

Las teorías sobre la imputabilidad son diversas, pero podemos sintetizar en dos una que es la cronológica o biológica pura y otra mixta. La biológica pura parte de una edad a partir de la cual el sujeto es imputable salvo concurrencia de concretas eximentes, la mixta parte de una edad pero se admite que el sujeto que supera dicha edad pueda ser inimputable por carecer de madurez para la comprensión de la ilicitud del hecho, es el sistema alemán e italiano que hacen descansar en el Juez la determinación de tal circunstancia[79].

En nuestro Derecho Penal la edad de la imputabilidad ha ido variando, incluso los criterios han ido variando pasando del cri-

---

de momento a momento, es seguido por la Fiscalía General del Estado como veremos posteriormente, y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a mi juicio el cómputo de la edad debería ser siempre civil, discrepo de la interpretación historicista que del Código civil hace la STS de 26 de mayo de 1999 y considero que no hay duda interpretativa, que no hay norma penal concreta sobre la materia y que hay que estar al Código Civil y que, de haber duda interpretativa ésta debería resolverse a favor del reo y no me parece de recibo que sólo se interprete en favor del reo que si no consta la hora del nacimiento haya de presumirse que nació una hora posterior a aquella que corresponda con la de los hechos (STS 14 de enero de 1988) ¿por qué una hora antes? ¿por qué no un minuto?, considero que el criterio es sumamente artificioso habiendo una norma civil absolutamente clara y precisa.

79 Juan Felipe Higuera Guimerá op cit con la claridad y rigor que acostumbra, expone ambos sistemas y se decanta por un sistema mixto. A mi juicio considero mejor un sistema biológico puro con aplicación de eximentes, además hemos de tener en cuenta que la Jurisdicción Penal de Menores es una Jurisdicción netamente rehabilitadora y correccionalista que no aplica las medidas con el mismo rigor con que aplica las penas los tribunales de la Jurisdicción Penal Ordinaria sino que modulan la medida en interés del menor y el pacto sobre la medida a imponer es más que frecuente. Quizá el problema se de más a los 18 años momento en el que sería de tener en consideración las tesis del profesor Higuera al menos para revisar el sistema de eximentes que, a mi juicio, y respecto de sujetos transtornados por la realidad que les ha tocado vivir es quizá un poco corto, claro que el problema es que las medidas de seguridad se muestran en la mayoría de los casos escasamente eficaces , sobre todo bastante menos eficaces que la amenaza de la pena de privación de libertad.

terio del discernimiento de los Códigos del Siglo XIX al criterio biológico puro de los Códigos del siglo XX[80].

---

80 En este sentido Conde Pumpido Ferreiro citado por José Antonio Tomé García en "El Procedimiento Penal del Menor", Ed. Thomson.Aranzadi, 2003, p. 43. En esta cita Conde Pumpido señala: "La Ley sigue manteniendo en este punto el criterio puramente cronológico, con todos sus problemas derivados tanto de su artificiosidad (el tránsito de uno a otro estadio de responsabilidad es automático, con el cumplimiento de la edad delimitadora y sin entrar en averiguar, como ocurre en otras legislaciones y preveían otros Proyectos previos de la Ley Penal del Menor, el gado de capacidad de culpabilidad del sujeto, en función de su conocimiento de la ilicitud del hecho y de su aptitud de obrar de acuerdo con tal conocimiento) como de los problemas que suscita su cómputo... Es cierto que este criterio biológico puro se corresponde con el seguido por los Códigos españoles del siglo XX (Códigos de 1928, 1932, 1944 y 1973), pero tampoco puede afirmarse que sea el tradicional en nuestro Derecho Penal, en cuanto a los Códigos del siglo XIX (1822, 1848, 1850 y 1870) adoptaban el criterio del discernimiento".

Quien fuera mi profesor de Derecho Penal en tercero de carrera Alfonso Guallart de Viala en su artículo "La minoría de edad en nuestra legislación penal. Evolución" publicada en la citada monografía de la RArAP comienza su artículo señalando: "En la vida del hombre cabe distinguir, siguiendo a Antón Oneca cuatro periodos en orden a la responsabilidad criminal: la infancia (irresponsabilidad absoluta), adolescencia (responsabilidad atenuada o especial) y vejez (responsabilidad dudosa)" En el citado artículo va realizando un estudio riguroso sobre el tema de la edad en cada Código Penal.

En el Código Penal de 1822 se establece una presunción iuris et de iure de irresponsabilidad penal por debajo de los siete años. Límite objetivo. De los siete a los diecisiete habrá de examinarse si obró con discernimiento y malicia, caso negativo: se entrega a sus familiares para que lo corrijan, caso afirmativo imposición de pena atenuada.

En el Código Penal de 1848 la irresponsabilidad absoluta se fija para los menores de nueve años, asimismo se extiende la exención de responsabilidad criminal al menor de quince años a no ser que hubiere obrado con discernimiento. Caso afirmativo pena discrecional pero siempre inferior en dos grados a la del delito cometido. De quince a dieciocho atenuación obligatoria (pena inmediata inferior).

En el Código Penal de 1870 la única novedad respecto al de 1848 está en que declarada la irresponsabilidad del menor de nueve años o menor de quince sin discernimiento será entregado o bien a su familia para que lo corrija o bien a un establecimiento de beneficencia.

En el Código Penal de 1928 declara como edad de inimputabilidad la minoría de dieciséis años, el menor de dicha edad queda sujeto al Tribunal Tutelar de Menores. Se abandona ,en principio, el criterio del discernimiento si bien las circunstancias harán que no se abandone en las provincias en que no se crearon dichos Tribunales especiales.

En el Código Penal de 1932 se sigue el planteamiento del de 1928,si bien vino a introducir una importante novedad respecto de las provincias donde aún no existían Tribunales Tutelares de Menores (que no existieron en todas las provincias hasta 1963) consistente en que el Juez Instructor aplicara la Ley propia de los Tribunales Tutelares de Menores. Al mayor de dieciséis y menor de dieciocho se le aplicaba la pena inferior en grado.

La edad da lugar a una variada problemática, ya hemos visto al tratar de los menores extranjeros la problemática de la datación, en cuanto al momento de comisión de los hechos puede plantearse una serie de problemas que aborda la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre[81]:

A) Infracciones penales continuadas. Según la Fiscalía habrá de atenderse a la edad del sujeto en el momento de la comisión de cada una de las infracciones. Los hechos cometidos una vez rebasada la edad de los dieciocho años no podrán integrarse en el delito continuado y se conocerá de ellos en el procedimiento que corresponda.

B) Delito permanente. Según la Fiscalía no podrá ser enjuiciado por la Jurisdicción de Menores cuando el sujeto hubiera superado la edad máxima y el enjuiciamiento del delito permanente por la jurisdicción ordinaria no podrá tener en cuenta, exclusivamente a efectos de agravación de la responsabilidad, las conductas cometidas en momentos anteriores a la adquisición de la mayoría de edad.

C) En los casos en que entre la acción y el resultado el sujeto

---

En el Código Penal de 1944 se establece la exención de responsabilidad criminal para el menor de dieciséis años que pasa a la Jurisdicción del Tribunal Tutelar de Menores y de dieciséis a dieciocho años se establece la atenuante de minoría de edad.

En el Decreto de 11 de junio de 1948, texto refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, mantiene las anteriores reglas de edad, la STC de 14 de febrero de 1991 declara inconstitucional el procedimiento de dichos Tribunales ahora ya Juzgados de Menores tras la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985. La Ley Orgánica de 5 de junio de 1992 de reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores establece la edad de la absoluta irresponsabilidad en los doce años, de doce a dieciséis la competencia de los Juzgados de Menores. El Código Penal de 1973 establece la mayoría de edad penal en dieciséis años, y de dieciséis a dieciocho la atenuante de minoría de edad.

El Código penal de 1992 se establece la mayoría de edad penal en dieciocho años y hasta esa edad la competencia de los Juzgados de menores lo cual entra en vigor en el momento de entrada en vigor de la LORRPM que además eleva la edad de la absoluta irresponsabilidad de los doce a los catorce años.

81 Citada por José Antonio Tomé García, op. cit., pp. 51-52.

rebase la edad el criterio de la Fiscalía es el del momento de la acción y no el del resultado.

D) También pueden plantearse dudas si el delito se comete el día en que el sujeto cumple la mayoría de edad. La Fiscalía entiende que no es aplicable la regla del art. 315 del Código Civil sino el momento exacto del nacimiento.

Por otra parte es de destacar cómo los Jueces y Fiscales de menores seguirán siendo competentes aunque, antes de iniciarse el procedimiento o durante la tramitación del mismo, el menor cumpliera la mayoría de edad (art. 5.3 LORRPM), esta regla la aplican también los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Aragón en la defensa de los menores tutelados o sujetos a guarda administrativa siempre que no haya oposición por parte de éstos al llegar a la mayoría de edad.

Pues bien, volviendo a los límites de edad y, en concreto, al límite inferior de los catorce años lo cierto es que el anteproyecto de la LORRPM barajó la edad de trece años[82] y se concluyó en la edad de catorce años más conforme con el derecho comparado.

Lo cierto es que la entrada en vigor de la LORRPM supuso numerosos casos de archivo de Expedientes de reforma de menores que cometieron los ilícitos de doce a catorce años y que se hallaban cumpliendo medida, no supuso, al menos en la provin-

---

82 En las Jornadas de Justicia Juvenil celebradas en Teruel del 24 al 26 de junio de 1998 organizadas por la Universidad de Verano de Teruel, se reconoció por expertos intervinientes en el proceso de elaboración delante proyecto las dudas en la fijación de la edad entre los doce y los catorce años y que quizá se había optado por los trece por ser una edad equidistante. De hecho Francisco Bueno Arús, a la sazón en aquél tiempo Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia y conferenciante en la Jornadas precitadas afirma en su artículo asimismo citado "Líneas Fundamentales sobre la reinserción de los menores delincuentes":

"El límite mínimo de los trece años es consecuencia de una transacción entre los partidarios de situarlo en doce años (entre ellos los Jueces de Menores) y los partidarios de los catorce años (postura del Ministerio de Justicia, de conformidad con determinadas tendencias actuales del Derecho comparado y con la opinión predominante entre los profesionales del sector)"

cia de Zaragoza, salvo algún caso concreto, traslado de menores de dieciséis a dieciocho años de edad de la prisión al Reformatorio por cuanto se aplicó la posibilidad del art. 65 del antiguo Código Penal de 1973 de modo creciente desde 1996 y se produjeron numerosos ingresos en el Reformatorio de jóvenes mayores de dieciséis años durante los años 1999 y 2000[83].

A mi juicio la elevación de la edad penal de los doce a los catorce años no fue un acierto precisamente, sí fue un acierto la elevación de la edad penal de los dieciséis a los dieciocho pues los menores a los dieciséis años todavía deben ser abordados por un Juzgado penal pero netamente recuperador y reinsertor. Es más, no me parece mal el alargue previsto a los veintiún años.

Pero la elevación de la edad de doce a catorce supuso el archivo de múltiples Expedientes de Reforma y el perder de vista durante un corto espacio de tiempo a menores delincuentes que volvieron a aparecer a los catorce años cometiendo exactamente los mismos delitos. Porque, si tal y como señala Dolores Bernal[84], al menos hasta que se ha dado el fenómeno de la inmigración masiva en nuestro país, se puede hablar, con ciertos cambios, de un perfil tipo de menor delincuente internado en centro de reforma: edad media de quince a dieciséis años y medio, multireincidente en su conducta delictiva, consumo de drogas, bajo nivel académico, nivel intelectual bajo, escaso apoyo familiar, baja autoestima, bajo nivel de tolerancia ala frustración, ausencia de valores profesionales, escasas habilidades sociales, poca capacidad de reflexión; ese menor delincuente comienza a formarse antes de los doce años en muchos casos ya a los doce años ya se encuentra en sus inicios delictivos.

---

83 Muy interesante en este sentido el artículo "Las medidas de internamiento: Diversos regímenes y Ejecución", de Dolores Bernal Esteban, a la sazón en el momento de entrada en vigor de la LORRPM Directora del Centro de Reforma San Jorge de Zaragoza. El citado artículo forma parte de la Monografía V ya citada de la RArAP.

84 Dolores Bernal Esteban, op cit., pp. 133-134.

Quizá una postura interesante[85] era la de la Fiscalía General del Estado en su informe al Anteproyecto al señalar la opinión mayoritaria en la Fiscalía (sin omitir la minoritaria favorable a los catorce años) que indicaba:

> "...elevar la edad a trece años es poco realista y que el actual límite de los doce años es adecuado siempre que el Fiscal tenga facultades amplias de no incoar expediente a los menores comprendidos en la franja de entre doce a catorce años. Entre esas edades sólo se incoaría expediente, por tanto, cuando se tratase de hechos graves. En la mayoría de los supuestos se llegaría al archivo, pero existiría así una posibilidad de intervenir en aquellos casos escasos pero que se dan, en que menores de catorce años cometen hechos muy graves como el homicidio..."

A mi juicio es una opinión interesante y que incluso debería haber incluido el caso de menores multireincidentes de la franja de doce a catorce años y haberles reservado un régimen especial pero dentro de la Jurisdicción de Menores pues el sistema de protección autonómico a lo más que puede llegar es a declarar el desamparo pero en el caso de estos menores que ya se dedican al hampa las medidas de protección tienen escaso éxito, otra cosa es el menor de doce a catorce que delinque esporádicamente.

Por debajo de catorce años se remite la cuestión al sistema de protección de menores autonómico al objeto de que tome cartas en el asunto, también es cierto que en determinados equipos adscritos al Juzgado de Menores se crean secciones dedicadas a este segmento de edad. Los Juzgados de Menores en una Autonomía como la aragonesa en que todavía no se han transferido las competencias en materia de Justicia cuentan con un Equipo Técnico adscrito al Juzgado compuesto por funcionarios del Ministerio de Justicia y con un Equipo de Medio Abierto compuesto

85 Citada por José Antonio Tomé García, op. cit., p. 42

por profesionales de la Comunidad Autónoma, es en este Equipo en el que se forma una sección de profesionales para el tratamiento de estos casos. Es de destacar que estos profesionales, en el caso de Aragón, forman parte del IASS como sus compañeros de protección de menores.

En cualquier caso considero una cierta frivolidad lo que afirma la Exposición de Motivos de la LORRPM cuando señala:

> "con base a la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquellas pueden producir alarma social son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado"

No soy conforme con esta interpretación, de hecho se archivaron numerosos expedientes de reforma a la entrada en vigor de la Ley e incluso se puso en libertad a menores de catorce años que ya habían cometidos hechos susceptible de internamiento en centro cerrado[86].

A mi juicio quizá hubiera sido mejor mantener la edad de doce años en línea con cuanto opinaban los Jueces de Menores[87] o la propuesta de la opinión mayoritaria de la Fiscalía cuando menos.

1.c. La Jurisdicción Penal de Menores

Como señala Miguel Angel Boldova Pasamar[88]:

> "Frente a lo que pudiera deducirse de su título, la mayor parte de la LORRPM de 2000 tiene carácter procesal, y sólo

86 En el Centro de Reforma San Jorge de Zaragoza concretamente a cuatro según señala Dolores Bernal, op. cit., p. 132.

87 Francisco Bueno Arús, op. cit.

88 Miguel Angel Boldova pasamar "Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho Penal Juvenil español" publicado en la Monografía V precitada de la RArAP, p. 39.

unos pocos preceptos de la misma son de índole estrictamente penal. En concreto la mayor parte de estos preceptos se presentan como reglas penales especiales relativas a la aplicación de medidas educativas-penas juveniles, pues el grueso del Derecho sustantivo como tal (la definición de los ilícitos penales en que los menores de edad pueden incurrir, así como sus formas de realización y de intervención en los mismos) es el que determina en cada caso el Código penal y las leyes penales especiales."

Es decir, que estamos ante una Justicia netamente penal, que estamos no ya ante una propia Jurisdicción sino ante unos tribunales penales especializados por razón de los sujetos a los que enjuician; sin embargo, por abreviar y al objeto también de dar relevancia a la materia, hablaremos de "Jurisdicción de Menores".

La especialización viene necesariamente por cuanto que es preciso atemperar los rigores de la normativa penal sustantiva y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a unos sujetos que se hallan en fase de maduración personal y que las potencialidades del ser, conocimiento y voluntad, todavía no se hallan enteramente conformadas en ellos.

Es por eso que la denominada Justicia juvenil carga el acento en la reeducación, como el testigo que se pone junto con el arbolito joven para evitar que se desvíe, la Justicia juvenil tiende a hacer comprender al menor las reglas de juego que se ha dado la Sociedad en la que vive y ha hacerle ver la transcendencia de sus actos, a educarle en la responsabilidad y a procurar su reforma para su mejor inserción en la Sociedad.

Esto no osbtante, y en cuanto a la función reeducadora existen numerosos autores que desconfían de la eficacia de la misma Alberto Manuel López lópez, Fiscal de la Audiencia Provincial de Jaén, señala al respecto[89]:

---

89 Alberto Manuel López López, "Recursos contra resoluciones del Juez de Menores" Boletín de Información del Ministerio de Justicia nº 1899-1900, 1 de septiembre de 2001.

"..la función educadora del Derecho Penal de Menores no pasa de ser un bello desideratum, una visión utópica de la Justicia, que desmiente una y otra vez la tozuda realidad cotidiana. Los Fiscales, antes que nadie, hemos de emprender el estudio y aplicación de esta rama del derecho absolutamente convencidos de que, como advierte Albretch, el derecho Penal de Menores es Derecho penal. "La trivialidad de esta tautología se pierde de vista demasiado a menudo, en los escritos de euforia reformista criminológica de menores", los que, confundidos por un humanitarismo por completo fuera de lugar, suelen contener propuestas de dudosa aplicabilidad práctica cuando no abiertamente ilegales."

A mi juicio la opinión de este autor no se halla exenta de verdades, lo cierto es que los resultados de la Jurisdicción son en muchos casos desesperanzadores pues no se consigue reformar a muchos menores que continúan su senda delictiva con el transcurso de los años hasta cruzarse en el camino de los Jueces de Instrucción como huéspedes habituales de sus Juzgados.

Esto no obstante, mi experiencia personal me hace ser más positivo aún partiendo de bases idénticas pues no soy un iluso sobre la eficacia de la Jurisdicción. En mi experiencia he tenido casos muy difíciles, casos prácticamente insalvables, casos que, sin embargo, se han reconducido, pocos pero significativos y considero que por un solo menor que consiguiéramos reeducar, y son bastantes más, merecería la pena tener esta Jurisdicción.

Considero que una de las mayores injusticias que se cometió en relación con los menores fue que se tardara cinco años en promulgar la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 que elevó la mayoría de edad a 18 años quedando en suspenso dicha elevación hasta la reforma de la Justicia Juvenil, en esos años a los menores entre dieciséis y dieciocho años se les siguió juzgando en la Jurisdicción penal ordinaria y siguieron cumpliendo penas, que no medidas, en centros penitenciarios salvo

casos en que se autorizaba su cumplimiento en centros d menores como hemos expuesto ya. Fueron años muy insatisfactorios en los que se hurtó la posibilidad de trabajar con unos jóvenes que estaban en el mejor momento de decidir sobre su vida.

La Jurisdicción penal ordinaria no tiene gran capacidad de reeducación, esa es mi experiencia, y con los menores esa capacidad era absolutamente nula. La Jurisdicción penal está montada sobre la base de la retribución, está pensada para sujetos mayores de edad y las prisiones no son centros reeducativos, al menos, para los jóvenes.

La Jurisdicción de Menores tal y como está concebida en España, con todos sus errores derivados fundamentalmente de la falta de medios materiales, cumple en numerosos casos con el desideratum de la reeducación, no es algo que queda como propósito ficticio, ahora bien, realmente es un fin de mucha más difícil factura que la mera función retributiva de la pena.

Es una Jurisdicción que obliga a ser imaginativos dentro de la legalidad pues, evidentemente, es una Jurisdicción penal que obliga a dar cauce legal a las soluciones. Si olvidáramos el principio de legalidad y el principio retributivo nos encontraríamos con una escuela de menores descarriados incapaz de cumplir con su misión puesto que el principio retributivo ayuda al menor a recordar que todo acto tiene una consecuencia y que hay que cargar con las consecuencias de los propios actos.

Se trata de una continua mezcolanza y moderación mutua entre principios dependiendo del caso y con sujeción estricta a legalidad siempre.

Por otra parte la Justicia juvenil o Jurisdicción de menores al ser una Jurisdicción penal ha de tener el carácter de "última ratio" de último recurso, es decir, se ha de acudir a ella en caso de comisión de delitos o falta exclusivamente no es una Jurisdicción destinada a solventar conflictos o problemas sociales que no revistan carácter penal.

Si desde el sistema de protección se puede dar una respuesta al conflicto planteado no debe acudirse a la Jurisdicción Penal de Menores.

A mi juicio el sistema de protección de menores y la Jurisdicción especializada han de estar en fluido y permanente contacto. Lo óptimo es que el menor esté el menos tiempo posible como sujeto de la Jurisdicción de menores y pase cuanto antes al sistema de protección que es desde donde se debería dar salida a su situación. Es decir, el sistema de protección no debe perder de vista a los menores que, como consecuencia de una actuación delictiva, pasar a cumplir una medida judicial y a tener asignado un educador por el Juzgado, el hecho de esta asignación lo es a los efectos exclusivos del cumplimiento de la medida, con lo cual, ello no exime que el caso siga siendo llevado por los educadores del sistema de protección de menores de la Comunidad Autónoma si estamos ante un caso de un menor tutelado, en situación de riesgo o en guarda.

Como ya he dicho, es objeto de mi estudio el menor que se halla bajo la guarda o tutela de la Administración y al mismo me refiero en el estudio de la Jurisdicción de Menores por más que muchas de las conclusiones que saco fueran generalizables.

Así pues en la Administración la apertura de un expediente tendente a adoptar una medida de protección de menores obliga a la adopción de medidas y a su seguimiento hasta que dé una medida definitiva o hasta la mayoría de edad, dicho expediente no puede cerrase y archivarse simplemente porque el menor pase a ser vigilado más de cerca por los educadores del Juzgado de Menores, en estos casos debe haber una coordinación, lógica por otra parte dado que los educadores pertenecen a la Administración autonómica en ambos casos.

Como decimos debería verse la Jurisdicción de menores como una Jurisdicción penal especializada que viene a formar parte de un sistema en el que es clave la colaboración entre la Jurisdicción

y la Administración, en el que tiene especial relevancia el principio reeducador o resocializador, y que constituye la última ratio de ese sistema que es un sistema global de protección de menores.

Este deber resociliazador se implica directamente, como ya hemos señalado, en el art. 25 de la Constitución, tal y como indica Bueno Arús[90]:

> "Hablar de reinserción nos obliga a evocar en primer término el art. 25.2 de la Constitución, según el cual "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...". El carácter igualmente indeterminado de estos conceptos queda de manifiesto en la discusión doctrinal, que oscila entre el maximalismo correccionalista del siglo anterior, para quien el fin de la pena había de ser transformar moralmente al delincuente (hacer un Ángel de un demonio) y la moderación del pensamiento resocializador de nuestros días para quien el Derecho ha de limitarse al ámbito externo de las conductas sin invadir el reducto interno de la persona y, por lo tanto, de lo que se trata en nuestro caso es exclusivamente de ayudar al condenado a vivir en el futuro sin cometer nuevos delitos (el maximalismo llega al extremo contrario a postular nada menos que la abolición del Derecho penal por ilegítimo y su sustitución por mecanismos civiles o sociales de resolución de conflictos)"

Así pues estamos en la actualidad más en la onda de educar a los menores a que respeten las reglas, a que no cometan delitos, a que sepan vivir sin delinquir; ello lleva una ardua acción de reforma y una ardua acción social para darle una salida en la vida, efectivamente ahora no se pretende hacer "un ángel de un demonio" se pretende salvaguardar la convivencia social y evitar al menor los graves perjuicios de una vida delincuente.

---

90 Francisco Bueno Arús, op, cit.

Se pretende la instauración de un orden de Justicia mediante la reeducación del menor lo cual conlleva facilitarle los medios para que pueda darse vida sin necesidad de acudir al delito y, para ello, es también preciso, que el menor cargue con la responsabilidad de los delitos cometidos, no puede eludirse que todo delito es una acción injusta contra el orden social establecido y, en numerosos casos, contra una persona en concreto, la Justicia exige también la reparación.

No estamos ante una pura Jurisdicción correccionalista pues en esta Jurisdicción se tiene en cuenta la existencia del delito y de la víctima.

1.c.1. Breve idea del proceso penal de menores

1.c.1.a. La incoación

La LORRPM instaura un nuevo proceso penal de Menores que, a diferencia del anterior y en sintonía con la Jurisprudencia Constitucional derivada de la interpretación del art. 24, separa los órganos de la fase instructora de la de Enjuiciamiento, ya no lo va a hacer todo el Juez de menores.

Aparece con innegable protagonismo el Ministerio Fiscal. Entiendo que resulta importante que quien instruye no sentencie pero no creo, dicho sea con los debidos respetos, que el Ministerio Fiscal sea el órgano idóneo para la instrucción de los Expedientes de Reforma. Por otra parte confío que en la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal no se cometa el desatino, con los debidos respetos, de atribuir la instrucción al Ministerio Fiscal. Y digo desatino por que sería desconocer el papel histórica y tradicionalmente reservado al Ministerio Público de ejercicio de la acción pública en defensa de la legalidad, de parte acusadora pública. El Ministerio Fiscal siempre ha sido "parte" en defensa de la legalidad y es un error atribuir la función neutra de instruir a quien tiene la función de acusar.

Entiendo que lo mismo sucede en la Jurisdicción de Meno-

res, si bien, el problema es o seguir con la instrucción por parte del Juez de Menores, obviando que se contamina por la Instrucción, o atribuirla al Ministerio Fiscal pues absurdo sería crear Juzgados de Instrucción de Menores. Evidentemente en grandes ciudades podría pensarse que un Juzgado instruyera causas para otro o que hubiera un Juzgado de Instrucción de Menores cuando haya más de uno y más de dos, pero sucede que en la mayoría de las provincias sólo hay un Juzgado de Menores por ello resulta absurda la idea de crear Juzgados de Instrucción de Menores.

Así pues, la solución menos mala ha sido encomendar al Fiscal la Instrucción.

El principio que guía el procedimiento es el interés superior del menor, según el preámbulo de la LORRPM:

> "en el Derecho Penal de menores ha de primar como elemento predominante del procedimiento y de las medidas que se adopten el interés superior del menor"[91].

Este principio, que ya hemos visto en la Jurisdicción Civil, vuelve a aparecer en la Jurisdicción Penal.

Como decimos, corresponde al Ministerio Fiscal la incoación e instrucción del procedimiento en cuanto tenga noticia de la comisión de un ilícito por una persona sujeta a la Jurisdicción de menores (de catorce a dieciocho años de edad).

Ahora bien, la Ley faculta al Ministerio Fiscal a desistir de la incoación del procedimiento "cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas..." y pasará el caso a la entidad pública de corrección de menores (art. 18) el encabezamiento del artículo da la razón de ello: "corrección en el ámbito educativo y familiar" es decir, el Ministerio Fiscal habrá de tener en cuenta la posible corrección del caso en el ámbito educativo, corrección que la ley

91 En este sentido José Antonio Tomé García, op. cit., p. 36.

no juzga posible en el supuesto de reiteración pues en esa circunstancia ordena proceder al Ministerio Fiscal. En cualquier caso deberá tramitarse la pieza de responsabilidad civil si bien ésta es una responsabilidad «ex delicto» y ya veremos los límites que esto supone si no hay previa condena por delito.

La LORRPM, como vemos, estudia previas soluciones a la tramitación del procedimiento, una de ellas, la más importante, es la mediación dirigida a la conciliación y reparación en la que tiene gran papel los equipos técnicos (art. 19).

Así pues, y habida cuenta la importancia del tema nos dedicaremos a su estudio continuando después con la tramitación de la instrucción.

1.c.1.b. La mediación[92]

Comenzaremos con una verdad de perogrullo; la vida social genera por sí misma conflictos en las relaciones humanas. Los conflictos son de diversa intensidad y a ellos ha atendido siempre el Derecho pues el Derecho, como ya hemos reiterado en este trabajo varias veces, no es sino el conjunto de normas que rigen el obrar humano en Sociedad, este Derecho Objetivo genera diversos derechos subjetivos a favor de los particulares así como las correlativas obligaciones.

Esto no obstante, las soluciones a los problemas sociales han sido muy diversas:

A) La autotutela o imposición del propio derecho.

Los métodos a la solución de los conflictos sociales han pasado, como decíamos, del más primario: la autotutela, tomarse la justicia por la propia mano, al más civilizado: el proceso judicial.

---

92 Este estudio particular de la mediación tiene su origen en la ponencia por mi desarrollada el día 26 de mayo de 2003 en el Servicio Provincial de Zaragoza del Instituto Aragonés de Servicios Sociales.

La autotutela tiene su campo en una situación de inexistencia de Sociedad organizada, toda Sociedad que se precie debe reducir al máximo la autotutela para la protección de los propios derechos e incluso intentar evitar que en determinadas etnias o grupos separados de la vida común de la Sociedad se practique la justicia del clan.

B) El proceso judicial. Su alternativa: la solución extraprocesal institucionalizada: conciliación, mediación , arbitraje.

El proceso es una de las mayores conquistas del Estado de Derecho. El establecimiento de un cauce institucionalizado de solución de conflictos por órganos independientes garantizando la igualdad de las partes en la discusión de la cuestión.

Esto no obstante, en determinados ámbitos, se han propugnado, como consecuencia de una sobrecarga de los Tribunales y al objeto de conseguir soluciones consensuadas de más factible ejecución, procedimientos extrajudiciales para la resolución de conflictos.

Nuestro Código Civil desde 1889 ya preveía la transacción como un contrato:

> "...por el cual las partes dando, prometiendo, o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado".

En la transacción las partes se ponen de acuerdo dando o cediendo cada una algo, en ella no intervienen terceros a diferencia del arbitraje.

Extensa ha sido la regulación y aplicación del arbitraje en Derecho Privado característicamente en el Derecho de los Consumidores, incluso se ha visto como necesario en Derecho Laboral al objeto de poner fin a huelgas que afectaban a servicios de interés general.

En el arbitraje la solución del árbitro, dictada en Derecho o en equidad, ha de ser respetada por las partes que se someten al

mismo sin perjuicio de la existencia de eventuales recursos a la Jurisdicción.

La Mediación con objeto de conciliar a las partes es una figura intermedia en ella aparece como esencial la figura de un mediador que acerca a las partes y les hace ver posibles soluciones, pero el mediador no decide, no impone la solución, la solución la han de aceptar las partes.

Este es el enfoque de la mediación en el art. 19 LORRPM, si bien, habida cuenta los intereses en juego y los hechos, la cuestión no queda sólo al albur de las partes sino que resulta de fundamental importancia la actuación del Ministerio Fiscal y de la Autoridad Judicial como luego veremos.

En todo este complicado juego en que consiste la mediación es de señalar el complicado papel de la víctima y de su familia.

En el proceso penal de menores prima de tal modo el fin correctivo de los menores delincuentes que se puede llegar a olvidar a la víctima.

No sería ajustado a realidad decir que la víctima no ocupa lugar alguno pues eso sería desconocer la actuación del Ministerio Fiscal (art. 1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981 de 30 de diciembre: "El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante estos la satisfacción del interés social").

Por otra parte la LORRPM reguló en su art. 25 la participación del perjudicado en el proceso configurando al llamado "coadyuvante sin acción". Y, hoy en día, con el fin de dar mayor protagonismo a la víctima su papel ha sido notoriamente reforzado y elevado al de acusación particular, si bien con límites respecto

de la acusación particular del proceso penal ordinario, mediante la reforma del art. 25 por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. En todo caso en el procedimiento penal de menores no existe la acusación popular.

Asimismo la regulación, absolutamente polémica, de la pieza de responsabilidad civil viene a ser un cierto reconocimiento a la víctima en cuanto que se habilita esta vía para el resarcimiento de los daños.

Pues bien, pese a todo ello, la víctima en el proceso es una pieza secundaria, si en el expediente de reforma no ha sido posible la conciliación prevista en el art. 19 la víctima adquiere un menor papel y puede suceder que el menor y la acusación lleguen a una conformidad que no satisfaga en absoluto a la víctima salvo que ésta opte por personarse en el procedimiento lo cual no es muy común pese a la reforma legislativa citada.

La víctima, y su familia, tienen un papel complicado en el seno del proceso, complicado por cuanto que sus derechos van a ser defendidos, salvo la personación que les concede la Ley, por el Ministerio Público que además es garante de los propios derechos del menor delincuente, con lo cual, el resultado del litigio probablemente no responda a sus expectativas.

Es de señalar que al prohibir la Ley en su primigenia redacción la posibilidad de acusación particular se estaba buscando, a mi juicio, precisamente eso, evitar que en el litigio entre la víctima e impida una solución consensuada con el menor, es decir la Ley busca la reinserción del menor y para ello limitaba la intervención de la víctima consciente de que con la víctima en el proceso ejercitando acusación particular la conformidad y la búsqueda de una medida consensuada podría ser más difícil, esto no obstante la regulación de la insatisfactoria figura del "coadyuvante sin acción" y la necesidad de dar una mejor respuesta al perjudicado ha llevado a considerar la introducción de la figura de la acusación particular tal y como resulta del

art. 25 LORRPM tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003[93].

Pese al reforzamiento del papel de la víctima en el proceso por su consideración como acusador particular sigo considerando que el momento de la víctima es el de la mediación si ha lugar a ella y no tanto el de la acusación, este nuevo papel de acusador particular va a dificultar la conciliación en gran medida pues la víctima tiene ahora mayores posibilidades en el proceso y ello da mayor pábulo a la acción vindicativa tal y como ha señalado la doctrina[94].

Entrando en un detallado estudio de la mediación en el Derecho Penal Juvenil Español nos referiremos a su concreta regulación en la LORRPM. Entraremos puntualmente en los diversos aspectos que se plantean.

---

93 Polémica ha sido la inclusión de la figura de la acusación particular en la LORRPM, figura no contemplada con anterioridad. José Miguel de la Rosa Cortina en su artículo-comentario "La acusación particular en el proceso penal de menores" (Actualidad Jurídica Aranzadi nº 620, 22 de abril de 2004) es crítico con esta introducción señalando: "Se ha defendido que el derecho a la acusación particular se fundamenta en el art. 24 CE, como parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, este derecho conoce fuertes restricciones en el proceso de menores en base a que en el mismo, como expresara la STC 36/1991, de 14 de febrero, "las especiales características del proceso reformador... determinan...que no todos los principios y garantías exigidos en los procesos contra adultos hayan de asegurarse aquí en los mimos términos.", asimismo viene a señalar: "Los argumentos en contra de la admisión generalizada de la acusación particular son, a nuestro juicio contundentes: la necesidad de preservar los aspectos educativos del proceso, la exigencia de celeridad, la conveniencia de proteger los aspectos más íntimos del menor y de su familia, diseccionados en el informe del equipo técnico, la exigencia de evitar postulaciones puramente vindicativas, la obligación de promover una medida inspirada en el principio del interés del menor, la conveniencia de fomentar las conformidades y la dificulta (por no decir la imposibilidad) de cohonestar la admisión de la acusación particular con un principio básico del Derecho Penal de menores, la promoción de salidas alternativas al proceso formalizado (derivación y descriminalización). Este principio se erige en verdadero dogma de Derecho juvenil, consagrado por los principales instrumentos internacionales."

94 Tal y como hemos visto en las conclusiones de José Miguel de la Rosa en las que coincido básicamente pues estando el Ministerio Fiscal como acusación, habida cuenta la posibilidad de personarse como coadyuvante del perjudicado y el carácter resocializador de esta Jurisdicción la acusación particular se compagina bastante mal con la filosofía que guía la reforma de menores, y ello sin quitar nada al legítimo papel de la víctima y sus derechos.

La conciliación entre la víctima y el delincuente es una de las maneras de que el expediente de reforma termine en fase de instrucción.

La conciliación va a ser producto de una mediación que se va a producir desde la instrucción del expediente que lleva el Ministerio Fiscal.

En cuanto al ámbito objetivo de la mediación según el art. 19.1 de la LORRPM sólo cabe respecto de delitos menos graves o faltas Según el art. 13 . 2 y 3 del Código Penal son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con penas menos graves y faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve.

Según el art. 33.3 del mismo texto legal, tras la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, son penas menos graves:

a) La prisión de seis meses a cinco años.

b) Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años.

c) La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años.

d) La privación del derecho de conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años.

e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años.

f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos por tiempo de seis meses a cinco años.

g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos, por tiempo de seis meses a cinco años.

h) La prohibición de comunicarse con la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos, por tiempo de seis meses a cinco años.

i) La multa de más de dos meses.

j) La multa proporcional cualquiera que fuese su cuantía.

k) Los trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ciento ochenta días.

Las faltas vienen tipificadas en el Libro III del Código Penal, por tanto no es preciso acudir a ver la pena para saber si estamos o no ante una falta, sin perjuicio de que quizá lo fuere en algún supuesto de alguna Ley penal especial.

Este es el ámbito objetivo necesario, una vez que estamos ante este tipo de infracción, una vez que ha habido conciliación entre el menor y la víctima y el menor se ha comprometido a reparar el daño o seguir la actividad educativa impuesta, corresponde al Ministerio Fiscal decidir sobre el desistimiento "atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, y, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves."

Lo lógico es que el Ministerio Fiscal haya atendido a todo ello antes de ordenar que se proceda a intento de mediación, pero es conveniente remarcar que una mediación voluntaria por el educador por más que consiga el resultado de conciliar víctima y delincuente y de reparar el daño o conseguir la acción educativa no vincula al Ministerio Fiscal pues éste se halla vinculado, fundamentalmente por la entidad del delito.

No puede desconocerse que el Ministerio Fiscal es garante de la legalidad en su sentido objetivo.

a) Papel del Ministerio Fiscal.

Como ya hemos adelantado es un papel fundamental pues es quien decide sobre el desistimiento de la acción penal.

Es de señalar que, salvo el caso del art. 19.6, la decisión corresponde en exclusiva al Ministerio Fiscal que es el órgano que ha de apreciar si se cumplen o no los requisitos para desistir de la acción.

Como señalábamos anteriormente no olvidemos las funciones del Ministerio Fiscal consignadas en el art. 1 de su Estatuto Orgánico.

En la conciliación es muy distinto el papel del Ministerio Fiscal del papel del equipo técnico, al equipo técnico le corresponde buscar el acuerdo, nada más. Como hemos visto dicho acuerdo, si bien es pieza capital, no es la única pieza que faculte desistir de la acción y poner fin al expediente.

b) Papel del Equipo Técnico.

La Ley se refiere al equipo técnico, entendemos este en sentido amplio, es decir, los educadores adscritos de una u otra forma a la Fiscalía. Lo coherente es que sólo hubiera un equipo técnico, a tal situación se debería llegar en nuestra Comunidad Autónoma cuando se produzca el traspaso de funciones y servicios en materia de Administración de Justicia.

Evidenciamos aquí, en una materia en que claramente se implica la Justicia con la protección social, la disfuncionalidad de la existencia de dos Administraciones competentes en tanto no se produzca el proceso de traspaso de funciones y servicios en materia de Administración de Justicia por parte del Estado a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Al equipo técnico, en el caso de Aragón el equipo de medio abierto, le corresponde la parte humanamente más complicada cual es lograr una satisfacción a la víctima que resulte educativa para el delincuente.

Se trata de un cierto encaje de bolillos, la mediación es ponerse en medio, no estar ni de parte de la víctima ni del delincuente, si bien, lo más probable es ir basculando sucesivamente en pro de los argumentos de uno y otro hasta lograr una conciliación que debe abordar los aspectos penales y civiles.

El delito es siempre una ofensa, dicha ofensa ha de ser satisfecha mediante la oportuna disculpa, disculpa que, para ser efi-

caz desde el punto de vista del delincuente, ha de estar plenamente interiorizada. Pero el delito supone, en numerosos casos, un daño o perjuicio patrimonial, perjuicio que ha de ser resarcido por el delincuente.

En punto a solventar la cuestión económica la LORRPM no acaba de cerrar el círculo (art. 19.2), para mayor eficacia de la conciliación lo lógico es llegar a un acuerdo pleno en la materia que impida continuar con la acción civil, es decir, la conciliación debe abarcar el acuerdo económico.

La LORRPM se centra más en la satisfacción de la ofensa y así entiende por reparación las disculpas y entiende por reparación "el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva", este compromiso parece enmarcarse más en la búsqueda de la reparación de la ofensa que del daño económico.

Consideramos que fundamental es la satisfacción ante la ofensa pero también es importante cerrar los flecos económicos y que no haya posibilidad de seguir ni por la vía penal ni por la civil en caso alguno.

Fundamental resulta también la vigilancia por parte del equipo técnico del cumplimiento de los compromisos adquiridos dado que pueden darse causas obstativas ajenas al menor o causas debidas a su voluntad que den al traste con el cumplimiento de los objetivos. Como señala Armando Barreda Hernández[95]:

> "... se exige que tal propósito no consista sin más en un modo de eludir malévolamente dicha justicia penal, cuya más sincera intención, en la medida de lo posible, puede ser detectada por el preceptivo informe del Equipo Técnico,

95 Armando Barreda Hernández , magistrado especialista de la Jurisdicción de Menores,"La víctima en el proceso penal de menores. Especial examen de la pieza separada de responsabilidad civil" separata de "La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales." Cuadernos de Derecho Judicial. III 2001. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial., p. 539.

sino que la misma se contemple como un método educativo, personalizado e individualizado con las circunstancias concurrentes, siempre condicionado al compromiso serio, espontáneo, natural y franco por el que con su acción simbólica o material restablece la paz jurídica tanto en la firme convicción de su reintegración en la función constructiva en la Sociedad, en general, como para con su víctima, en particular, a través de la asunción de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca su respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros por la que se rige nuestro ordenamiento civilizado como normas de convivencia."

En el caso de causas ajenas a la voluntad del menor no se impide que el Ministerio Fiscal solicite del Juez el sobreseimiento del expediente. Esto no obstante estamos ante un caso delicado pues habrá que documentar bien esas causas y habrá que ver la opinión de la víctima antes de informar a Ministerio Fiscal para que decida.

En caso de incumplimiento voluntario la Ley es clara como no puede ser de otra manera se sigue con el procedimiento (art. 19.5).

Como vemos, en el ámbito de la Jurisdicción de Menores se reserva una importante función a los equipos de la Administración adscritos al Juzgado de Menores, una función de composición social subordinada a las instrucciones del Ministerio Público pero en la que es posible desarrollar todo tipo de recursos para conseguir la conciliación entre la víctima y el delincuente. Una innegable acción educativa y reeducadora pues, como ya hemos dicho, si se quiere que sea eficaz el delincuente ha de interiorizar el daño hecho a la víctima y la víctima ha de confiar en el sistema y desistir de cualquier intento de venganza.

Ciertamente el delincuente tiene más a ganar que la víctima dado que evita un proceso que puede tener peores consecuencia

y, en muchos casos, consecuencias que le pueden ser aplicadas forzosamente, la víctima no tiene tanto a ganar, ya ha sufrido un perjuicio, lo único que puede ganar es su reparación desistiendo del legítimo enfado y, en determinados casos, legítimo deseo de castigo ejemplar del delincuente. Es misión del educador-mediador, al menos eso creo, fomentar en la víctima la virtud de la generosidad y de la justicia equilibrada, hacerle ver la situación en todos su perfiles. Hasta ahora parto de una víctima asimismo menor de edad, en el caso de víctimas mayores de edad la misión fundamental es conseguir evitar el ensañamiento de la víctima con el menor, misión que puede ser mucho más difícil que la realizada con los menores víctimas de delitos cometidos por delincuentes juveniles.

Seis son las condiciones que Carlos Sancho[96] sistematiza para que tenga lugar el sobreseimiento por conciliación, reparación:

1— Delito menos grave o falta.

2— Conciliación con la víctima.

3— Reparación del daño.

4— Compromiso de cumplir la actividad educativa.

5— Que no resulte conveniente al interés del menor la continuación del Expediente por haber sido expresado suficientemente el reproche social que merece su conducta a través de los trámites ya practicados.

6— Que por el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos resulte inadecuada para el interés del menor cualquier intervención.

Señala el citado autor que los dos últimos (a tenor del art. 27.4 LORRPM) lo son a propuesta del equipo técnico, de aquí la

96 Carlos Sancho Casajús, Fiscal Coordinador de Menores de Zaragoza, en su estudio "singularidades del procedimiento de la Ley penal del Menor (LO 5/2000). Especial consideración del papel del Ministerio Fiscal publicado en la monografía ya citada "El nuevo Derecho Penal Juvenil Español", Monografía V, RArAP, pp. 137 y ss.

fundamental actuación del citado equipo en este procedimiento, sin la intervención del equipo sería sencillamente imposible realizar esta labor de pacificación.

c) Papel del Juez de Menores.

El papel del Juez de Menores, habida cuenta que la mediación-conciliación se produce en fase de instrucción queda francamente reducido pues únicamente le corresponde decretar el sobreseimiento de la causa a solicitud del Ministerio Fiscal.

Esto no obstante el art. 19.6 establece:

> "En los casos en que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la víctima con la aprobación del Juez de menores."

El Juez de menores tiene una activa intervención en los casos de víctima menor de edad o incapaz, el Juez de Menores ha de aprobar el compromiso.

Aquí se da la concurrencia entre el Ministerio Fiscal y el Juez de Menores, al Ministerio Fiscal le corresponde valorar si se dan las circunstancias objetivas necesaria para que pueda desistir de la acción en base a una conciliación, al Juez de Menores le corresponde aprobar esa conciliación.

Parece lógica la intervención del Juez de Menores, esto no obstante habida cuenta la configuración legal del Ministerio Fiscal y su importante papel en materia de protección de menores e incapaces podría haberse dejado ese juicio de valor al Ministerio Fiscal.

d) Papel de la víctima junto con el sujeto activo del delito.

El papel de la víctima y del delincuente es fundamental en esta conciliación, si ellos no se concilian no hay posibilidad de nada[97].

---

97 En este sentido discrepo de la circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 citada por Carlos Sancho Casajús, Fiscal Coordinador de Menores de Zaragoza, op.cit.pg

Es fundamental que la víctima "acepte" las disculpas del menor, entendemos asimismo fundamental que la víctima acepte el compromiso del menor de hacer algo positivo, y entendemos fundamental el acuerdo sobre los "flecos" (que a veces no son tan "flecos") económicos.

Como ya hemos dicho anteriormente se trata de pacificar la cuestión, de evitar la escenificación del drama procesal y de llegar a un acuerdo razonable para las partes.

No ha de olvidarse el fin educativo del menor pero, en modo alguno, ha de olvidarse el daño sufrido por la víctima y que la víctima, si no resulta satisfecha en este momento, difícilmente será satisfecha a través del proceso.

Por último trataremos de abordar la mediación en el ámbito de Protección dado que, habida cuenta cómo se ha establecido la edad penal queda un amplio campo para la acción de los Servicios de Protección respecto de menores que han cometido un hecho típico delictivo pero que no tienen la edad de la imputabilidad penal.

Comenzaremos señalando que la mediación en el ámbito de Protección es una cuestión absolutamente inexplorada.

Como hemos dicho nos encontramos ante la posibilidad de mediación cuando los delincuentes son menores de catorce años. La elevación de la edad de doce a catorce para ser sujeto de la Jurisdicción Penal de Menores ha dejado una escuela de dos años a prometedores delincuentes juveniles, aun cuando, como hemos visto, la idea de los redactores de la Ley no era esa.

La LORRPM parte de la existencia de un sistema de protección y de que el Derecho Penal es la última ratio de protección

---

156 cuando establece que a la toma de decisión del Ministerio Fiscal no le vincula la posición de la víctima. La circular parte de que ejercitaba una posición adhesiva, hoy ya no es así, pero aún ejercitando una posición meramente adhesiva considero que el Fiscal sólo puede decidir "producida la conciliación" (art. 19.4) entiendo que ello no le vincula para proseguir pero que no puede sobreseer si no hay conciliación.

de la vida social (principio de intervención mínima del Derecho Penal), así pues la LORRPM ha dado a Protección lo que es de Protección y corresponde a este ámbito desmontar la "escuela de delincuencia juvenil" antes señalada.

Evidentemente un elemento absolutamente eficaz es la mediación pero estamos ante una mediación que no tiene un apoyo de un procedimiento penal abierto sino ante una mediación que ha de convencer a las partes por sí misma.

Los únicos medios que se tienen en Protección son los instrumentos de desamparo, medios que no pueden utilizarse en cualquier caso. Evidentemente con un menor tutelado la mediación es más sencilla, pero ¿qué sucede con menores de menos de catorce años que están viviendo en el seno de su familia y delinquen?

La Ley marca dar traslado del caso a Protección de menores, es muy posible que no quepa una tutela (uno de los modos de más eficaz intervención) y que únicamente quepa pedir permiso a la familia para intervenir. Si la familia no quiere la Administración puede hacer un seguimiento del caso: indicadores de desamparo, y absentismo escolar. La familia responderá civilmente de los daños que el menor cause.

Por debajo de los catorce años estamos en un ámbito que corresponde a Protección de Menores pero, no debemos olvidar que Protección es a su vez la última ratio de la salvaguarda de los derechos de los menores y que en primer lugar se halla la familia. Protección sólo puede intervenir con eficacia en caso de solicitud de ayuda por la familia o descomposición del núcleo familiar.

1.c.1.c. La fase instructora

Como ya hemos visto la instrucción corresponde al Ministerio Público, y cuando no ha lugar la mediación ni el sobreseimiento ha de tramitarse la instrucción de la causa, el expediente

de reforma, con arreglo a las normas reguladoras de la LORRPM en su totalidad.

De la incoación del expediente se dará conocimiento al Juzgado de Menores y corresponde al secretario del Juzgado poner en conocimiento del menor y sus representantes legales de dicha circunstancia y requerirles para que designen letrado en el plazo de tres días advirtiéndoles que, de no hacerlo, se designará el que corresponda del turno de especialistas del correspondiente Colegio de Abogados (art. 22 LORRPM).

Aquí es donde entra en escena el Letrado del Menor y, con arreglo a la Ley de Infancia y Adolescencia en Aragón (art. 55) cuando pueden entrar en escena los Letrados de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Ya hemos adelantado que una de las especialidades de la Ley de Infancia es la regulación de la asistencia jurídica que desde 1996 se venía prestando en la práctica y con arreglo a la tesis de la sujeción especial a la que los menores tutelados o, incluso, en guarda, se hallan con respecto a la Administración y la especial función de protección de los mismos que tiene ésta[98].

Pareció absurdo que contando la Administración con una Escala de Letrados los menores tutelados fueran defendidos en juicio por abogados externos, se consideró sin sentido que además fueran abogados del turno de oficio cuando el tutor de dichos menores contaba con presupuesto suficiente y con Letrados en plantilla como para organizar correctamente su defensa.

Por otra parte, y dentro de la línea educativa de los menores, se considera de todo punto fundamental que los menores tute-

98 La cuestión de la defensa en juicio de los menores por los Letrados de la Administración se suscitó a los redactores del proyecto de lo que después sería la LORRPM en las precitadas Jornadas organizadas por la Universidad de Verano de Teruel. Los redactores confesaron que ni se lo habían planteado, lo cierto es que es una cuestión que ha de quedar a la decisión de cada Comunidad Autónoma y que no es competente una Ley del Estado para considerar este punto.

lados, al menos éstos, sean defendidos por el Letrado de la Administración al objeto de que se coordine más estrechamente con el educador adscrito al caso y que la línea de defensa no utilice ideas o conceptos contrarios a la línea educativa del menor.

Lo cierto es que el trabajo del Letrado, sea éste de la Administración o particular, es complicado dado que, por un lado, es de tener en cuenta que la educación del menor es contraria a que falte a la verdad y, por otro, al menor imputado le asiste el derecho constitucional de no declarar contra sí mismo (art. 24 CE).

A mi juicio debe primar el reconocimiento de la verdad en cualquier caso, considero que debe exhortarse al menor a ser veraz por su propio bien y a asumir las responsabilidades de su conducta. El menor ha de asumir que todo acto conlleva una responsabilidad, que todo acto conlleva un daño y una obligación de reparación. En el caso de reconocimiento de los hechos la función del Letrado se centra en obtener una buena Sentencia de conformidad.

La exhortación a ser veraz es básica pues si el menor niega los hechos que se le imputan por considerar que son falsos la función del Letrado se centra en una defensa acérrima de la versión del menor puesto que es importante que, caso de no haber mentido, sea absuelto y, caso de mentir, vea que tiene derecho a la defensa y que, en la mayoría de las ocasiones, la mentira no le sirve de nada pues pese a la defensa resulta condenado.

Es importante que el menor crea en la acción de la Justicia y ello tanto por los fines de prevención especial y general propios de la Justicia Penal como por la integración del menor en el sistema de valores propio de nuestra sociedad.

A mi juicio la piedra de toque fundamental es que el menor sea consciente de que la verdad, el mantenimiento de lo que él considera que es cierto sin reservas ni dobleces, a la postre es su mejor defensa.

En cualquier caso la función del Letrado no es la del educador, indirectamente contribuye a la educación del menor mediante

una explicación adecuada y correcta de su situación procesal, de la acusación formulada contra el mismo y de las medidas que se le pueden imponer. El Letrado ha de ser claro, preciso y hablar con un lenguaje adaptado a cada menor con paciencia y sin complicidades puesto que ha de mantener siempre su faceta profesional, el Letrado no es un amigo del menor. El Letrado tiene la difícil misión de hacer ver al menor con total claridad la situación en que se encuentra y la situación que le espera según el camino que decida tomar, ha de exhortar al menor ha decir verdad pero debe ser respetuoso con su decisión, defender la posición del menor sin atender a consideraciones absurdas propuestas por éste, y guardar, en todo caso, el debido secreto de las conversaciones habidas con éste.

El Letrado no es un educador pero en el proceso es el técnico especializado y decide la línea de defensa oído el menor y, en su caso, el parecer de los educadores.

El Letrado de la Administración puede tener un problema a la hora de su intervención, dicho problema es el de la contraposición de intereses, es decir, que el hecho delictivo se hubiere cometido contra instalaciones o personal de la Administración de la Comunidad Autónoma. En el caso de instalaciones parece que puede haber contraposición de intereses y que no resulta aplicable al caso el art 268 del Código Penal que establece:

"Artículo 268.

1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación.

2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito."

Obviamente no alcanza a tutores y guardadores, que no sean parientes como señala el artículo, y jamás alcanzará a la Administración tutora.

Otro problema es que se dé un "bis in idem" es decir que el menor haya causado daños en centro de reforma, por ejemplo, haya sido sancionado por la Administración por ello y, por cualquier causa, se siga un expediente de reforma contra él por los mismos hechos. Si bien en este caso podría haber contraposición de intereses lo cierto es que también puede apreciarse claramente que hay un "bis in idem" y la Administración, convencida de que el menor ha reparado el daño y ha purgado su culpa, solicite de su Letrado que le defienda al objeto de evitar una condena penal que perjudique o actuado por la Administración por entender el menor que dos condenas son excesivas por ese concreto comportamiento.

El principio "non bis in idem" no juega sólo cuando hay una previa condena penal sino que juega también cuando hay una previa sanción administrativa si bien ha de haber identidad de sujetos y hechos.

Como señala la Sentencia de 18 de octubre de 2004 del Juzgado de Menores nº dos de Zaragoza:

> "...el principio "non bis in idem" tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre; 177/1999, de 11 de octubre y ATC 329/1995, de 11 de diciembre), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista (STC 16 de enero 2003); pero siempre tratándose de aquellos casos en que se aprecie la identidad del sujeto y hecho (STC 16 de diciembre de 1996); pues la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita

puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento (por todas SSTC 159/1985, de 27 de noviembre; 94/1986, de 8 de julio; 154/1990, de 15 de octubre; y 204/1996 de 16 de diciembre), sin que dependa del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido para el ejercicio del derecho sancionador y punitivo del Estado (Sentencia de 11 de octubre de 1999 ya citada)..."

Fuera de este caso del "non bis in idem" nos podemos encontrar con un grave conflicto tanto si ha habido daños a instalaciones propias de la Administración tutora como delitos o faltas contra su personal dependiente.

En esta cuestión hay dos teorías:

1— Una de sentido propiamente educativo, el Letrado de la Administración debe seguir en el caso pues, de ser ciertos los hechos, cumple la función educativa de ayudar al menor a asumirlos y de moderar la medida a imponer y, de no ser cierta la comisión de éstos por el menor le puede defender sin problema alguno. El problema de esta teoría son los múltiples matices que hay y la desconfianza que puede tener el menor respecto del abogado que además lo es del perjudicado.

2— La segunda es más purista y consiste en abstenerse y comunicar al Juzgado la causa de la imposibilidad de defensa al objeto de que se le nombre letrado por el turno de oficio. Esta garantiza más el derecho de defensa del menor, o, al menos, la imagen del derecho de defensa del menor.

En principio me pronuncio a favor de la segunda si bien, dependerá del caso y del arrepentimiento del menor y su confianza en el Letrado, etc...el acogerse a la primera teoría y defender al menor en juicio.

Por otra parte he comentado la actuación del Letrado como defensor del menor, podría darse el caso del Letrado como acu-

sador particular en nombre del menor tutelado víctima del delito, pues bien, lo cierto es que hasta la fecha no se han dado casos de éstos al menos en Zaragoza en los Juzgados de Menores, sí en los Juzgados de Instrucción y de los Juzgados de lo Penal, probablemente no se hayan dado en los Juzgados de Menores tanto por el hecho de que se asume el caso por el Ministerio Público en su función específica de defensor de los derechos e intereses de los menores y la infancia como por la escasa virtualidad de la figura del coadyuvante sin acción que rigió hasta la reforma de diciembre de 2003.

Designado Letrado por el menor, o designado Letrado del turno de oficio especializado que debe crear cada Colegio de Abogados éste puede solicitar las diligencias de prueba que considere precisas del Ministerio Fiscal quien decidirá sobre su admisión en resolución motivada, caso de inadmitirlas el Letrado puede reproducir su petición en cualquier momento ante el Juzgado de Menores (art. 26 LORRPM) sólo está obligado a practicar el Ministerio Fiscal la prueba de declaración del menor salvo que se solicite concluida la instrucción y elevado el expediente al Juzgado.

Resulta curioso que quepa en una instrucción el no tomar declaración al imputado y que baste con la declaración ante la policía, pues alguna declaración deberá haber en la fase instructora.

Respecto de la conclusión de la Instrucción como señala Carlos Sancho[99], puede ser de tres maneras:

1— Con un escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal acusando al menor de la comisión de un delito o falta, e instando por lo tanto la apertura del Juicio Oral (Art. 30, 31 y 34 LORRPM).

2— Con un escrito de sobreseimiento por alguno de los supuestos de los artículos 637 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

---

99 Carlos Sancho, op. cit., p. 166.

3— Con un escrito de sobreseimiento del expediente de reforma derivando la solución del conflicto hacia vías alternativas o externas al proceso por desistimiento del ejercicio de la acción.

El Juzgado aparece como garante de la instrucción como hemos visto no sólo por lo señalado anteriormente sino por cuanto que el Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales sino que las tendrá que solicitar del Juzgado (art. 23.3 LORRPM).

En el seno de la instrucción se halla prevista la posibilidad de adopción de medidas cautelares por el Juzgado a instancia del Ministerio Fiscal (art. 28 LORRPM) "cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito o el riesgo de obstruir la acción de la justicia por parte del menor". Cuando la medida cautelar implique internamiento se oirá al representante del equipo técnico y al representante de la entidad pública de protección de menores dado que la ejecución de las medidas depende de la entidad pública competente en materia de protección de menores de cada territorio.

Asimismo la víctima puede personarse, ahora como acusación particular, en el procedimiento (art. 25).

Como ya he señalado no es mi objeto realizar una valoración exhaustiva de la instrucción dado que este trabajo se centra en la intervención administrativa en la materia de protección y reforma tratando tangencialmente las cuestiones en que la actuación de la Administración o sus agentes no es excesivamente relevante.

En la fase de instrucción tiene gran importancia el informe del equipo técnico. Se señala que, a estos exclusivos efectos, el equipo técnico dependerá "funcionalmente" del Ministerio Fiscal sea cual fuera su dependencia orgánica (Estatal o Autonómica se supone, si ha habido transferencias en la materia serás sólo autonómica, de no haberlas habido, como en Aragón, la situación es variada dado que en Zaragoza, por ejemplo, existe un equipo téc-

nico de personal del Ministerio de Justicia y un equipo destinado a la ejecución de las Medidas en Medio Abierto dependiente de la Administración de la Comunidad Autónoma, confiemos, como ya hemos dicho antes, en que la transferencia lleve consigo la existencia de un solo equipo técnico, si bien podría darse el caso de que siguiera habiendo dos un equipo técnico de funcionarios de la previsiblemente futura Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia y el Equipo de Medio Abierto dependiente del Instituto Aragonés de Servicios Sociales)[100].Así pues el equipo técnico elabora un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor así como sobre su entorno social y podrá proponer, asimismo, una intervención socioeducativa con el menor.

Al equipo técnico se le da capacidad para informar incluso sobre la conveniencia de no continuar el expediente en interés del menor " por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención." (art. 27.4). Ello no vincula al Ministerio Público que sólo si se dan los supuestos previstos en el art. 19.1 (relativo a la mediación) "podrá" remitir al Juez el expediente con propuesta de sobreseimiento.

Es de señalar que el art. 27.6 establece que este informe del equipo técnico "podrá ser elaborado o complementado" por aquellas entidades públicas (predominantemente la entidad pública competente en materia de protección de menores, IASS en Aragón) o privadas "que trabajen en el ámbito de protección de menores y conozcan la situación del menor expedientado", según la magistrada de menores Ascensión Martín Sánchez la importancia

100 Respecto de la dependencia funcional del equipo señala José Antonio Tomé García, op. cit., p. 116: "Compartimos la afirmación del Grupo de Estudios de Política Criminal cuando considera que "la dependencia funcional del equipo técnico al MF supone una dependencia a una de las partes del proceso descalificándolo como informe pericial imparcial" "El equipo técnico, al igual que otros cuerpos de asesoramiento a los Juzgados (médicos forenses, peritos tasadores de bienes) debe depender funcionalmente del juzgado de menores".

del citado precepto es manifiesta "por cuanto el menor suele estar escolarizado y los servicios psicopedagógicos del centro escolar pueden tener una información muy valiosa de la situación personal del menor o que el menor haya tenido intervenciones de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de su localidad o de su barrio, de alguna entidad privada con la que el menor haya colaborado e incluso haya estado sometido a alguna medida de protección por parte de la Entidad Pública de Protección de Menores..."[101].

1.c.1.d. Fase de audiencia

Del escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal y, en su caso, de la acusación particular, se da traslado al Letrado del menor al objeto de que formule escrito de defensa, formulado éste se cita para la celebración de audiencia.

En el camino puede haberse dado una Sentencia de conformidad que evita la celebración de audiencia (art 32 LORRPM).

Respecto de la Audiencia reviste la peculiaridad de la asistencia "de un representante del equipo técnico que haya evacuado el informe previsto en el art. 27 de esta Ley" (art. 35 LORRPM), en consecuencia se prevé la audiencia del equipo técnico concluida la fase de prueba y los alegatos de acusación y defensa al objeto de que se pronuncie sobre las medidas propuestas.

Concluida la Audiencia se dicta Sentencia[102] absolviendo o imponiendo la correspondiente medida que, salvo la de amones-

---

101 Ascensión Martín Sánchez en obra sobre la Instrucción del procedimiento citada por José Antonio Tomé García, op. cit., p. 117.

102 Un estudio interesante y pormenorizado sobre la Sentencia es el que realiza Armando Barreda Hernández en su artículo "La Sentencia en el nuevo proceso penal de menores", publicado en la precitada Monografía V de la RArAP. Como ya expuse desde la introducción no voy a entrar en aspectos que no sean propios de la actuación administrativa sin perjuicio de que colateralmente trate alguno de ellos o que desarrolle más otros como presupuesto de posteriores explicaciones. Sobre la Sentencia en el proceso penal me remito al interesante artículo del Magistrado Barreda quien, por otra parte, fue uno de los "culpables", sino el más importante de todos ellos, de mi interés por esta rama del Derecho y al que estoy verdaderamente agradecido.

tación, deberá ser ejecutada una vez firme por la entidad pública competente en materia de protección bajo la vigilancia del Juez de Menores (art. 44 LORRPM).

1.c.2. La ejecución de las medidas. Competencia administrativa y vigilancia judicial

1.c.2.a. Competencia normativa

En primer lugar es conveniente entrar en el estudio de la posible competencia normativa que tengan las Comunidades Autónomas en la materia dado que, y sobre todo en relación a las medidas de internamiento, las medidas las han de ejecutar con medios propios o privados debidamente concertados o conveniados.

A mi juicio y respecto de la competencia normativa un reglamento autonómico es el lógico desarrollo directo de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

Tal desarrollo resultaría de lo dispuesto en los arts.45 y 60 de la LORRPM y la competencia de la Comunidad Autónoma para llevarlo a cabo del art. 35.1.28 del Estatuto de Autonomía de Aragón y de la Disposición Final Séptima 2 y art. 45 de la LORRPM.

El art. 45.1 de la LORRPM es terminantemente claro en este sentido:

> "Dichas entidades públicas (las Comunidades Autónomas) llevarán a cabo, de acuerdo con sus respectivas normas de organización, la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas previstas en esta Ley"

Y es que la Jurisdicción de Menores, si bien es una Jurisdicción eminentemente penal, se halla informada básicamente por el principio del interés superior del menor, tal y como señala la exposición de motivos de la LORRPM:

"Asimismo han sido criterios orientadores de la redacción de la presente Ley Orgánica, como no podría ser de otra manera, los contenidos en la doctrina del Tribunal Constitucional, singularmente en los fundamentos jurídicos de las sentencias 36/1991, de 14 de febrero, y 60/1995, de 17 de marzo, sobre las garantías y el respeto a los derechos fundamentales que necesariamente han de imperar en el procedimiento seguido ante los Juzgados de menores, sin perjuicio de las modulaciones que, respecto del procedimiento ordinario, permiten tener en cuenta la naturaleza y finalidad de aquel tipo de proceso encaminado a la adopción de unas medidas que, como ya se ha dicho, fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el campo de las ciencias no jurídicas."

Es decir, el campo de la Jurisdicción de Menores, como he venido señalando reiteradamente, entra en contacto directo con el de la protección de menores, si se busca la reinserción del menor en base a un procedimiento flexible y a medidas igualmente flexibles lo lógico es que la ejecución de dichas medidas se halle directamente vinculada a la Administración competente en materia de protección de menores en el territorio, y ese es el espíritu de la Ley.

No se remiten los menores a la Administración penitenciaria sino a la Administración con competencias en protección de menores habida cuenta los principios que inspiran la Jurisdicción.

En la Comunidad Autónoma existe el Decreto165/1992, de 17 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento de régimen interior de los centros de educación e internamiento por medida judicial de la Comunidad Autónoma de Aragón que no ha sido aún adaptado a la LORRPM.

Con fecha 30 de agosto de 2004 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que

se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

Dadas las consideraciones anteriores creo que el citado Reglamento incurre en materia de competencia autonómica al menos respecto de los artículos 1, 30, 32, 33, 34, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85 del mismo.

Nos encontramos ahora con dos normas que van a convivir a partir de 30 de marzo de 2004, fecha de entrada en vigor del Reglamento estatal, salvo nuevo Reglamento autonómico que desplace la normativa estatal en las materias de propia competencia autonómica y se adapte a la normativa estatal en las que son competencia estatal por ser norma procesal. Esto no obstante lo correcto hubiera sido un conflicto constitucional de competencia que por Aragón no se ha interpuesto.

La competencia del Estado para dictar el Reglamento se basa en su competencia sobre la normativa procesal en bloque (de la que sólo se exceptúa la normación de las especialidades del Derecho Civil Foral, que no es el caso evidentemente), entiendo que no puede basarse en nada más y resulta extraño un reglamento de desarrollo de una Ley procesal pues las leyes procésales no tienen reglamento que especifique la normativa procesal, la normativa penitenciaria no es equiparable a la LORRPM dado que toda ella es competencia estatal (al menos en Aragón y en la mayoría de Comunidades Autónomas) y la normativa reglamentaria desarrolla la Ley Orgánica General Penitenciaria no la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1.c.2.b. El elenco de medidas

El art. 7 LORRPM establece el elenco de medidas que se pueden imponer en Sentencia, así pues señala[103]:

---

103 Un estudio pormenorizado de cada una de las medidas lo realiza Fidel Cadena Serrano (Fiscal) en su artículo "Las medidas de la Ley reguladora de la responsabilidad

1— Internamiento en régimen cerrado. Los sometidos a esta medida residirán en el Centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio. No se contemplan actividades externas de reforma.

2— Internamiento en régimen semiabierto. Los sometidos a esta medida residirán en el Centro, pero realizarán fuera del mismo actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

3— Internamiento en régimen abierto. Los sometidos a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el Centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo.

Hemos de señalar que el Centro a que se refieren los dos primeros apartados, al menos en Aragón, es Centro de Reforma con sus secciones cerrada y semiabierta, el Centro a que se refiere el apartado tercero es un Centro de Protección, un centro abierto destinado a la acogida de menores en general no sujetos a expediente de reforma.

4— Internamiento en centro terapéutico. Según el art. 7 LORRPM en estos Centros se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este mismo artículo 7. Cuando el interesado rechace el tratamiento de deshabituación, es decir, se configura como voluntaria, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

---

penal del menor", integrante de la precitada Monografía V de la RArAP. Asimismo destacaremos el trabajo "La ejecución de medidas. Actuación administrativa" de Alejandro Herrero Prieto publicado en la obra colectiva ya citada "Aspectos Jurídicos de la Protección del menor" Ed. Junta de Castilla y León 2001 Coordinador Ignacio Sáez Hidalgo.

5— Tratamiento ambulatorio. Los sometidos a esta medida deberán asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que los atiendan y seguir las pautas fijadas para el tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan. Esta medida, asimismo, puede adoptarse junto con otras o solo ella. También se configura de carácter de asunción voluntaria, si el sujeto la rechaza el Juez puede imponerle otra adecuada a sus circunstancias.

6— Asistencia a un centro de día. Los sometidos a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro plenamente integrado en la comunidad social, a realizar actividades de apoyo, educativas, laborales y de ocio.

7— Permanencia de fin de semana. Los sometidos a esta medida permanecerán en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde noche del viernes y la noche del domingo, a excepción del tiempo que deban dedicar a tareas socio-educativas designadas por el Juez.

8— Libertad Vigilada. En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar del trabajo, según los casos, procurando ayudar a la persona a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Esta medida obliga a seguir lo que se denomina el "Plan de Libertad Vigilada" (la Ley habla de programa) que fija las pautas que señala la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento y que debe ser elaborado por éstos y aprobado pro el Juez. Los sometidos a esta medida quedan obligados a mantener las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez y que se concretan en el propio art. 7. h) en un catálogo de hasta siete.

9— Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. Como señalábamos en otra parte de este libro, se formaliza

un acogimiento peculiar por el Juzgado de Menores y como medida educativa y resocializadora. La LORRPM señala que la persona sometida a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquella en su proceso de socialización.

A este acogimiento podría, incluso, seguir un acogimiento civil si funciona tan bien que ambas partes, menor y acogedores así lo manifiestan a la entidad pública y esta lo juzga conveniente.

10— Prestaciones en beneficio de la comunidad. Medida que no puede imponerse sin consentimiento del menor y que consiste en realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, actividades que han de ser de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad. Se ha de buscar el relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor.

11— Realización de tareas socioeducativas. Los sometidos a esta medida han de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarles el desarrollo de su competencia social.

12— Amonestación. Esta medida consiste en la reprensión de la persona llevada a cabo por el Juez de Menores y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no cometer tales hechos en un futuro.

A mi juicio la eficacia de esta medida es importante en el caso de Sentencia dictada "in voce" aceptada por ambas partes, justo después de dictarla y de manifestar las partes que no la van a recurrir. Es entonces cuando el Juez puede amonestar al menor de modo más efectivo dado que éste en ese momento es plenamente consciente de los hechos.

13— Privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor , o del derecho a obtenerlo, o de las licencias admi-

nistrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas. Esta medida puede imponerse como accesoria cuando el delito o falta se haya cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor o un arma respectivamente.

14— Inhabilitación absoluta. Esta medida produce la "privación definitiva" de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos, así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida.

A mi juicio mal utilizado el término "definitiva" dado que la medida es "durante el tiempo de la condena", más que una medida, por otra parte, parece una pena pura y dura como sucede con la privación del permiso de conducción de ciclomotores etc... Si bien entendemos que ambas "medidas" son lógicas y deben existir.

Las reglas para la imposición de las medidas se determinan en el art. 7.3 y, básicamente, pues el 7.3 sobre todo es relativo al procedimiento excepción hecha al inciso que establece "...se deberá atender de modo flexible, no solo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor,...", en el art. 9, y se rigen por el principio acusatorio, es decir, el Juez no puede imponer mayor medida que la solicitada por el Ministerio Fiscal o la acusación particular (art. 8).

La ejecución de las medidas corresponde a la entidad pública de protección excepción hecha, por su propia naturaleza, de las de amonestación, privación del permiso de conducir, permiso de caza y licencia de armas, e inhabilitación absoluta.

La Comunidad Autónoma debe organizar sus servicios para la ejecución de dichas medidas, de ahí su capacidad normativa y ejecutiva tal y como hemos visto anteriormente.

Así pues la Comunidad Autónoma, para la ejecución de las medidas ha de disponer de los centros pertinentes bien de su pro-

pia titularidad bien conveniados o concertados, asimismo ha de organizar las medidas a ejecutar en medio abierto, para ello, en el caso de Aragón, se dispone de un Equipo de Medio Abierto en la provincia de Zaragoza adscrito a sus dos Juzgados, en Huesca y en Teruel, habida cuenta el menor número de asuntos, la asistencia se presta por un equipo destinado a reforma en cada provincia pero más reducido en sus efectivos lógicamente.

A la ejecución de las medidas la entidad pública dedica un importante presupuesto pues es de mantener centros, material y equipos propios amén de que debe pagar los conciertos con centros especializados, o no especializados si no posee alguno de los centros a que hace referencia la Ley (de hecho alguna Comunidad Autónoma a entrada en vigor de la Ley carecía de centro de reforma y debía acudir a centros de Comunidades limítrofes) así como si se ha de adoptar alguna especial medida respecto de algún caso.

Es de destacar que la Administración autonómica se comporta como Administración penitenciaria y corre con los gastos de la ejecución respecto de todos los menores con medida impuesta por el Juzgado, así como con las medidas cautelares, aquí no se distingue entre menores tutelados por la Administración y menores no tutelados. Además, respecto de los menores tutelados puede asumir su defensa en juicio y puede acabar respondiendo civilmente del daño como veremos posteriormente.

La LORRPM, como en otros numerosos casos, supuso una encubierta transferencia de competencias sin transferencia de medios para hacerle frente, pues al aumentar la edad penal la Comunidad Autónoma se hizo cargo de los sujetos de dieciséis a dieciocho años de los cuales se liberó la Administración penitenciaria sin que ello viniera acompañado de la correspondiente partida presupuestaria en un nuevo alarde estatal de "lealtad institucional"[104].

---

104 La "lealtad institucional" es uno de los principios que han de presidir las relaciones entre las Administraciones Públicas a tenor de los dispuesto en el art. 4 de la Ley

Así pues, corresponde la ejecución de todo ese catálogo de medidas y, dado que son impuestas por la autoridad judicial y la autoridad judicial sabe y conoce el fin para el que las impuso, lo lógico, tal y como señala la Ley, es su control y vigilancia por la Autoridad judicial al que hay que informar puntualmente sobre dicha ejecución y quien tiene la potestad de decidir sobre el cambio de la medida dentro de los límites que establece la LORRPM.

Un especial problema plantea la posibilidad de cumplimiento en centro penitenciario de las medidas impuestas por el Juez de Menores.

Así pues el art. 15 LORRPM establece:

> "Cuando el menor a quien se le hubiere impuesto una medida de las establecidas en esta Ley alcanzase la mayoría de edad, continuará el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia en que se le impuso conforme a los criterios expresados en los artículos anteriores.
>
> No obstante lo señalado en el párrafo anterior, cuando las medidas de internamiento sean impuestas a quien haya cumplido veintitrés años de edad o, habiendo sido impuestas, no haya finalizado su cumplimiento al alcanzar dicha edad, el Juez de Menores oído el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 14 y 51 de la presente Ley, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen ordinario previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria."

Para la inteligencia actual de este precepto es de tener en

30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La referencia a este principio la introdujo la reforma de la Ley operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, lo curioso de este tipo de principios es que, a mi juicio, en el caso que nos ocupa quedan en nada dado que si se transfiere población reclusa lo lógico es una transferencia de medios personales, materiales y económicos. Lo que sucede, como decimos, es que es una "transferencia encubierta" operada por una norma sin más y que no da lugar a apertura de proceso de negociación alguno.

cuenta la suspensión hasta 1 de enero de 2007 de la aplicación de la Ley a los mayores de dieciocho años y menores de veintiún años ya señalada, así como la posibilidad de la prórroga de Jurisdicción para el enjuiciamiento de personas que cometieron el delito siendo menores y la duración máxima de las medidas de internamiento a que se refiere el art. 9 de la LORRPM.

En definitiva que nos podemos encontrar con personas de veintitrés años aún sujetas a cumplimiento de medida de internamiento por el Juzgado de Menores, supuesto que será más frecuente a partir de 1 de enero de 2007 si no cambian las previsiones legales.

Pues bien Javier Nistal Burón[105], a la sazón Subdirector General de Gestión Penitenciaria de la Administración del Estado, señala que, con arreglo a lo dispuesto en la LORRPM el Juez de Menores puede hacer:

a) Revisar la medida impuesta conforme a lo que disponen los artículos 14 y 51 LORRPM y acordar su sustitución por otra que no sea privativa de libertad.

b) Mantener la medida de internamiento, en cuyo caso y de forma obligada, el menor deberá cumplir ésta en un centro penitenciario de adultos.

A partir de ahí, y desarrollando la segunda opción, llega a la conclusión que la competencia administrativa de la entidad pública de protección va a verse sustituida por la Administración penitenciaria y que la vigilancia del Juez de Menores va a verse sustituida por la del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Lo cierto es que el art. 15 da lugar a las más diversas interpretaciones al hablar de "su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen ordinario previsto en la Ley Orgánica

105 Javier Nistal Burón, "El cumplimiento en un centro penitenciario de adultos de las medidas de internamiento previstas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores: Problemática Jurídica", Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1958, 1 de febrero de 2004.

General Penitenciaria." (último inciso del párrafo segundo) que avalaría las tesis de ejecución íntegra por la Administración Penitenciaria con sujeción a las supervisión del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, y al hablar de "continuará el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia en que se le impuso conforme a los criterios expresados en los artículos anteriores" (último inciso del párrafo primero) que puede dar lugar a interpretar la competencia de la Administración autonómica y la del Juzgado de Menores, esto no obstante considero forzada esta última interpretación.

A mi juicio el tenor conjunto del art. 15 lleva a la conclusión que la Administración penitenciaria ha de ejecutar las medidas con arreglo a lo establecido en la Sentencia del Juez de Menores hasta alcanzar los objetivos fijados en ésta. Respecto de la competencia judicial considero que puede mantenerse que sigue siendo la del Juzgado de Menores al ser un Juzgado especializado y al ser el Juzgado que, efectivamente, puede controlar el cumplimiento de dichos objetivos. Javier Nistal llega a la conclusión de que es el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria el competente porque pone su punto de vista en la Administración supervisada por el Juzgado y no en el sujeto que cumple la medida, a mi juicio lo importante no es la Administración sino el sujeto, sobre todo si tenemos en cuenta que cumple una medida tendente a su rehabilitación (art. 25).

No considero importante que la Administración penitenciaria no se halle preparada para estos casos dado que eso es una cuestión a adaptar simplemente, es más, considero que, con las debidas adaptaciones, y con los profesionales adecuados, podría llegar a suplir a la entidad pública en estos casos excepcionales en los que se mantiene la medida de internamiento. Es de destacar que si se mantiene es porque el sujeto no puede vivir en medio abierto sin peligro para sí mismo y para los demás y se ha juzgado que no le es perjudicial, sino que es la única medida posible, el cumplimiento en centro penitenciario. Ahora bien, lo que

entiendo que ha de mantenerse es la competencia del Juez de Menores al objeto de que la ejecución de la medida por él impuesta sea por él vigilada. Puede objetarse que respecto de las condenas impuestas por los Juzgados y Tribunales penales se encomienda tal función al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria pero lo cierto es que las resoluciones de dichos Juzgados y tribunales no tienen el carácter específicamente reeducativo y educador que deben tener las de los Juzgados de Menores a tenor de la LORRPM.

1.c.2.c. Algunos problemas concretos en torno a la gestión de los centros de reforma

En cuanto a la competencia administrativa sobre gestión de los centros de Reforma en Aragón se planteó una sugerencia a la Administración de fecha 5 de noviembre de 2002 por El Justicia de Aragón sobre el funcionamiento del Centro de Reforma "San Jorge" y, en concreto, sobre la contratación de determinados servicios con una entidad mercantil.

El artículo 45.3 LORRPM establece:

> "Las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla podrán establecer los convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades bien sean públicas, de la Administración del Estado, Local o de otras Comunidades Autónomas, o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución de las medidas de su competencia, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución."

Pues bien, el informe del Justicia de Aragón, tras estudio sobre el terreno de la gestión del Centro San Jorge y, en concreto, a la vista de la actuación del personal de la empresa contratada por el IASS mediante un contrato administrativo especial para la colaboración en la gestión del servicio educativo, concluyó que existía un carácter mixto en la gestión del centro, gestión mixta en la que colabora una entidad con ánimo de lucro, y que ello no

era posible habida cuenta la redacción de la Ley que excluía dicho tipo de entidades.

La recomendación del Justicia dio origen a estudiar la cuestión desde el punto de vista teórico en primer lugar, desvinculando dicho estudio de la concreta recomendación al objeto de luego confrontar la teoría con los datos resultantes del informe del Justicia.

A mi juicio el art. 45.3 LORRPM debe entenderse en el amplio contexto que supone la ejecución de las medidas, medidas que no son únicamente la privación de libertad.

Así el párrafo 1 del art. 45 LORRPM establece la competencia autonómica en dicha ejecución competencia que va referida a la "creación, dirección, organización y gestión de los servicios e instituciones".

Por ello, la previsión de la colaboración con Administraciones Públicas y entidades privadas sin ánimo de lucro se enmarca en dicha gestión, es decir, en la gestión, por ejemplo, de una libertad vigilada que puede ser encomendada a una entidad sin ánimo de lucro, bajo la superior dirección de la Comunidad Autónoma, o en la gestión de unos trabajos en beneficio de la comunidad que puede depender de un convenio con una Administración y desarrollarlos de acuerdo con la misma sin que ello suponga que la Comunidad Autónoma pierde el poder de supervisión de la ejecución de la medida.

Lo mismo puede decirse de los tratamientos o internamientos terapéuticos para la deshabituación del consumo de drogas, los acogimientos en instituciones o familias, etc...

Considero que interpretar el art. 45.3 LORRPM en el sentido de que no se puede recurrir a contratos administrativos para coadyuvar en la gestión de un Centro de Reforma resulta excesivo por contrario a la naturaleza de servicio público de estos centros.

A nuestro juicio, y tal y como señaló la entidad pública al

Justicia, la Administración puede utilizar todas las herramientas de gestión establecidas por la legislación vigente para garantizar el correcto desenvolvimiento de sus servicios públicos[106].

En el caso que nos ocupa del Centro "San Jorge" constaba, por otra parte, la negativa experiencia de los convenios de colaboración con entidades privadas para la gestión del Centro de Reforma.

Así pues considero perfectamente válido el criterio de concertar contratos administrativos para la gestión del servicio educativo. Contratos que, por otra parte, únicamente persiguen el lograr un contratista profesional y que, por ello, están sujetos a publicidad y concurrencia a diferencia de los convenios de colaboración que, si bien pueden servir para la gestión de otras medidas, pueden no ser adecuados para la gestión de un Centro de Reforma.

Es de destacar que un Convenio de Colaboración con una entidad privada sin ánimo de lucro tiene su sentido cuando esa entidad tiene unos medios (una casa de acogida, un centro de tratamiento, un colegio....) que se pueden utilizar por la Administración habida cuenta que carece de los mismos, pero no para suministrar únicamente personal a un centro de la Administración cuya titularidad, por otra parte, no podría cederse a la entidad privada (art. 45.3 LORRPM).

En esta línea es de destacar, y en ello estimamos muy acertado el informe del Justicia, que no debe caber la cogestión del Centro ni reflejada en los pliegos (donde entendíamos que no se

106 En este sentido citaremos Luis Javier González y Mariela Redondo, en "La responsabilidad penal de los menores" Revista Iuris nº 45, diciembre de 2000, señalan: "La Ley permite, por tanto, que las Comunidades Autónomas puedan adoptar diferentes modelos de gestión de los recursos materiales y personales para la ejecución de las medidas: trabajar con recursos propios; trabajar con recursos concertados con otras entidades públicas o privadas o sistemas mixtos de gestión. Lo que no permite la Ley es ceder la competencia ni la titularidad de la ejecución, que siempre se ha de hacer bajo su supervisión directa sea cual sea el modelo de gestión de recursos adoptado."

reflejaba) ni en la práctica. La empresa ha de limitarse a poner al servicio de la Administración un equipo educativo sujeto a su propia estructura de mando bajo dependencia directa de la empresa y la supervisión de la Administración para la gestión de servicios concretos, la dirección del contrato corresponde a la Administración, la gestión del Centro ha de corresponder a personal de esta Administración no pudiendo figurar personal de la empresa en cargo directivo alguno en el Centro de Reforma.

Considero que la gestión educativa ha de estar totalmente dirigida por la Administración, sin perjuicio de que en los órganos de dirección se pueda tener en cuenta la opinión del personal tanto de la Administración como de la empresa contratada. Lo que además debe haber de conformidad con la jurisprudencia laboral para evitar que la gestión de la empresa sea un puro suministro de mano de obra y en expresión de las relaciones entre el equipo de la empresa y la Administración es un delegado de la empresa para canalizar las relaciones entre contratista y Administración.

La cuestión fundamental de discrepancia se centraba en último término en si en la práctica había gestión compartida o no la había, el Justicia sostenía que sí y el IASS que no que la gestión era un asunto propio de la entidad pública y no había sido cedida, en este punto ya era una apreciación de datos de hecho que divergía entre ambos.

Por otra parte, y en otro orden de cosas, se ha planteado también recientemente un problema de interpretación de los artículos 45.1 y 3 en relación con el art. 46.3, la cuestión está pendiente de resolución por la Audiencia Provincial de Burgos en el momento en que se escriben estas líneas.

La cuestión fue un Auto del Juzgado de Menores de Burgos de un menor en el Centro de Reforma de Zaragoza donde estaba internado, tras detención policial por hallarse en búsqueda y captura decretada por el precitado Juzgado burgalés, en espera de

ser trasladado al Centro de Reforma más próximo a su domicilio en Castilla y León donde cumplía condena impuesta por el Juzgado de Menores de Burgos, pues bien, a solicitud de la familia, inaudita la Comunidad Autónoma de Aragón y con los informes favorables del equipo técnico y de la entidad pública castellano leonesa así como el Ministerio Fiscal se decide que, habida cuenta que el menor cuenta con parientes en Zaragoza, cumpla las medidas pendientes en el Centro de Reforma "San Jorge" de Zaragoza.

Ante ello se recurre en reforma por el IASS acreditando documentalmente la inexistencia de plaza para el citado menor pues únicamente se podía hacer cargo de él el Centro de Reforma en espera de traslado así como la inexistencia de contactos con profesionales de Castilla y León al objeto de comprobar el arraigo familiar y social del menor en Zaragoza (a efectos de la influencia que sobre el menor puede tener su familia zaragozana) con carácter previo a la adopción del Auto del Juzgado que se recurre.

El Juzgado desestima la reforma sobre la base de la competencia judicial así como que la cuestión de la disponibilidad de la plaza es algo a concertar entre las Comunidades Autónomas y el Juzgado ha cumplido con oír el informe favorable de la entidad pública de su territorio.

El Auto ha sido recurrido recientemente en apelación. A mi juicio es de partir de la incuestionable competencia de la Entidad Pública de cada territorio en la ejecución de las medidas e, incluso, en la determinación del centro de ejecución (art. 46.3)[107].

---

107 Esto lo afirma incluso el propio Auto citado, pero es que resulta obvio de la lectura de la Ley. La doctrina, ya en los primeros estudios de la norma lo señalaba, así Luis Javier González y Mariela Redondo, op. cit., señalan: "Por otra parte la Ley otorga a las Comunidades Autónomas, mediante las entidades públicas que éstas designen, la competencia para la ejecución de las medidas. La atribución de la competencia supone la facultad de crear, dirigir, organizar y gestionar los servicios, instituciones y programas que considere adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas. Para ello, pueden

Esta competencia de determinación del centro para la ejecución de la medida se basa en que es la entidad pública autonómica correspondiente la que conoce tanto las capacidades y posibilidades de cada centro como las plazas libres del mismo.

Pues bien, en el caso que nos ocupa no se oyó antes de dictar resolución el parecer de la Entidad Pública Aragonesa (IASS) sobre la elección de centro y se designó el centro San Jorge "inaudita parte" sin tener en cuenta si el mismo era centro adecuado y si existía plaza para la ejecución de las medias.

Se acreditó ante el Juzgado que el Centro de Reforma San Jorge estaba sobrepasado en sus plazas y que se podía mantener al menor en situación provisional puede hasta reintegrar al menor al Centro de Reforma de cumplimiento pero no convertirse en situación definitiva y determinar el centro San Jorge como Centro de cumplimiento sin, al menos, una previa consulta al IASS por parte de la entidad pública castellano leonesa o por parte del Juzgado y una valoración por IASS de la existencia de plazas a tal fin.

A mi juicio, y el de los técnicos del IASS el art. 46.3 LORRPM es claro al respecto, el traslado a otro centro no cercano al domicilio debe ser a iniciativa de la Comunidad Autónoma a la que le corresponde la ejecución y aprobado por el Juez sentenciador, no a iniciativa de la familia y ello por cuanto es la Comunidad Autónoma la única entidad que conoce si es posible o no la ejecución en centro distinto.

En el caso de que el centro se encuentre fuera de la Comunidad Autónoma debería procederse a una consulta entre Comunidades Autónomas, en el caso que nos ocupa la entidad pública castellano leonesa debería haber requerido informe del IASS para saber si efectivamente era viable el centro san Jorge como alter-

---

establecer convenios o acuerdos de colaboración con otras entidades públicas (del Estado, de otras Comunidades Autónomas o de la Administración local), o privadas sin ánimo de lucro".

nativa para el cumplimiento de las medidas. Sin dicha consulta es imposible que se tenga conocimiento cierto de nada y resulta temerario que en el seno del procedimiento se informe favorablemente por parte de la entidad pública.

A lo más que se puede llegar desde fuera es a saber que el menor tiene familia, cómo sea ésta es algo que sólo los equipos técnicos de la Comunidad Autónoma a donde se pretende que vaya el menor a cumplir la medida podrían acreditar ante el Juzgado así como el beneficio o perjuicio que puede causar al menor en su reforma y reinserción.

Entendemos, contra cuanto señala el Auto apelado, que el hecho de que la cuestión se arregle entre Comunidades Autónomas y que el Juzgado únicamente debe dar su aprobación a lo que le presenta la entidad pública de su territorio no exime al Juzgado de contrastar la veracidad de los datos que le aporta la entidad pública, es decir: si existe plaza fuera del domicilio, si la plaza es adecuada y si es conveniente al menor dicho traslado.

Además, en el precitado caso del Auto del Juzgado de Menores de Burgos, entendemos que no cabía alegar que era una cuestión entre Comunidades Autónomas cuando obraba en Autos documentación suficiente que acreditaba que no se daban las circunstancias que permitían proceder de conformidad con el art. 46.3 en relación art. 45.2 ambos de la LORRPM.

Entendemos que la iniciativa de traslado ha de provenir de la Comunidad Autónoma de origen del menor y que ha de contar con informes favorables de la Comunidad Autónoma donde se pretende el cumplimiento cumplimiento, todo ello, además, ha de ser supervisado por el Juez de Menores pues la ejecución es competencia de la Administración autonómica bajo la vigilancia judicial.

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES.

2.a. Régimen de exigencia de responsabilidad a la Entidad Pública anterior a la entrada en vigor de la LORRPM

La aparición de la pieza de responsabilidad civil supone un enorme cambio con arreglo al régimen anterior en el que no se podían reclamar los daños ante la Jurisdicción de Menores sino que el perjudicado debía ejercitar la acción civil en la vía que estimara oportuna.

Respecto de la entidad pública esa vía era la vía administrativa y ulteriormente la vía contenciosa-administrativa.

Así pues debía formular reclamación de responsabilidad patrimonial en los términos establecidos en el art. 139 y ss de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Lo cierto es que esta vía se utilizaba poco, de hecho, desde la puesta en funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón el día 16 de enero de 1996, órgano consultivo que ha de informar preceptivamente (al igual que el Consejo de Estado al que sustituye respecto de la Administración Autonómica y las Administraciones Locales de Aragón) las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tan sólo se registraron dos y derivadas del mismo hecho.

El hecho era una fuga del centro de reforma de varios menores que roban un coche, marchan a Huesca, tienen un accidente y fallece una de las menores ocupantes (no conductora) del vehículo, reclaman los padres de la menor (que además estaba tutelada por la Comunidad Autónoma) así como el propietario del vehículo. Los dictámenes de la Comisión Jurídica Asesora son

muy parecidos pues los hechos son idénticos, difieren en el daño, así pues, extractaremos el referido a la menor:

Respecto a la reclamación de los padres de la menor el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora 96/99, de 16 de febrero, en su Consideración Jurídica III establece:

> "Sin embargo, como destaca ya la propuesta de resolución que, con el expediente tramitado, se ha remitido a esta Comisión, no cabe apreciar la concurrencia del requisito de nexo causal entre el funcionamiento de los Servicios de prevención, asistencia y protección de menores de la Diputación General y el lamentable resultado lesivo cuya reparación se pretende.
>
> El reclamante alude al incumplimiento del deber de vigilancia de dichos Servicios respecto de la menor fallecida, que se fugó de un Centro dependiente de los mismos, la Residencia «San Jorge», de Zaragoza, en la que se hallaba internada por mandato del Juzgado de Menores competente, y en concreto en la Sección semiabierta del mismo, que supone, según el Decreto 165/1992, de 17 de septiembre de la Diputación General de Aragón, un régimen de privación de libertad de grado medio, que permite a los menores salir a su domicilio y realizar actividades educativas y recreativas fuera del Centro. A la vez que sugiere un mal funcionamiento del Servicio, por haber acordado indebidamente la suspensión de visitas y comunicaciones telefónicas y epistolares de los padres de la menor con ésta.
>
> Sin embargo, a ello cabe objetar, en primer lugar, que no resulta acreditado el mal funcionamiento del referido Servicio. En efecto, el internamiento de la menor en la Residencia «San Jorge», de Zaragoza, se produjo por mandamiento judicial, habiéndose observado estrictamente las medidas acordadas por el Juzgado de Menores de Zaragoza sobre el régimen de libertad de la internada; sin que pueda apreciarse negli-

gencia en el hecho de que la menor se fugase hallándose ingresada en la Sección semiabierta del Centro, que supone un régimen de privación de libertad de grado medio, tal como antes se ha descrito, y como se define por el art. 30.1 del Decreto 165/1992, de 17 de septiembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de los Centros de educación e internamiento por medida Judicial de la Comunidad Autónoma de Aragón. Y, en cuanto a la suspensión de visitas y comunicaciones de la menor con su familia, no puede desconocerse que el art. 13.7 del Decreto 238/1994, de 28 de diciembre, de la Diputación General de Aragón, que regula la organización y funcionamiento de los Centros de Protección de menores de la Comunidad Autónoma de Aragón, al referirse a este derecho de comunicación, deja a salvo la excepción del «justificado interés del menor apreciado por resolución del Jefe del Servicio Provincial de Bienestar Social a propuesta de la Comisión de Evaluación»; como ya antes, el art. 33.5 del citado Reglamento de Régimen Interior de esta clase de Centros, de 17 de septiembre de 1992, establecía que «si el comportamiento de alguna visita resultase negativo, conflictivo o peligroso, podrá interrumpirse por el personal del Centro, poniéndose en conocimiento, posteriormente, del Juez y del Fiscal»; mientras que, por su parte, la Orden del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo de 14 de diciembre de 1994, que aprueba el Proyecto Educativo para los Centros de Protección de Menores dependientes de la Comunidad Autónoma de Aragón, al referirse a las relaciones del internado en estos Centros con su familia, tras destacar su importancia, dispone que «para aquellos casos con alternativa de reinserción familiar se considera primordial la relación con los educadores del menor en el Centro y los educadores de intervención familiar que actúan en la familia, con el fin de coordinar estrategias educativas y elaborar el necesario trabajo en común». Con lo que cabe concluir que el comportamiento de los responsables de

la Residencia «San Jorge» con la menor E.R., en cuanto ésta estuvo internada en aquélla, tuvo en todo momento suficiente habilitación legal, lo que impide apreciar negligencia o mal funcionamiento del Servicio.

Pero, sobre todo y en segundo lugar, procede destacar que la responsabilidad patrimonial extracontractual de las Administraciones Públicas es exigible, si concurren los requisitos antes expresados, aun en el caso de funcionamiento normal del Servicio; y que la concurrencia de nexo de causalidad entre aquél y el resultado lesivo es indispensable para que sea posible imputar éste a la Administración Pública.

Y este es el requisito que claramente no concurre en el caso ahora contemplado. Porque en modo alguno puede afirmarse que la causa adecuada y suficiente del fallecimiento de la mencionada menor hubiera sido su fuga del Centro especializado en el que se hallaba internada. En otras múltiples ocasiones se había fugado, a pesar de su corta edad, de este u otros Centros semejantes, sin tan graves consecuencias, que en absoluto resultaban previsibles en el orden normal de los acontecimientos, y que nunca se hubiesen producido de no haberse interferido en aquél hechos nuevos, consistentes en la decisión de la propia menor E. R. y sus compañeros de fuga de robar un vehículo, lo utilizaron sin hacer uso de los cinturones de seguridad, y el menor M. A. F. condujera el mismo de forma inexperta e imprudente.

Se trata de conductas de personas concretas, que interfieren en el curso normal de los acontecimientos y constituyen la verdadera causa directa, inmediata y suficiente del accidente que costó la vida a E. R., y que interrumpen el aludido nexo causal, impidiendo la imputabilidad del grave resultado lesivo a la Comunidad Autónoma de Aragón.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido decantando el perfil de este requisito, afirmando que:

«Es reiterada la doctrina de esta Sala que considera esencial para que se estime la responsabilidad patrimonial de la Administración la existencia de un nexo causal directo e inmediato entre el acto imputable a la Administración y la lesión causal que para ser resarcible, ha de consistir en un daño real, habiendo precisado la jurisprudencia (en Sentencias de 20 de octubre de 1980, 10 de junio 1981, y 6 febrero 1996, entre otras), que el nexo causal ha de ser exclusivo sin interferencias extrañas procedentes de tercero o del lesionado, pues la responsabilidad objetiva ha de ser entendida en un sentido amplio, al tratar de cubrir los riesgos que para los particulares puede entrañar la responsabilidad del Estado, pero para que esa responsabilidad se haga efectiva, se exige la prueba de una causa concreta que determine el daño y la conexión entre la actuación administrativa y el daño real ocasionado, como han puesto de manifiesto Sentencias como las de 24 octubre y 5 diciembre 1995»: S. de 28 de octubre de 1998.

E igualmente, insistiendo en esta tesis, que:

«El concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final y la doctrina administrativa tratando de definir que sea relación causal a los efectos de apreciar la existencia, o no, de responsabilidad para las Administraciones Pública, se inclina por la tesis de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la con-

currencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una «conditio sine qua non», esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento, o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios. Así lo hemos afirmado en nuestra reciente Sentencia de 28 de octubre de 1998»: S. de 28 de noviembre de 1998.

La aplicación de esta doctrina legal al caso ahora contemplado conduce a estimar que no concurre en él el referido requisito del nexo causal; porque el hecho de que los tres menores se fugaran de la Residencia «San Jorge», de Zaragoza no permitía prever en el curso normal de los acontecimientos, todo lo ocurrido después, e incluso cabe afirmar que estos sucesos posteriores constituyen interferencias extrañas, procedentes de la propia menor fallecida y, fundamentalmente de un tercero, que impiden admitir la pretendida imputación de resultados."

Así pues, como es de ver, la Comisión Jurídica Asesora partió de la más ortodoxa doctrina administrativista de la responsabilidad y es que efectivamente, es así y no puede ser de otra manera.

Llevado el asunto ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se dictó por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) Sentencia en fecha 13 de septiembre de 1999. Dicha Sentencia señala en su Fundamento Jurídico Tercero:

"....Que el régimen legal citado (de la Responsabilidad patrimonial) ha sido profusamente aplicado —y, consecuentemente, desarrollado e interpretado— por la Jurisprudencia (tanto aplicando el actual y citado artículo 139 de la Ley 30/92, como su predecesor, el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado), formando un cuerpo de doctrina, dentro del que cabe afirmar que, para la declaración hace falta la concurrencia de los siguientes requisitos sustanciales: dos positivos, uno negativo, y otro procedimental:

a) El primero de los positivos requiere que exista un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con respecto a una persona o grupo de personas, que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar. Este requisito se incardina dentro de los elementos que han de ser objeto de la prueba, si bien alguno de sus aspectos se produce o manifiesta dentro del ámbito de la argumentación de las partes (simplificado por la existencia de un catálogo de soluciones jurisprudenciales que cabe invocar— y apreciar— sin mayor disquisición), como puede ser la extensión y naturaleza de los daños resarcibles, las personas legitimadas y los supuestos en los que existe obligación jurídica de soportar el daño.

b) El segundo requisito positivo es aquél en el que el daño sea imputable a una Administración Pública. Esta nota es la aparentemente más compleja, puesto que la doctrina común de la responsabilidad extracontractual y por actos ilícitos deviene de un complejo fenómeno de examen sobre la relación de causalidad, la eventual concurrencia y relevancia de concausas y la existencia de elementos culpabilísticos. Sin embargo, en la responsabilidad patrimonial administrativa, en

la configuración que disfrutamos de la misma desde la Ley de 1957 —incluso desde la Ley de Expropiación Forzosa de 1954—, se encuentra enormemente simplificado por la expresión legal de que la lesión "sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos" —arts. 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139 de la Ley 30/92—. Se encuentran cuatro títulos de imputación a efectos de la determinación de la responsabilidad de una Administración respecto de una lesión concreta: 1º— Que la lesión se produzca como consecuencia directa del ejercicio ordinario del servicio; 2º— Que la lesión obedezca a una anormalidad o no funcionamiento del servicio público; 3º Que exista una situación de riesgo creado por la Administración en el ámbito de la producción del evento dañoso, y 4º— Que se produzca un enriquecimiento injusto por parte de la Administración.

c) El factor negativo radica en que no obedezca el daño a fuerza mayor. Esta nota ha sido precisada conceptual y jurisprudencialmente en el sentido de que se trate , para ver la concurrencia de fuerza mayor, de un evento producido con los requisitos tradicionales que distinguen a la fuerza mayor del caso fortuito —conceptos de previsibilidad e irresistibilidad—, pero que específicamente que se trate de una causa extraña al ámbito de funcionamiento del servicio público.

d) El elemento procedimental radica en que se formule la oportuna reclamación ante la Administración responsable en el lapso de un año, a contar desde la producción de la lesión. Este elemento plantea la cuestión del término inicial —sobre el que se encuentran suficientes precisiones jurisprudenciales— y sobre la Administración a la que se deben de dirigir las reclamaciones si concurren varias de ellas, cuestión expresamente resuelta por la Ley 30/1992 a favor de la solidaridad."

Sentada la anterior doctrina, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón viene a exa-

minar el supuesto concreto y en el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia señala:

> "....Al respecto hay que considerar la realidad incuestionable de un grave perjuicio moral padecido por los padres y hermanos de la menor fallecida en un accidente de tráfico a los quince años de edad y ello pese a lo azaroso de la relación existente entre ellos a lo largo de la durísima existencia de ésta, como es de ver en los elementos de juicio que integran el expediente aportado"

Lo cual es importante dado que viene a sentar que por el hecho de que el menor se halle en situación de desamparo no se puede negar legitimación (cosa que la Administración no hizo, por otra parte) a los padres en base a que no tiene daño moral, el desamparo no extingue la afectividad, por más que un menor quede desamparado no puede deducirse sin más que sus padres no sientan afecto o cariño por él, además, como ya hemos visto, el desamparo puede darse sin culpa por parte de los padres.

Es en el Fundamento de Derecho Sexto donde la Sentencia concluye sentado todo lo anterior:

> "En suma y por lo que interesa a los datos aportados para la resolución de la litis es de destacar, que la menor E.R.P cuando se fugó se encontraba en régimen de semilibertad con posibilidad de realizar actividades educativas y recreativas fuera del centro, lo que conduce a estimar que no concurre en el presente recurso el requisito del nexo causal, porque el hecho de que se escaparan de la residencia "San Jorge" los tres menores, avisada la Policía Nacional por el Centro, no permite prever en el curso normal de los acontecimientos el resultado posterior. En otras múltiples ocasiones la menor, se había fugado, de este centro u otros semejantes, sin tan graves consecuencias y estas nunca se hubieran producido de no haberse interferido nuevos hechos, consistentes en la decisión de los menores de robar un vehículo,

una vez llegados a Huesca, utilizarlo sin hacer uso del cinturón de seguridad y que el menor M.A.F.F. condujera el mismo de forma inexperta e imprudente, al derrapar en una curva por exceso de velocidad. Estas conductas interfirieron en el curso normal de los acontecimientos y constituyen la verdadera causa directa, inmediata y suficiente del accidente que costó la vida a E.R.P. y que interrumpe el nexo causal impidiendo la imputabilidad del grave resultado lesivo a la Diputación General de Aragón."

Como vemos llega a idéntica conclusión que la Comisión Jurídica Asesora.

Respecto de la reclamación formulada por el propietario del vehículo, denegada ésta por la Administración en base a dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de contenido similar[108] fue elevada ésta también a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

---

108 Respecto del caso del propietario del vehículo el Dictamen 18/00, de 15 de febrero, CJ III establece:

"Sin embargo, como destaca ya la propuesta de resolución que, con el expediente tramitado, se ha remitido a esta Comisión, no cabe apreciar la concurrencia del requisito de nexo causal entre el funcionamiento de los Servicios de prevención, asistencia y protección de menores de la Diputación General y el lamentable resultado lesivo cuya reparación se pretende.

El reclamante alude al incumplimiento del deber de vigilancia de dichos Servicios respecto del menor, que se fugó de un Centro dependiente de los mismos, la Residencia «San Jorge», de Zaragoza, en la que se hallaba internado por mandato del Juzgado de Menores competente, y en concreto en la Sección semiabierta del mismo, que, según supone, según el Decreto 165/1992, de 17 de septiembre de la Diputación General de Aragón, un régimen de privación de libertad de grado medio, que permite a los menos salir a su domicilio y realizar. Sin embargo, a ello cabe objetar, en primer lugar, que no resulta acreditado el mal funcionamiento del referido Servicio. En efecto, el internamiento del menor en la Residencia «San Jorge», de Zaragoza, se produjo por mandamiento judicial, habiéndose observado estrictamente las medidas acordadas por el Juzgado de Menores de Zaragoza sobre el régimen de libertad del interno; sin que pueda apreciarse negligencia en el hecho de que el menor se fugase hallándose ingresado en la Sección semiabierta del Centro, que supone un régimen de privación de libertad de grado medio, tal como antes se ha descrito, y como se define por el art. 30.1 del Decreto 165/1992, de 17 de septiembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de los Centros de educación e internamiento por medida Judicial de la Comunidad Autónoma de Aragón; puesto que las medidas adoptadas al respecto, de vigilancia, seguimiento y denuncia, son las pre-

La Sección Cuarta (de refuerzo) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón dictó Sentencia en fecha 15 de enero de 2004 en la que señalaba:

> "...., se pone de manifiesto la inexistencia de un nexo entre la fuga de los menores de la residencia y la sustracción del vehículo y el posterior accidente, habida cuenta que el autor es persona válida y si bien presenta problemas de personalidad derivados de su situación familiar, tiene plenitud de facultades mentales, y no peligroso socialmente, que se encontraba en la residencia en régimen semiabierto, esto es, que no era carcelario común con rígido sistema de vigilan-

---

vistas reglamentariamente y únicas exigibles, y el funcionamiento del Centro fue totalmente ajeno a la sustracción y defectuosa conducción del vehículo, por parte del menor, cuando ya se encontraba fuera de aquél. Con lo que cabe concluir que el comportamiento de los responsables de la Residencia «San Jorge» con el menor M A F, en cuanto éste estuvo internado en aquélla, tuvo en todo momento suficiente habilitación legal, lo que impide apreciar negligencia o mal funcionamiento del servicio. Pero, sobre todo y en segundo lugar, procede destacar que la responsabilidad patrimonial extracontractual de las Administraciones Públicas es exigible, si concurren los requisitos antes expresados, aun en el caso de funcionamiento normal del servicio; y que la concurrencia de nexo de causalidad entre aquél y el resultado lesivo es indispensable para que sea posible imputar éste a la Administración Pública.Y este es el requisito que claramente no concurre en el caso ahora contemplado. Porque en modo alguno puede afirmarse que la causa adecuada y suficiente del daño ocasionado al vehículo hubiera sido la fuga del menor del Centro especializado en el que se hallaba internado. En otras múltiples ocasiones se había fugado, a pesar de su corta edad, de este Centro, sin tales consecuencias, que en absoluto resultaban previsibles en el orden normal de los acontecimientos, y que nunca se hubiesen producido de no haberse interferido en aquél hechos nuevos, consistentes en la decisión del propio menor y sus compañeros de fuga de robar un vehículo, lo utilizaran sin hacer uso de los cinturones de seguridad, y el menor M A F condujera el mismo de forma inexperta e imprudente. Se trata de conductas de personas concretas, que interfieren en el curso normal de los acontecimientos y constituyen la verdadera causa directa, inmediata y suficiente del accidente que produjo el daño al vehículo, y que interrumpen el aludido nexo causal, impidiendo la imputabilidad del grave resultado lesivo a la Comunidad Autónoma de Aragón (cita jurisprudencial...).

La aplicación de esta doctrina legal al caso ahora contemplado conduce a estimar que no concurre en él el referido requisito del nexo causal; porque el hecho de que los tres menores se fugaran de la Residencia «San Jorge», de Zaragoza no permitía prever en el curso normal de los acontecimientos, todo lo ocurrido después, e incluso cabe afirmar que estos sucesos posteriores constituyen interferencias extrañas, procedentes del menor, que impiden admitir la pretendida imputación de resultados."

cia para individuos privados de libertad, y por ello los empleados que se ocupan de ellos son educadores, por lo que el hecho de la fuga no significa negligencia alguna de carácter grave que puede ocasionar un peligro o riesgo para los ciudadanos, sino mera escapada de una residencia en la que, como se dice, podían abandonar habida cuenta del régimen semiabierto, máxima cuando no se ha probado negligencia alguna en la custodia sino que aprovecharon un momento de atención a una llamada telefónica." (FJ Cuarto).

"... Relacionar este accidente con el hecho de escapase de la residencia de menores "San Jorge", carece de sentido fáctico y jurídico, toda vez que en el desarrollo de hechos no existe eslabón que los una o relaciones, y jurídicamente tampoco existe la posibilidad de entender como causa del accidente y por ende, de la producción de los daños en el turismo, el hecho de la fuga de la residencia.

Y a este respecto puede preguntarse si es responsable la administración penitenciaria si se fuga un preso y durante su recobrada libertad comete un delito, y la misma pregunta puede plantearse si el conductor de un automóvil que está privado judicialmente del carné de conducir, quebrantando la condena, conduce un vehículo, si la administración es responsable de los daños que pueda causar si da lugar a un accidente..."

Como vemos la responsabilidad patrimonial de la Administración exige la concurrencia de nexo de causalidad entre el daño efectivo y evaluable y el funcionamiento del Servicio Público, como vamos a ver la responsabilidad civil ex delicto que plantea la LORRPM se halla configurada de una manera muy distinta siendo menor el margen de exoneración de responsabilidad de la Administración.

2.b. Régimen de responsabilidad establecido en la LORRPM y procedimiento para su exigencia

En este apartado estudiaremos en primer término el régimen sustantivo de la responsabilidad que, como veremos, tiene perfi-

les muy propios y distintos de otros regímenes. Asimismo estudiaremos la pieza de responsabilidad civil que tiene una peculiar regulación muy criticada, en general, por la doctrina especializada.

2.b.1. Régimen sustantivo de la responsabilidad civil establecido en la LORRPM

Como ya hemos dicho el régimen que regula la LORRPM en materia de responsabilidad es ciertamente peculiar, es de señalar, en primer término, que la LORRPM prescinde de la responsabilidad por culpa que señala respecto de padres y tutores el art. 1903 del Código Civil, cierto es que la misma se ha objetivado tremendamente por la Jurisprudencia, pero la LORRPM prescinde del establecimiento de una responsabilidad por culpa del padre o tutor.

"Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados, sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos." (art. 61.3 LORRPM)

Hechos cometidos por menores de dieciocho años son los que conoce la Jurisdicción de Menores hasta 1 de enero de 2007 si no cambia la normativa por enésima vez en este modo de legislar que produce una absoluta inseguridad jurídica y que parte de la absoluta inseguridad del legislador en su primera normativa dado que luego la cambia en incontables ocasiones al poco de entrar en vigor o incluso, en ya más de alguna ocasión, antes de entrar en vigor.

Como señala Armando Barreda[109] se configura una responsabilidad novedosa frente:

---

109 Armando Barreda Hernández, "La víctima en el proceso penal de menores. Especial examen de la pieza separada de responsabilidad civil", p. 565.

"a) A la subsidiaria en la justicia penal de adultos. Art. 120.1º CP.

b) A la extracontractual en la justicia civil. Art. 1902 y 1903 Cc.

c) A la contractual en la justicia civil. Art. 1255 y 1258 Cc"

Y novedosa frente a las anteriores por cuanto señala que:

"Es un hecho que la responsabilidad de terceros por vínculo jurídico —art. 61.3— supone un cambio substancial frente al régimen anterior y a otros órdenes, principalmente por incorporar tal acción al proceso penal de menores dentro de una pieza separada y crear una singular solidaridad para garantizar el efectivo resarcimiento; teniendo más repercusión de lo que parece, aunque al final, en la práctica es más que dudosa su eficacia real"

Este autor señala asimismo que es una Responsabilidad legal "por cuanto nace tal responsabilidad de un precepto legal —art. 61.3— vinculado a la cuota de responsabilidad de un menor por la comisión de un ilícito penal responsable — art. 116 CP—, y derivada de esa posición jurídica dominante y no excluyente con otros sujetos." Al final veremos las consecuencias de tratarse de responsabilidad «ex delicto»

Y acaba con la nota más novedosa: es una "Responsabilidad moderable" pues da la facultad de moderación respecto de la responsabilidad de los terceros si no han favorecido la conducta del menor con "dolo o negligencia grave". A la vista de la redacción del artículo el magistrado Barreda propone respecto de esta facultad de moderar:

> "1º No suponga a la postre una eficacia exoneradora de la diligencia no extrema, al no contribuir a ese favorecimiento de conducta, distinto al deber *in vigilando de un buen padre de familia* al amparo de una rigurosa interpretación literal del precepto —*el favorecimiento*—.

2º Que se aplique de forma restrictiva tal potestad por motivos de equidad, razones históricas y coordinación con el tratamiento que de ello se hace en el orden civil tanto en el derecho positivo (arts. 270, 1094, 1104, 1719, 1788, 1889 y 1903) como la doctrina mayoritaria de la Sala I del Tribunal Supremo (SSTS entre otras, las de 11 de octubre de 1990 —R 7860—, 12 de febrero de 1994 —R 773—, de 30 de junio de 1995 —R 5272—, de 9 de julio de 1998 —5547—, de 15 de marzo de 1999 —R 1402— y 10 de abril de 2000 —R 437/31—) cuando indica que «...se responde igualmente como si de una acción directa se tratara contra los padres en una responsabilidad por riesgo o cuasiobjetiva, en base a una culpa «in vigilando» o «in eligendo», con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo, respecto a los hijos menores de edad, ya que de seguirse un criterio puramente subjetivo podía llegarse a la total irresponsabilidad civil de los hechos cometidos por los mismos, quebrantándose criterios de equidad al dejar sin resarcimiento alguno a quien ha sufrido en su cuerpo y salud, o bien en su patrimonio, en situación equivalente a la que tenía antes de haberlo sufrido»."

El autor razona muy adecuadamente sobre este inciso de moderación, parte de su virtualidad y aplicación y razona sobre los riesgos de una interpretación literal del mismo desconectada de los criterios del Derecho positivo Civil y de la Jurisprudencia Civil. La cuestión, desde el punto de vista de la entidad pública, es que no es un tutor al uso, y hasta qué punto se le pueden aplicar a la misma criterios de Derecho positivo Civil y de Jurisprudencia Civil cuando es un ente sujeto a Derecho Administrativo, lo veremos posteriormente.

Asimismo concluye el autor que es una responsabilidad limitada que nace con la idea inicial de garantía pero que tiene su límite en la solidaridad de los sujetos responsables.

Visto el razonamiento del magistrado Barreda he de señalar que estoy muy de acuerdo con las notas que destaca de esta res-

ponsabilidad ex delicto (tal y como asimismo la califica el mismo autor en un apartado anterior de su obra), y entiendo que es aplicable al ente público tutor pero que no debería cargarse las tintas en lo que ha dicho la Jurisdicción Civil sobre la responsabilidad de padres y tutores dado que no tiene nada que ver su actuación con la de la entidad pública de protección de menores.

En este sentido destacaré el caso resuelto por la Sentencia nº 21/2003, de ocho de octubre, del Juzgado de Menores nº1 de Zaragoza que estableció una moderación de responsabilidad respecto de la entidad pública, tutora del menor delincuente, en un 50% de la condena. Contra la citada Sentencia se alzó el Ministerio Fiscal y, la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 1ª), en Sentencia 82/2004, de 26 de febrero, vino a revocar la misma señalando:

> "Es lo cierto que el menor se encontraba a cargo del IASS desde diciembre de 1999, la circunstancia de que ocurrieran los hechos de que dimana la presente causa durante el tiempo que estaba al cargo del mismo, supone una grave negligencia por parte del instituto a cuyo cargo se encontraba dado que no tomó las medidas pertinentes de vigilancia y control del menor, y que permitió la realización de los hechos de los que trae causa la presente, es claro que ello no supone una conducta favorecedora, como bien alega el letrado del IASS —en cuyo caso podríamos encontrarnos ante otro tipo de procedimiento—, pero sí una omisión gravemente negligente que impide la moderación acordada por la juez a quo."

El menor en cuestión, nacido el 12 de diciembre de 1985, a punto de cumplir dieciséis años en la fecha de los hechos delictivos de que resultó la responsabilidad primero penal y luego civil, se hallaba tutelado por grave desestructuracion familiar, vivía en una Residencia Pública donde protagonizaba conflictos a diario siendo de difícil contención su actuación si no era a través de la vía del internamiento, la cual requiere Sentencia Judicial o, al menos, Auto de medidas cautelares. La contención disciplinaria

se ha relevado ineficaz respecto de este tipo de menores que entran en una dinámica delincuencial.

Pues bien, uno de esos delitos da lugar a la responsabilidad civil que se enjuicia, el Juzgado[110], conocedor de los esfuerzos públicos y de la personalidad del menor modera la responsabilidad del ente público, la Audiencia Provincial en aplicación de las más puras tesis de la responsabilidad civil anula la moderación. A mi juicio en abstracto se puede sostener la tesis de que la Administración es responsable de los daños que causan los menores por

---

110 Como es obvio, se acata lo resuelto por la Audiencia si bien entendemos más conforme la tesis de tener en cuenta el esfuerzo realizado por la entidad pública en la rehabilitación de los menores, así como las concretas circunstancias del caso e factores como la cuantía de la indemnización pues en las de escasa cuantía se puede entender que no es pertinente moderar, así resulta, por ejemplo de la Sentencia del Juzgado de menores nº 1 de Zaragoza de fecha 7 de mayo de 2003 cuando indica:

"Sopesados ambos razonamientos e intereses contrapuestos, el del perjudicado por la acción del menor con su derecho a cobrar lo antes posible —después de haber esperado legalmente a la resolución del principal y tramitación de la pieza—, y el de la Administración Autonómica que no sólo no ha propiciado en modo alguno la conducta del menor sino que ha invertido dinero en su recuperación, y por una suerte de responsabilidad por riesgo, 'cuasi objetiva' diseñada en la Ley 5/2000, sale como responsable de los daños y perjuicios causados por el menor —vía costos sociales—, parece oportuno que ante esta pequeña cantidad, que no permite ya moderación alguna en aplicación de la facultad del art. 61.3 de dicha Ley, al menos el IASS en este caso goce del beneficio legal en el pago que posibilita el juego del art. 576.3 y 29 de la Ley Autonómica 1/2000" se refiere al beneficio de tres meses para pagar sin interés si el pago se realiza en esos tres meses, razonando sobre este beneficio legal y sobre su justificación la Sentencia nos da unas importantes claves para aplicar la moderación: el esfuerzo en la recuperación, la cuantía de la indemnización. De hecho el mantener la tesis de valorar el esfuerzo en la rehabilitación por parte de la Administración es menos peligroso que aplicar doctrinas civilistas puras al Ente Público pues, como señalé en mi intervención en el Foro de Derecho Civil en Teruel el día 25 de noviembre de 2003, si la Administración invierte en un menor que no responde y, además ha de abonar todos los daños por él causados puede pensarse seriamente en no tutelar en cualquier caso o en levantar tutelas respecto de determinados menores, es decir, entrar en la línea de la criticadísima Instrucción 3/2003 de la Fiscalía y considerar a determinados delincuentes como emancipados o, es más, considerar a todo menor delincuente como emancipado a priori, lo cual, desde mi punto de vista es una barbaridad. Esto no obstante una inaplicación del criterio de la moderación por tener exclusivamente en cuenta la efectividad de la reparación a la víctima y considerar que detrás de toda conducta dañosa hay culpa de la Administración puede llevar a consecuencias indeseables simplemente por no apreciar el papel y trabajo de las Entidades Públicas.

no haber previsto un plan educativo que los controles pero todo ello es falaz y únicamente sirve para indemnizar a la víctima.

Si descendemos al terreno de la realidad nos encontramos con sujetos que provienen de familias desestructuradas y que deben ser atendidos por la Administración en todo, y que deben ser educados y reeducados extirpando conductas delictuales adquiridas e instaurando en los mismos un sistema de valores, todo ello conlleva un esfuerzo notable.

En muchos casos los esfuerzos no dan resultado alguno y, si juzgamos el árbol por sus frutos, podemos pensar que la Administración no hace nada por el menor, nada más lejos de la realidad, en otros casos se da un resultado parcial y, en todos ellos, el menor, salvo incapacidad manifiesta, es absolutamente libre, como cualquier persona, de delinquir si tiene ocasión.

Como señalábamos anteriormente, y a renglón de los dictámenes citados de la Comisión Jurídica Asesora que razonan en clave de Derecho Administrativo, son varias las cuestiones a tener en cuenta respecto de la responsabilidad de la Administración tutora a efectos de si es posible mantener la argumentación en esta pieza civil: la primera será el nexo de causalidad, es decir, que haya una actividad administrativa de protección consistente en tutela, guarda legal o de hecho sobre el menor y luego que una actuación libre del menor no rompa el nexo causal.

Respecto de la primera cuestión destacaré la Sentencia de 13 de mayo de 2003 del Juzgado de Menores nº 1 de Zaragoza:

> "...se examina en primer lugar la documental aportada referente a la situación legal del menor al tiempo de la sustracción de los vehículos que aquí resultaron dañados (....)
>
> Así pues del contenido de ambas documentales, se desprende inequívocamente que al tiempo de la sustracción de los vehículos dañados el menor no se hallaba bajo la protección ni la tutela legal de la Comunidad Autónoma de Aragón, por lo que la cuestión previa planteada por el Letrado

del IASS ha de acogerse y declararse inadmitida frente a él la demanda interpuesta..."

Como hemos visto anteriormente[111] estamos ante una responsabilidad de tercero por "vinculo jurídico" es decir se responde por la existencia de un vínculo jurídico, así pues es precisa, tal y como señala la Sentencia precitada, la existencia de dicho vínculo jurídico, así pues no estamos ante una exigencia de nexo de causalidad con una actuación administrativa al que imputar el daño sino ante si hay o no vínculo jurídico con el menor. Así pues la actuación del menor no puede romper el vínculo jurídico. De ahí la importancia de la moderación dado que se opta por una responsabilidad cuasi-objetiva del tutor y no por una responsabilidad por culpa.

Esto no obstante el art. 61.3 llama a diversos obligados: "padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho por este orden" podría pensarse que la actuación de uno puede exonerar la actuación de los demás caso de concurrir varios en el momento de la comisión del delito, es decir, si estamos ante una responsabilidad "en cascada o no"[112], a juicio de Armando Barreda:

"Como apunta Lorca Martínez, ha de entenderse a favor de la no exclusión, toda vez que ostentando la facultad en fijar quién es parte o no —art. 64.4— es el Juez de Menores, en el auto de inicio del procedimiento de la pieza separada de responsabilidad civil, quien deberá pronunciarse al respecto y motivar, en su caso, si altera o no el orden; y que llegado el supuesto no hay obstáculo alguno, por aplicación de la potestad que se otorga al fiador legal solidario— art. 1837 Cc—, para designar a uno o varios de los hipotéticos responsables para responder de la totalidad de la cuantía reclamada, con independencia del innegable derecho de repetición"[113].

---

111 Armando Barreda, op. cit. ,"La víctima...", p. 558.

112 Armando Barreda, op. cit., "La víctima...", p. 562.

113 Sobre el derecho de repetición se pronuncia la precitada Sentencia de 7 de mayo de 2003 del Juzgado de Menores nº 1 de Zaragoza en los siguientes términos: "bien enten-

Es decir, el Juez determina teniendo en cuenta la previa determinación de sujetos responsables que haga la demanda, como señala el propio autor, cuando ocupaba el puesto de Magistrado Juez de Menores del Juzgado de Menores Unico de Zaragoza, en su Sentencia Civil 1/2002 de fecha 30 de enero:

> "La literalidad del precepto no admite una responsabilidad conjunta de todos ellos (los citados en el art. 61.3), habida cuenta que el legislador explícitamente exige un inflexible orden en cascada o excluyente para que con el menor concurra una y no todas las potenciales terceras personas vinculadas jurídicamente con él."

La Sentencia 182/2003, de 4 de junio, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictada en apelación de la anterior señala al respecto:

> "...el art. 61.3 de la LORRPM determina que de los daños y perjuicios causados por el menor, responderán juntamente con éste y de forma solidaria sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales **por este orden**; lo que no supone que hayan de ser llamados todos al pleito, sino que se trata de una relación escalonada en la que el anterior excluye al posterior, y, en definitiva, solamente deben ser llamados al proceso civil los que como tales aparezcan como responsables, de acuerdo con la situación de hecho o de derecho del menor."

Ambas Sentencias establecen que es una suerte de responsabilidad en cascada, y, en su consecuencia, surge la imposibilidad de oponer la falta de litis consorcio pasivo necesario frente a la demanda por no haberse dirigido ésta contra todos los posibles

---

dido que —en caso de repetir en su día contra el menor, si hubiere lugar—.sería de la cantidad abonada exactamente.." es decir "si hubiere lugar" si mejora de fortuna, y respecto de la cantidad estrictamente abonada por la Administración que se tendrá como cifra para cuantificar respecto de ella lo que corresponda dependiendo del número de responsables solidarios. La sentencias se refiere a lo "exactamente abonado" teniendo en cuenta que no ha lugar a cobrar intereses al menor si la Administración, en base a su moratoria legal, no los ha pagado.

obligados. Al demandado conjuntamente con el menor, le queda probar que había algún otro guardador más directo que él y que le excluía en el ejercicio de sus funciones en el momento de la comisión de la infracción penal si se quiere exonerar de responsabilidad civil.

Así pues ambas Sentencias parten de que es una responsabilidad en cascada y el Juez realiza el examen de los responsables a llamar a juicio en el Auto de incoación, Auto que es susceptible de recurso, y susceptible de equivocarse pues es un pronunciamiento sin oír a los demandados, sus pruebas y alegaciones. El problema de dicho Auto es que si el Juez no se acomoda a lo solicitado por el demandante y altera el orden de los responsables está prejuzgando, si el Auto se configura como reflejo de lo que los demandantes quieren el Juez no prejuzga y queda más libre a la hora de Sentenciar.

Esther Gómez Lacalle al respecto de la citada expresión "por este orden" señala[114]:

> "Cuestión discutible es la del significado de la expresión "por este orden" con que se cierra la relación de sujetos responsables del art. 61.3 LORRPM. Interpretada literalmente significaría que, de existir, los padres serían los primeros llamado a responder aun cuando el menor estuviese sometido a tutela, acogimiento, o guarda de cualquier tipo; se imputaría así una responsabilidad objetiva a los padres por el mero hecho de serlo y en unas circunstancias en las que realmente nada pueden influir en la conducta del menor (salvo, si lo hubiere, durante el ejercicio del derecho de visita, v.gr. art. 173.2.3 b Cc) pues éste convive con otras personas. Esto podría considerarse justificado en aquellos casos en que el progenitor hubiera incumplido sus deberes para con el

114 Esther Gómez Lacalle en "Responsabilidad de padres y dentros docentes", lección del libro "Lecciones de Responsabilidad Civil", coordinado por Fernando Reglero Campos, Ed. Aranzadi. 2002, p. 281.

hijo, a fin de que, en ellos, no se vea libre de responsabilidades; así por ejemplo, cuando, por habérsele privado de la patria potestad al progenitor, el hijo pasa a estar bajo tutela (arts. 170.1 y 222.1 Cc) , o por hallarse éste en situación de desamparo queda sometido a la tutela automática de la Entidad Pública encargada de la protección de menores (art. 172.1.1 y 172.1.II Cc). Pero es que hay otros casos en que nada cabe reprochar a los padres en sus relaciones con los hijos, como cuando por circunstancias graves (que pueden ser, por ejemplo, dificultades económicas que en nada les sean imputables) solicitan a la Entidad Pública competente que ésta asuma su guarda temporalmente (art. 172.2.1 Cc); que en casos así sea exigible antes responsabilidad a los padres que a acogedores o guardadores legales no parece justificable. Por ello hay quien rechaza esta interpretación literal del precepto, entendiendo que se limita a enumerar posibles responsables, y que en cada caso lo será aquel que ostente la guarda del menor al momento de ocasionar el daño."

Así pues hemos de convenir que es una responsabilidad en cascada pero en la que el primer llamado, tenga o no relación con el menor en el momento de comisión de los hechos, excluye sin más a los siguientes, sino que es preciso examinar por los demandantes en primer término y fijar por el Juez de Menores después las personas a cuyo cargo estaba el menor en el momento de la comisión de los hechos.

La Sentencia Civil 1/2002 de 30 de enero del Juzgado de Menores Unico de Zaragoza antes citada señala con claridad que el legislador no ha pensado en que se deba llamar a todos los potencialmente responsables sino que establece un orden para que sea llamado uno, es claro que la citada Sentencia parte de la tesis que ese orden no es un orden nominal sino que es un orden de examen de los posibles responsables para determinar en el Auto de inicio aquél que debe enfrentarse a la demanda.

No obstante la tesis de dicha Sentencia 1/2002, de 30 de enero,

del Juzgado de Menores Unico, se han dado casos de llamar junto al menor no a un solo responsable solidario sino a alguno más. Puede darse el caso de corresponsabilidad cuando, por ejemplo, el menor está tutelado pero sigue viviendo con si familia por no haber podido ejecutarse la entrada en domicilio, en este caso si delinque en ese tiempo puede que los llamados a juicio sean la Administración y sus padres. Estamos hablando de quiénes ocuparán la posición de demandados no de quiénes serán condenados como responsables pues ahí las tesis variarán según los datos de hecho.

Por último señalaremos, y antes de abrir el estudio procesal de la pieza, que estamos ante una responsabilidad "ex delicto" tal y como avanzábamos anteriormente, en este sentido el Auto de 12 de junio de 2002 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, el citado Auto[115] señala:

> I— El presente recurso se alza contra el Auto de fecha 8 de abril de 2002 en el que se acuerda no dar lugar a la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil.
>
> La cuestión ya ha sido resuelta por la Sala, entre otros, en el rollo de apelación de Menores 42/2002 la sala consideró que procede la apertura de la pieza de responsabilidad civil aunque no se haya dictado Sentencia en la que se establezca que el menor ha participado en un hecho que configura delito o falta. El art. 19 de la LO 5/2000, que regula el desistimiento de la incoación del expediente por corrección en al ámbito educativo y familiar, expresa claramente que debe tramitarse la pieza de responsabilidad civil, y ello configura una clara excepción a lo dispuesto en el art. 64 de la citada ley en su primer párrafo, que hace depender la apertura de la pieza de la existencia del parte de incoación, en el mismo sentido se expresa el art. 16.4º de la LO 5/2000.

115 Este auto fue proporcionado por la Magistrada Dª Concepción Aldama Baquedano, titular del Juzgado de Menores nº 1 de Zaragoza como documentación de la ponencia por ella desarrollada junto con este Letrado en el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza el día 6 de octubre de 2004 sobre la responsabilidad civil en la Jurisdicción de Menores.

Pero la Sala ha vuelto a plantearse la cuestión. La ley que nos ocupa no establece un principio de responsabilidad diferente de la responsabilidad civil que nace del ilícito penal. El art. 19 en su apartado 2º, resulta claro, al respecto, habla de responsabilidad civil derivada de delito, regulada en esta Ley. La exposición de motivos en su apartado 8º no da pie a pensar, que la Ley establece una acción civil diferente a la regulada en el art. 109 Código Penal. Por otro lado, el art. 2 de la Ley en su apartado 2 establece que el Juez de Menores es competente para resolver sobre las responsabilidades civiles derivadas de los hechos cometidos por las personas a las que resulta aplicable esta Ley. El art. 61 apartado 3º establece que cuando el responsable de los hechos cometidos... Por último el art. 33 que regula el sobreseimiento no hace referencia alguna a la pieza de responsabilidad civil. De todas estas disposiciones se desprende que lo que regula la Ley Orgánica 5/2000 no es una acción civil diferente de aquella que regula el art. 109 del Código Penal ya la que se refiere el art. 1092 del Código Civil Es decir, se trata de la responsabilidad civil que nace de la comisión del ilícito penal, que obliga a resarcir todos los daños y perjuicios derivados de la comisión de un delito o falta.

La Ley Orgánica 5/2000 es una ley penal, que sanciona por la comisión de ilícitos penales, a cuyo enjuiciamiento le son de aplicación los mismos principios y garantías que a los procedimientos regulados en la LECr, en concreto todas las garantía procesales recogidas en el art. 24 Constitución Española. La culpabilidad de una persona, en el sentido de participación en un hecho delictivo, que está amparada por la presunción de inocencia, solo queda establecida cuando se dicta sentencia condenatoria tras la celebración de un juicio con todas las garantías. Si la responsabilidad civil regulada en la LO 5/2000 es la que nace del ilícito penal, resulta imprescindible el enjuiciamiento y la sentencia que establezca el hecho ilícito y la participación del menor para que pueda ejercitarse la acción de resarcimiento por el perjuicio derivado de la comi-

sión del ilícito. Por ello, hay que entender que el procedimiento previsto en el art. 64 de la Ley sólo debe tramitarse cuando se haya dictado sentencia condenatoria, pues, sólo ésta da lugar al resarcimiento de los perjuicios causados por la comisión del ilícito que la misma establece.

II— La contradicción de la Ley es evidente, pues como ya se ha dicho, el art. 18 en relación con el art. 64 apartado 8 vienen a establecer que se tramite la pieza de responsabilidad civil, y se dicte la correspondiente sentencia civil, sin que exista un previo pronunciamiento sobre el hecho ilícito y la participación del menor. Sentencia civil que, además no produce efecto de cosa juzgada, planteándose la sala cuál podrá ser el contenido del pleito civil, si ya existe una sentencia condenatoria en el ámbito penal, que declara probado el hecho ilícito y sus consecuencias. Y ello, cuando la responsabilidad civil que regula la norma es la que nace de la comisión del ilícito penal.

Pero la solución a la evidente contradicción de la Ley Orgánica 5/2000 no se encuentra en el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad conforme a lo establecido en el art. 5 LOPJ, como pretende el recurrente, pues la misma no afecta al principio de legalidad recogido en el art. 25 Constitución Española, que hace referencia a los tipos penales, pero no a la acción civil que nace de ellos. No se produce vulneración alguna de Derecho fundamental, se trata de una cuestión de legalidad ordinaria que debe ser resuelta por los tribunales de ese orden.

En definitiva la Sala, modificando su inicial criterio, considera que la acción recogida en la LO 5/2000 es la acción que nace de la Comisión del ilícito penal, y que su ejercicio está supeditado al pronunciamiento de una sentencia condenatoria en el ámbito penal, por lo que, la pieza de responsabilidad civil prevista en el art.64 de la LO 5/2000, sólo debe tramitarse cuando exista un pronunciamiento condenatorio por sen-

tencia firme en relación con el ilícito que dio lugar a la causa y sobre la participación de un determinado menor en el mismo.

En aquellos supuestos en que ese pronunciamiento no tenga lugar, bien porque se dicte sentencia absolutoria o porque el expediente no se llegue a incoar (art. 18) o bien incoado se acuerde su sobreseimiento libre, no procederá tramitar la pieza de responsabilidad prevista en la Ley."

Es claro que estamos ante una pieza que viene vinculada a la Sentencia penal y, en concreto, a los hechos declarados probados en Sentencia, a nuestro juicio, y pese a cuanto señala el Auto precitado, queda margen en el pleito civil pues cabe la discusión acerca del título jurídico de imputación así como lo relativo a la valoración de los daños salvo que, por exigencia de la calificación penal, se hayan determinado con puntual precisión en el Expediente de Reforma. Además es habitual el caso de demandados que no han sido parte en el proceso penal, precisemos, evidentemente en el proceso penal es parte el menor y no lo son sus padres ni tutores ni guardadores pero éstos, normalmente, conocen el asunto, pero suele ser habitual en el caso de la Administración Pública que si no se ha asumido, por la razón que sea, la defensa del menor, la Administración tenga noticia del pleito en el momento en que se incoa el procedimiento civil y se le designa como demandado por el Juez.

Como ya hemos visto, existen Comunidades Autónomas en que el menor es defendido por Letrado de la Administración en el Expediente de Reforma pero en otras no lo es, y aún en el caso en que el menor puede ser defendido por Letrado de la Administración hay casos en que lleva su defensa, por diversas circunstancias, incompatibilidad, imposibilidad o simple inadvertencia de la tutela por parte de los profesionales intervinientes, un abogado designado de entre los del turno de oficio.

Así pues la existencia de un demandado en la pieza que no tenga noticia de la existencia del Expediente de Reforma exige que la pieza tenga su contenido y sustantividad propia dado que

lo contrario podría suponer una clara indefensión. Incluso, según algunos autores[116] podría darse indefensión del perjudicado en cuanto que pudiera verse vinculado por un proceso (el penal) en el que no intervino. Esta situación puede quedar hoy en día paliada mediante la posibilidad de la personación como acusación particular en las causas por delito pero todavía no es muy común la presencia de acusaciones particulares y me sumo a la opinión de que podría darse una cierta indefensión de las partes sobre todo si partimos de que hay poco que discutir en la pieza civil.

Como decimos vinculan los hechos probados de la Sentencia penal pero hay extremos a los que, normalmente, dichos hechos no llegan tal y como es la valoración del daño y las circunstancias de la guardia y custodia del menor así como las circunstancias que pueden fundamentar la moderación de la responsabilidad.

De todas formas considero aún más preciso el Auto de 20 de marzo de 2003 del Juzgado de Menores nº 1 de Zaragoza cuando señala:

"...De ahí la necesidad indispensable para la tramitación de la pieza de la declaración de existencia de unos hechos constitutivos de infracción penal referidos en su perpetración a un menor de edad, no solo por razón de prejudicialidad penal, sino también por razón de accesoriedad de la pieza dependiente de la solución del principal —cualquiera que sea ella, por Sentencia o cualquiera otra Resolución—. Sólo si los hechos base de la derivación de responsabilidades económicas «ex delicto» está probados, o reconocidos en vía de conciliación por el menor con la correspondiente Resolución Judicial al respecto ultimando el procedimiento penal principal —el Expediente de Reforma—, cabe la prosecución de la Pieza de Responsabilidad Civil accesoria al mismo, de tal manera que nunca en un proceso penal absolutorio cabe otra

116 Armando Barreda, op. cit., p. 549.

cosa que no sea un archivo de la pieza, sin perjuicio de que el perjudicado ejercite su acción civil en vía ordinaria —ya que el procedimiento queda sin hechos o sin atribución al menor de participación en los mismos—, al igual que sucede en el Sobreseimiento previo o por apreciación de cualquier cuestión previa, entre ellas la prescripción, que no ha permitido ni siquiera su enjuiciamiento. Situaciones éstas que son totalmente diferentes a las conciliaciones en las que sí existe una admisión y , por tanto, un reconocimiento por el menor de todos o parte de los hechos constitutivos de infracción penal, y más si además de la conciliación también existe una voluntad manifestada de reparación incluso con acuerdo en algunos casos en cuanto a las condiciones o cuantía, la derivación en estos casos no sólo es posible por existencia y atribución de los hechos en el expediente principal —aúnen vía previa de conciliación—, sino que de existir expresamente manifestada la voluntad de reparar y hallarse concretado algún término del acuerdo, la derivación de la responsabilidad civil viene planteada desde el expediente principal con los requisitos necesarios para la posible declaración de su procedencia y concreción" (Fundamento Jurídico Primero).

Abre también la pieza al reconocimiento de hechos en vía de conciliación, o cual no queda recogido en el Auto precitado de la Audiencia Provincial de Barcelona, y ello es plenamente conforme con la dicción legal.

En Sentencia[117] de fecha 26 de julio de 2003 del mismo Juzgado se señala

> "...la intensa vinculación y complementariedad que incluso en estos casos (se refiere a la conciliación previa) sigue

117 Esta Sentencia y el Auto antes citado forman parte de la documentación acompañada por la Magistrada Aldama Baquedano a la sesión del día 6 de octubre de 2004 en el Colegio de Abogados de Zaragoza, de ambas resoluciones es autora la citada Magistrada como titular del Juzgado.

manteniendo la pieza de responsabilidad civil con la causa principal, de tal manera que, incluso aunque no exista declaración de hechos probados —vinculantes erga omnes—, todo lo referido en el expediente determinante del pronunciamiento final que alcanza firmeza —y su constatación traída como prueba documental a la pieza—, adquiere la plena eficacia y validez que le corresponde, sin que pueda cuestionarse posteriormente en este procedimiento complementario por ejemplo si el menor tuvo mayor o menor nivel de participación en los hechos de que venía inculpado, n si el menor actuó por uno u otro móvil en el procedimiento principal..." (Fundamento de Derecho Tercero).

Se exige que haya un relato de hechos siquiera sea mínimo, y, dado que el asunto acaba con conciliación obviamente parece absurdo y fuera de lugar discutir sobre los hechos, pero como requisito de procedibilidad hacen falta unos hechos siquiera sean mínimos, es decir, las conciliaciones han de estar bien documentadas. Me remito a mi idea, sentada al tratar de la mediación, de que en la misma debería atarse también lo relativo a la indemnización pues no tiene sentido dejar un cabo suelto como el de las responsabilidades pecuniarias.

2.b.2. Régimen procesal de la pieza separada de responsabilidad civil

La regulación procesal de la pieza viene en un solo artículo de la LORRPM, el art 64 intitulado "Reglas de procedimiento".

Evidentemente es una pieza separada que queda pendiente su tramitación de la resolución de la cuestión pena como ya hemos señalado.

La posibilidad absurda de la tramitación paralela a la del Expediente de Reforma quedando pendiente tan sólo de la resolución del Expediente de Reforma el pronunciamiento de la Sentencia, tal y como se desprende del art. 64 regla 8ª ha sido resuelto

en la práctica suspendiendo la tramitación de la pieza una vez incoada y en espera de la resolución del Expediente de Reforma.

La Pieza la incoa el Juez de Menores una vez que recibe el parte de incoación del Expediente de Reforma por parte del Ministerio Fiscal.

La actuación del Juez es importante pues notifica a quienes aparezcan como perjudicados su derecho a ser parte en la Pieza y establece "un plazo límite para el ejercicio de la acción", es decir, según la literalidad del artículo el Juez de menores señala plazo para el ejercicio de la acción, plazo que es el de personación en la pieza, escrito de personación en el que "indicarán las personas que consideren responsables de los hechos cometidos y contra las cuales pretendan reclamar, bastando la indicación genérica de su identidad" (art. 64 regla 2ª). La atribución de la facultad de fijar plazo parece desmesurada, esto no obstante, existe una norma que salva al Juez de Menores de semejante compromiso señalando el plazo, y esa regla se encuentra en el art 61 cuando señala el plazo de un mes que debe concederse al perjudicado para manifestar si ejerce la acción por sí mismo o se la reserva.

El art. 61.1 atribuye al Ministerio Fiscal un papel absolutamente novedoso para el Ministerio Público al disponer la demanda se ejercitará en nombre del perjudicado por el Ministerio Fiscal "salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil o se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil".

El Ministerio Fiscal se ve convertido en abogado del perjudicado[118], si bien ni lo es ni debe actuar como tal dado que el Ministerio Fiscal actúa exclusivamente con el fin de reparar el per-

118 La Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado regula la actuación del Ministerio Fiscal en la materia. Su texto puede consultarse en la edición de la LORRPM realizada por el Boletín de Información del Ministerio de Justicia en suplemento al número correspondiente al 15 de enero de 2001.

juicio patrimonial causado de un modo objetivo y sin entrar en pretensiones subjetivas del perjudicado que, si bien pueden ser legítimas, es más propio que sean defendidas por él mismo o por un letrado por él designado. A mi juicio al Ministerio Fiscal se le atribuye en la Ley una función impropia y de modo no justificado habida cuenta la existencia del turno de oficio en los Colegios de Abogados, y habida cuenta la posibilidad que contempla la Ley de Enjuiciamiento Civil en determinados juicios y la propia LORRPM (art. 64 regla) de reclamar sin necesidad de letrado.

¿La legitimación activa la ostenta el Ministerio Fiscal o el perjudicado?, evidentemente sin perjudicado el Ministerio Fiscal no puede actuar pero quien es parte es el Ministerio Fiscal, como decimos el Ministerio Público no es el abogado del perjudicado, el Ministerio Fiscal es la parte que reclama salvo que el perjudicado se persone con su propia representación, así pues la legitimación corresponde al Ministerio Fiscal sin perjuicio de que, como cuestión de fondo, precise de la existencia de un perjudicado al objeto de poder reclamar el perjuicio concreto ocasionado a éste.

Personado el Ministerio Fiscal o los perjudicados indicando quiénes son los responsables, a su juicio, el juez dicta Auto de inicio del procedimiento en el que se señalan las partes actoras y demandadas. El siguiente trámite es conceder diez días para formulación de demanda, demanda que deberá acomodarse a las partes fijadas como demandadas por el Auto salvo que, vía recurso, se hayan podido modificar.

Formulada demanda se da traslado para contestación por diez días. Se plantea la posibilidad, pese al Auto de inicio fijando las partes, de formular por los demandados la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, pero, habida cuenta que estamos ante una responsabilidad en cascada no es posible dicho planteamiento.

La defensa pues, debe ir al fondo, demostrando que el demandado en concreto no es el responsable sino que la guarda y custodia del menor en el momento de los hechos correspondía a otra persona, nos podemos plantear si la responsabilidad es por el

título o por la guarda efectiva, es decir, si la responsabilidad es por ser padre o tutor o por ejercer la guarda, por la causa que sea, en el momento de la comisión de los hechos.

Dependerá de cada caso en concreto, pero todo depende del demandante y del Auto de inicio pues el demandante elige el responsable y el Juez puede, o bien conformarse con la determinación del demandante o alterar la misma, el demandado no es oído sólo le queda la vía de recurso contra el Auto. Lo cierto es que una vez determinado como demandado da igual ya que lo sea por su título como por la efectividad en la guarda (guardador de hecho), deberá defender su posición o allanarse a la demanda.

La Administración tiene dos títulos de imputación: el ser tutora o guardadora legal, o el ser la responsable del centro de reforma o de protección donde se hallan los menores cumpliendo medida.

Sucede además que, como la responsabilidad es solidaria, si la Administración es demandada conjuntamente con un centro de protección privado concertado con ella serán condenados ambos con casi total probabilidad habida cuenta el tipo de responsabilidad cuasi-objetiva que regula la LORRPM.

La defensa es complicada habida cuenta que no vale la tesis tradicional del nexo de causalidad pues pese a la objetivación de la responsabilidad y que siempre podría pensarse que cabe alegar la tesis de la ruptura del nexo por acción voluntaria del sujeto pese a los esfuerzos de la Administración, aquí no es defendible dicha tesis por cuanto la responsabilidad se deriva simplemente del título de guarda o custodia del menor o de la pura guarda de hecho.

Contestada la demanda se cita a las partes a la vista (art. 64, regla 6ª) en las que las partes exponen sus alegaciones y se celebran las pruebas. Celebrada la vista se dicta Sentencia.

Es de señalar que estamos ante un procedimiento civil y que, supletoriamente, regirán las reglas de la Ley de Enjuiciamiento

Civil[119], es de destacar no obstante con Barreda Hernández que, pese a su simultánea tramitación, existen discordancias con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y cita[120]:

> "— El contenido de la demanda —art. 64.4ª— pudo haberse remitido, bien a la regulación general para el juicio ordinario que se realiza en la lEC — art. 399—, bien a la sucinta del juicio verbal —art. 437—, bien a la del formulario del proceso monitorio —art. 814—.

— Los medios de prueba a que se refiere la LORRPM —art 64.4ª y 6ª— «...confesión en juicio y la de testigos...» se acoplan a la terminología de la anterior, la LEC de 1881, en vez de a la nueva de la LEC 2000 —art. 299 y ss. «...interrogatorio de las partes, ...de testigos...»—.

— La referencia al recurso de apelación contra la Sentencia civil hace remisión a la LEC —art. 64.9ª— «...por los trámites según la cuantía que corresponda...» obviando el nuevo y unificado sistema de recursos en la LEC 2000 —art. 448 y ss.—".

Pues bien, el procedimiento concluye con Sentencia que admite recurso de apelación, pero que no produce fuerza de cosa juzgada. Esta afirmación de la LORRPM art. 64.10ª causa cierta extrañeza[121]:

> "10ª La Sentencia dictada en este procedimiento no producirá fuerza de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover juicio ordinario sobre la misma cuestión, en el cual se considerarán hechos probados los hechos que el Juez de Menores haya estimado acreditados, así como la participación del menor."

---

119 Armando Barreda, op. cit., "La víctima...", pp. 557-558.

120 Armando Barreda, op cit., "La víctima...", pp. 547-548.

121 Armando Barreda, op. cit., "La víctima...", p. 586, señala que puede dar lugar a un efecto perverso por la posible suspensión de la ejecución por discutir lo mismo en juicio peal posterior. Asimismo aventura una posible reclamación patrimonial por los daños causados en cualesquiera bienes y derechos por fallo distinto debido a error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Así pues, después de todo el proceso se obtiene una Sentencia sin fuerza de cosa juzgada.

A mi juicio el que la Sentencia carezca de fuerza de cosa Juzgada da una segunda oportunidad al demandante que ve desestimadas sus pretensiones total o parcialmente quien deberá reproducir la cuestión en la vía ordinaria. La vía ordinaria será la Jurisdicción Civil si entre los demandados no figura ninguna Administración Pública y la vía de reclamación administrativa y ulterior recurso contencioso-administrativo si entre los demandados figura alguna Administración Pública.

Entiendo que no jugaría a favor del demandado condenado pues debería dirigirse a instar nuevo juicio para negar su responsabilidad, francamente no veo encaje a ese nuevo juicio. En el caso de la Administración Pública el juicio debería instarse ante la Jurisdicción Civil dado que no cabe dentro de la Jurisdicción contencioso-Administrativa que contempla pretensiones de anulación de actos y reglamentos, plena jurisdicción (anulación de un acto y reconocimiento simultáneo de un Derecho), vía de hecho e inactividad de la Administración, y no el ejercicio de una pretensión como la que nos ocupa de negar una responsabilidad civil a la que ha sido condenada mediante una Sentencia sin valor de cosa juzgada. Así pues, cerrada la vía contencioso-administrativa resta la vía civil y, francamente, no veo asumible que la Administración en tal vía demande a los perjudicados, triunfadores en sus pretensiones en la Jurisdicción de Menores, mediante un pleito en que se declare la inexistencia de responsabilidad administrativa. Sencillamente me parece que no es asumible acudir a una Jurisdicción de la que se intenta librar permanentemente la Administración en cuanto al enjuiciamiento de su responsabilidad al objeto de que por la misma se declare que no la tiene y en base a unos hechos de transcendencia penal. Asimismo es de señalar que la Sentencia de la pieza civil juega en contra de quien pretenda revisar la situación.

Sencillamente, como ya he expuesto, no veo correcto encaje

pero, además, no veo posibilidad alguna de que la acción prosperara habida cuenta la objetivación de responsabilidad que realiza la Jurisdicción Civil y que, obviamente, a la hora de sentenciar tendrá probablemente en cuenta el régimen sustantivo de la responsabilidad que resulta de la LORRPM. así como, sobre todo, la relación de hechos probados de la Sentencia penal y los razonamientos de la Sentencia resolutoria de la pieza de responsabilidad civil.

En punto a que la Jurisdicción Civil pudiera tener en cuenta el régimen sustantivo de responsabilidad que regula la LORRPM considero que una cosa es el régimen sustantivo de la responsabilidad y otra el procedimiento, entiendo que en la vía civil ordinaria pudiera tenerse en cuenta el régimen sustantivo que establece la LORRPM, al fin y al cabo estamos hablando de un régimen sustantivo de naturaleza civil, sin perjuicio de tramitarse la acción con arreglo a los procedimientos de la LEC. Como hemos visto dicho régimen no es muy favorable a la Administración tutora o guardadora.

Por otra parte, y como decíamos, es de tener muy en cuenta el valor de los hechos probados que no son otros que los declarados en la Sentencia que pone fin al expediente de reforma y que se han de tener por tales incluso en el nuevo pleito que pretendiere emprenderse. Por último considero que será difícil rebatir las argumentaciones de la Sentencia resolutoria de la pieza civil por más que la Ley no otorgue a la misma el valor de cosa juzgada.

Creo, sinceramente, un error el no dotar a esta Sentencia del valor de la cosa juzgada, y, si ha de ser así, la cuestión es ¿por qué el legislador regula un procedimiento especial de responsabilidad si, en realidad, desconfía de él? Dicha desconfianza es clara al dejar abierta la posibilidad, por otra parte, sin embargo, complicada, de juicio sobre la misma cuestión.

Sentenciada pues la Pieza de Responsabilidad Civil cabe con-

tra la misma recurso de apelación y, una vez firme, se procede a su ejecución.

En punto a la ejecución es importante tener en cuenta la existencia de privilegios administrativos ya existentes para la Administración del Estado hace tiempo y traspuestos hoy en día al ordenamiento jurídico autonómico. Señalaremos que, pese a ciertos cambios sufridos en la normativa estatal por la Leyes 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas no ha sufrido variación la normativa autonómica aragonesa al no tener dichos cambios carácter básico al menos en punto a los privilegios que luego comentaremos.

Así en Aragón destacaremos los tres meses para el pago sin interés de que disfruta la Administración a tenor del art. 29 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, si bien, transcurridos dichos tres meses sin pagar sí que se deberá abonar el interés legal. La duda es si, en cualquier caso, no se pagan intereses por los primeros tres meses, la Jurisprudencia es generalmente contraria a esta posibilidad. Es decir si se paga dentro de los tres meses no se paga interés pero si se excede del plazo el cómputo del interés es desde que se dictare Sentencia a tenor del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en su apartado 3 salvaguarda las especialidades a favor de las Haciendas Públicas como es el caso de la aragonesa a la que nos hemos referido.

Fundamental es, asimismo, el art. 28. 2 del citado Texto Refundido pues en el mismo se establece que no se podrán dictar mandamientos de ejecución ni providencias de embargo contra los bienes y derechos de la Hacienda Pública. Así pues no cabe embargo en caso de que la Administración se retrase en el pago pero, lo que tampoco es admisible es que la Administración se retrase en el pago más allá de lo que exija el inevitable trámite de gestión y ejecución presupuestaria.

REFLEXIONES FINALES

Llamamos a este apartado Reflexiones Finales que es un a modo de epílogo de este libro. En él se ha intentado hacer un estudio de la actuación de la Administración en relación con los menores desamparados o desprotegidos.

La temática, como puede verse, es muy variada y en ella se entremezclan todo tipo de ramas del ordenamiento jurídico desde el Derecho Civil, Foral y General, el Derecho Penal, el Derecho Procesal, civil y penal, y el Derecho Administrativo incluso el contencioso-administrativo.

Estudiado el sistema español de protección y reforma de menores puede llegarse a distintas consideraciones, en estas últimas reflexiones entraré en las materias que considero más relevantes o acuciantes.

En primer lugar que ningún sistema es perfecto y que jamás podremos dar con un sistema absolutamente óptimo frente a una realidad difícil y, en mucho caso, de imposible resolución o reconducción.

En segundo lugar que, desde el punto de vista del sistema de protección su descanso en las Comunidades Autónomas es absolutamente adecuado habida cuenta el modelo descentralizado de nuestro país. El problema más acuciante a mi juicio en este sector es dar con una adecuada normativa procesal que permita dar solución rápida, eficaz y con respeto a todos los derechos e intereses de las partes en conflicto, a los acogimientos y adopciones. La actual normativa permite, como hemos visto, que los acogimientos y, sobre todo, las adopciones, se dilaten excesivamente

en el tiempo ocasionado una larga situación de incertidumbre que repercute negativamente en el menor y en los adoptantes pero también en los padres biológicos pues, en la generalidad de los casos, tras una larga y exhaustiva lucha jurídica la adopción se constituye inevitablemente.

En tercer lugar ha resultado complicado el estudio de la confluencia ley territorial-ley personal tanto en lo relativo a la posible normación autonómica como en el tratamiento de los menores extranjeros no acompañados. En ese campo he realizado reflexiones quizá heterodoxas algunas de ellas pero considero que la Comunidad Autónoma bien podría plantearse una mayor fusión de normas civiles y administrativas en su normativa de protección procurando extender territorialmente en beneficio de los menores, y de sus propias políticas sobre los menores, su propia normativa y que la cuestión de los menores extranjeros no acompañados, dentro de la materia de la inmigración, debería tratarse de modo singular y con una especial visión protectora de los mismos.

En cuarto lugar complejo se nos ha presentado el estudio de la adopción por parejas del mismo sexo, entiendo que exige dicha posibilidad un estudio muy detallado y un tratamiento específico siempre orientado por el principio del interés del menor.

En quinto lugar, y ya el campo de la reforma de menores, el principal problema es arbitrar los medios suficientes tanto para la instrucción y enjuiciamiento de las causas como para la ejecución de las medidas. La LORRPM es ambiciosa en sus planteamientos pero la ejecución de las medidas en la misma expuestas exige un notable esfuerzo inversor así como una adecuada organización de medios propios. En este punto el nuevo Reglamento de desarrollo de la LORRPM considero que es desafortunado por entrar en materias que son de la exclusiva e inequívoca competencia autonómica a mi juicio. Resulta fundamental respetar la competencia y en este caso la competencia es autonómica y es lógico que lo sea pues es la Administración competente en pro-

tección de menores y en acción social la que tiene los medios para el cumplimiento de la Ley, no es lógico que por una Administración incompetente en la materia como la del Estado se establezcan normas de organización.

En sexto lugar es preciso una mayor toma de conciencia sobre la unidad de acción, es decir, el sistema de protección no desaparece cuando el menor delinque y entra bajo la acción de la Jurisdicción de Menores y de los equipos técnicos a la misma adscritos. Obviamente la Ley no parte de que el sistema de protección desaparezca sino de una preferencia, respecto de lo atinente al hecho delictivo, de las decisiones tomadas en la Jurisdicción de Menores.

Y en definitiva, hechas estas reflexiones, no cabe ya sino valorar enormemente el trabajo de las personas que, desde sus diferentes responsabilidades, se dedican a estos sectores. Es un trabajo absolutamente vocacional y que ha dado lugar a los sucesivos cambios legislativos experimentados en nuestro país y que da lugar a la adaptación a los menores de la normativa establecida por el legislador estatal y el autonómico.

Siempre comienzo las charlas, conferencias y ponencias que me ha tocado impartir sobre la materia con un agradecimiento y reconocimiento a todos los profesionales que se dejan su tiempo y esfuerzo en la pelea diaria de la protección y reforma de los menores, pues bien, no quiero que este libro acabe sin mi reconocimiento expreso a tal desinteresado trabajo. Confío que sean los críticos más duros de todo cuanto aquí se ha escrito y que este libro siga sirviendo al debate de una materia tan apasionante.

EPÍLOGO

Como ya advertí, el Derecho, y en particular el Derecho español, es sumamente cambiante; cuando remitía las pruebas a la imprenta se publicaba la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Dicha Ley define abre el matrimonio a personas del mismo sexo y redacta los artículos de la adopción de modo que no haya impedimento para adoptar por parte de matrimonios contraídos entre personas del mismo sexo.

La Ley no realiza una especial reflexión sobre la adopción por parejas del mismo sexo simplemente abre la posibilidad a tal adopción. Así pues el Derecho español ya no tiene restricciones legales en la materia, ahora, simplemente y no es poco, habrá que ver la viabilidad de las adopciones por parejas del mismo sexo desde el punto de vista del interés del menor. Me remito a lo comentado en el libro y constato que la nueva ley se basa en el principio de no discriminación para fundamentar la extensión del la institución matrimonial y considera la adopción como una mera consecuencia de la nueva regulación del matrimonio sin entrar en más.

Asimismo, mientras procedía a la corrección de las pruebas se publicaba en el BOE del día 8 de junio el Real Decreto 521/2005, de 13 de mayo, por el que se crea el Consejo Consultivo de Adopción Internacional que más que un Consejo Consultivo es un órgano de participación en el que toman parte la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades colaboradoras de adopción internacional, las asociaciones de familias adoptivas, y las asociaciones de adoptados. A mi juicio, y habida cuenta el interés del tema, es una iniciativa muy interesante para perfilar criterios comunes en una materia tan delicada como la adopción internacional.

Como puede verse un libro sobre cuestiones jurídicas no se cerraría nunca pero, afortunadamente, la imprenta exige una fecha y ello me obliga a concluir agradeciendo la atención que han tenido conmigo Rafael Santacruz al prologar este libro y El Justicia de Aragón al editarlo y presentarlo.

Zaragoza, agosto de 2005